

ปัญหาการตีความคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็ก  
และพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา

เมธียา วงศ์สิงห์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต  
สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ.2563

**The Problem of Legal Virtue Interpretation on the Offence  
of Child Abduction under Thai Criminal Code**

**Methiya Wongsing**

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

**Department of law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2020**



## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาการตีความคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็ก  
และพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา

เสนอโดย นางสาวเมธิยา วงศ์สิงห์

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

..... ประธานกรรมการ

(อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์)

..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)

..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารุณ)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... ศ. รณโรจน์ ..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกูล)

วันที่ ๑๓ เดือน ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๖๓

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการตีความคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐาน พรากเด็กและพรากผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายอาญา
ชื่อผู้เขียน	เมธิยา วงศ์สิงห์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อังฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2562

### บทคัดย่อ

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) เป็นสิ่งที่เป็นนามธรรม เกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันในสังคมให้อยู่ได้อย่างปกติสุข เมื่อมีการกระทำที่เป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายเกิดขึ้น การกระทำนั้นจึงเป็นการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันของสังคม กฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติความผิดแต่ละฐานขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของฐานความผิดทางอาญา จึงสามารถนำคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายอาญาเพื่อช่วยค้นหาความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การตีความเช่นนี้จะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยและทำให้สามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ สำหรับความคิดฐานพรากเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 และความคิดฐานพรากผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 และมาตรา 319 นั้น มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ อำนาจปกครอง หรือจะกล่าวให้ถูกต้องคือ สิทธิที่จะให้การศึกษอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองให้บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ใช้สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในการอบรมดูแลเด็กหรือผู้ใหญ่ได้อย่างเต็มความสามารถ มิให้ผู้ใดมาล่วงล้ำสิทธิที่จะให้การศึกษอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล

จากการศึกษาพบว่า เมื่อเปรียบเทียบคำพิพากษาศาลฎีกากับแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย มีหลายกรณีที่มีการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติยังไม่สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย โดยเฉพาะการตีความคำว่า “พราก” นั้น เกิดปัญหาในการตีความการมีอยู่ของสิทธิในการให้ศึกษอบรมดูแล กรณีเด็กพลัดหลง กรณีเด็กหนีออกจากบ้าน กรณีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไล่เด็กออกจากบ้าน และปัญหาในการตีความการกระทำโดยพราก เมื่อศาลพิจารณาข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น ข้อเท็จจริงเรื่องความอิสระของเด็กในการออกจากสถานที่ อันเป็นการนำเรื่องความยินยอมของเด็กมาเป็นหลักในการพิจารณา ข้อเท็จจริงกรณีที่เด็กและผู้เยาว์อาศัยอยู่

บริเวณเดียวกับผู้กระทำความผิดหรือมักไปที่บ้านของผู้กระทำเป็นประจำ ข้อเท็จจริงกรณีเด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำความผิดด้วยตนเองเนื่องจากถูกชักชวนด้วยวาจาโดยผู้กระทำความผิดไม่มีการกระทำทางกายภาพ มีผลให้ศาลตีความและวินิจฉัยผลความรับผิดชอบตามคำพิพากษาแตกต่างกันในข้อเท็จจริงที่คล้ายกัน จนเกิดความสับสนในการตีความกฎหมาย

ผู้วิจัยได้เสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการตีความบทบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกรณีปัญหาแต่ละกรณี โดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการตีความเพื่อให้สามารถวินิจฉัยความรับผิดชอบได้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และมีความเป็นภาวะวิสัยชัดเจน



Thesis Topic	The Problem of Legal Interest Interpretation on the Offence of Child Abduction Under Thai Criminal Code
Author	Methiya Wongsing
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2019

### ABSTRACT

Legal interest (Rechtsgut) shall be considered as an abstract which ensure that interests or values of social living is deliberated. In terms of the legal interest violation, it also violates interests or values of social living. Therefore, each criminal offence has been legislated in order to protect one or more legal interest. Criminal offences consist of Legal interest which is tool for criminal law Interpretation. In short, criminal law Interpretation shall consider not only the ultimate aim of law but also correctness according to the laws. Hence, Legal interest will yield appropriate results. The legal interest on the offence of child abduction (section 317) and minor abduction (section 318 and section 319) under Criminal Code is parental power or to be said precisely the right to educate and take care such child. This ultimate aim of the offence is to ensure that parent, guardian and person looking after such child can exercise their rights, duties and responsibilities upon the child and minor in the best way possible. No one shall violate the right to educate and take care such child as mentioned above.

According to the study on comparing the Supreme Court's judgments with legal interests revealed that there were many cases which the Court did not interpret the law by considering legal interests especially when the Court interpreted the term "abduct". It caused problems (1) when the Court interpreted the existence of the right to educate and take care such child in cases involving lost child, runaway child, kicked-out (2) when the Court interpreted the term "abduct child from parent, guardian and person looking after those child" by taking into consideration other facts such as the fact that such child can leave the place freely on his own consent, the fact that such child stays in the same area as the offender or usually visits the offender's

place and the fact that such child comes to offender's place on his own without physical action because such child was verbally persuaded.

As mentioned even the facts of those cases were similar, the court interpreted and adjudged judgments differently therefore the interpretation of law is unclear and confusing.

The study suggests appropriate guidelines for interpreting the offence of child abduction according to each case by considering legal interest as a tool for interpretation in order to determine the offence correctly according to the purpose of provision and result in objectivity regarding determination of criminal liability.



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความอนุเคราะห์จากรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้สละเวลาตอบรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้ข้าพเจ้า และยังกรุณาให้คำแนะนำด้วยความเอาใจใส่เสมอมาเมื่อข้าพเจ้าประสบปัญหา ช่วยปรับเนื้อหาให้เกิดความชัดเจน แนะนำหนังสือตำราเพื่อนำมาใช้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ ตลอดจนตรวจความเรียบร้อยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ในที่สุด ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณอาจารย์มา ณ ที่นี้

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์วัฒน์ ที่ได้ให้ความกรุณาตอบรับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่ได้ให้กรุณาตอบรับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อปรเมศ วงศ์สิงห์ คุณแม่จิตติมา วงศ์สิงห์ น้องชายและคนในครอบครัวทุกท่านที่ได้สนับสนุนเงินทุนการศึกษาและให้กำลังใจจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ และขอขอบพระคุณทุกกำลังใจและความเกื้อหนุนจากหัวหน้าหน่วยงาน เพื่อนร่วมงานทุกท่าน ทั้งในบริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัท กรุงไทยกฤหมาย จำกัด ตลอดจนเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ เจ้าหน้าที่ห้องสมุด มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ที่ได้ให้สนับสนุนช่วยเหลือแก่ข้าพเจ้าด้วยความเอาใจใส่อย่างยิ่ง

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดก่อให้เกิดประโยชน์แก่การศึกษาได้บ้าง ข้าพเจ้าขอให้ความดีจากประโยชน์นี้แก่ท่านอาจารย์และผู้แต่งตำราทุกท่านที่ข้าพเจ้าได้ใช้เป็นข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ข้าพเจ้าขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

เมธิยา วงศ์สิงห์

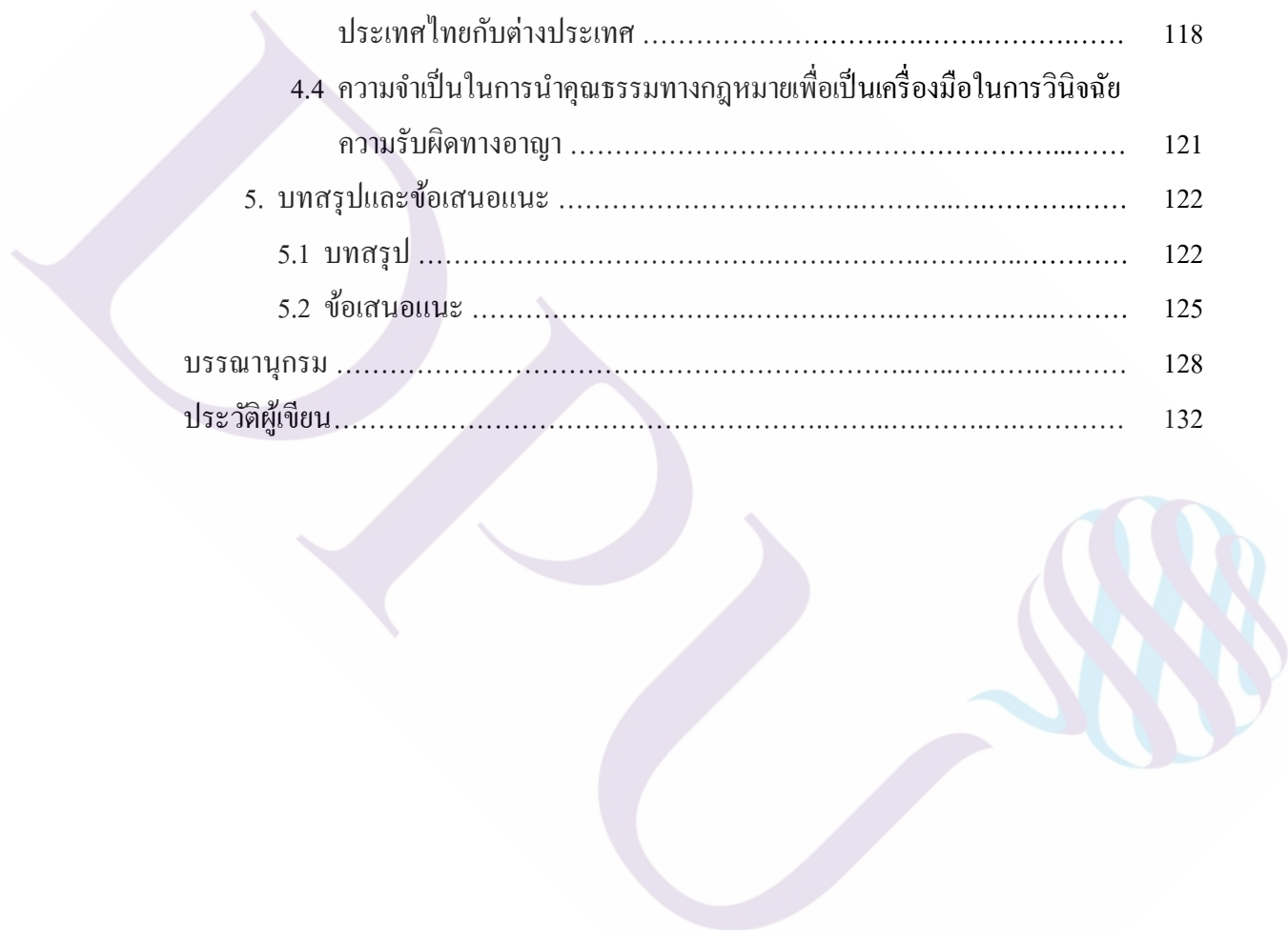


## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	๖
กิตติกรรมประกาศ .....	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา .....	4
1.4 วิธีการศึกษา .....	5
1.5 ขอบเขตของการศึกษา .....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	6
2. แนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายกับความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ .....	7
2.1 ประวัติความเป็นมาของอำนาจปกครองของบิดามารดาต่อบุตร .....	7
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองอำนาจปกครองและการคุ้มครองเด็ก .....	12
2.3 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ .....	18
2.4 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดและการตีความกฎหมาย .....	25
2.5 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายไทย .....	35
3. ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายต่างประเทศ .....	62
3.1 ประเทศอังกฤษ .....	62
3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี .....	71
3.3 ประเทศญี่ปุ่น .....	77
4. วิเคราะห์การตีความกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ .....	81
4.1 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ตามคำพิพากษาศาลฎีกา .....	81

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 วิเคราะห์ปัญหาความไม่สอดคล้องในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา ฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามคำพิพากษาศาลฎีกากับแนวคิดเรื่อง คุณธรรมทางกฎหมาย .....	90
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ตามกฎหมาย ประเทศไทยกับต่างประเทศ .....	118
4.4 ความจำเป็นในการนำคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัย ความรับผิดชอบทางอาญา .....	121
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	122
5.1 บทสรุป .....	122
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	125
บรรณานุกรม .....	128
ประวัติผู้เขียน .....	132



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

คุณธรรมทางกฎหมาย<sup>1</sup> (Rechtsgut) เป็นสิ่งที่เป็นนามธรรม เพื่อคุ้มครองประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันในสังคมให้อยู่ได้อย่างปกติสุข ดังนั้น เมื่อมีการกระทำที่เป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายเกิดขึ้น การกระทำนั้นจึงเป็นการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันของสังคม กฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติความผิดแต่ละฐานขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน

ความผิดฐานพรากเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317<sup>2</sup> และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 และมาตรา 319<sup>3</sup> นั้น มีคุณธรรมทางกฎหมายหรือ

---

<sup>1</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560) น. 157

<sup>2</sup> มาตรา 317 “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

ถ้าความผิดตาม มาตรา นี้ ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้นั้นกระทำต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

<sup>3</sup> มาตรา 318 “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไป ด้วยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาท ถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

ถ้าความผิดตาม มาตรา นี้ ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกพัน บาท ถึงสามหมื่นบาท”

มาตรา 319 “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไป เสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และ ปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น”

สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ อำนาจปกครอง หรือจะกล่าวให้ถูกต้องก็คือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล<sup>4</sup> กล่าวคือ เป็นการมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล เพื่อให้บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลสามารถใช้สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ ในการอบรมดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ได้อย่างเต็มความสามารถโดยมิให้ผู้ใดมาล่วงล้ำสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง

เมื่อกฎหมายไม่อาจบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนได้ทุกกรณี จึงจำเป็นต้องมีการตีความกฎหมาย เพื่อค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมาย ซึ่งในการตีความกฎหมายอาญาเพื่อค้นหาความหมายของบทบัญญัตินั้น การตีความโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายจะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำ และทำให้สามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาจึงต้องตีความตามตัวอักษรประกอบกับการพิจารณาสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายอันเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่กัน โดยในความคิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้น ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องนั้นหรือไม่ หากเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลแล้ว การกระทำนั้นก็จะมีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์อันเป็นความผิดที่กระทำต่อบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิใช่ความผิดที่กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ดังนั้น ผู้เสียหายในความคิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ คือ ตัวบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในความคิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้น แม้ศาลฎีกาจะนำแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาประกอบในการวินิจฉัยความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ในหลายกรณีตลอดมา ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 75/2532<sup>5</sup> “จำเลยพาสู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษไปร่วมหลับนอน โดยบิดามารดาของผู้เสียหายไม่ทราบ เป็นการกระทำอันละเมิดต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจไปด้วยและจำเลยจะมีได้ร่วมประเวณีเพียงแต่นอนกอดผู้เสียหายเท่านั้นก็ตาม การกระทำของจำเลยดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร” ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ อำนาจปกครองของบิดามารดาก็คือคุณธรรมทางกฎหมายของความคิดฐานนี้ แต่เนื่องจากความคิดฐานนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้ปกครองและผู้ดูแลด้วย ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความคิดฐานนี้ต้องเรียกว่า

<sup>4</sup> เฟิงอ้วง, น.159.

<sup>5</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2532 เล่ม 2, (ม.ป.ท.: ม.ป.ท, 2532), น. 3.

“สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล จึงจะถูกต้องและครอบคลุมกว่า<sup>6</sup>

จากการศึกษาพบว่า มีหลายกรณีที่เกิดความถ้อยคำในบทบัญญัติยังไม่สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย โดยเฉพาะการตีความคำว่า “พราก” นั้น เมื่อเปรียบเทียบแนวคำพิพากษาศาลฎีกากับแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย คือ สิทธิในการให้การศึกษา อบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว ยังมีประเด็นปัญหาหลายกรณี กล่าวคือ

ปัญหาในการตีความการกระทำโดยพรากถึงความมีอยู่ของสิทธิในการให้ศึกษาอบรมดูแล ในกรณีเด็กพลัดหลง กรณีเด็กหนีออกจากบ้าน กรณีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไล่เด็กออกจากบ้าน ประเด็นว่า ขณะเกิดกรณีดังกล่าวบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ยังมีสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลอยู่หรือไม่ และปัญหาในการตีความการกระทำโดยพราก เมื่อศาลพิจารณาข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น ความอิสระของเด็กหรือผู้เยาว์ในการออกจากสถานที่<sup>7</sup> อันเป็นการนำเรื่องความยินยอมของเด็กมาเป็นหลักในการพิจารณา โดยเห็นว่ากรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์มีอิสระที่จะออกจากสถานที่นั้น ๆ หรือไม่ได้อยู่ในความควบคุมของผู้กระทำ แสดงว่า เด็กหรือผู้เยาว์ให้ความยินยอม การกระทำของจำเลยจึงไม่ใช่การพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ซึ่งหากพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว เมื่อความผิดดังกล่าวต้องการคุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษา อบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลอันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว โดยมีใช่เป็นเรื่องความยินยอมของเด็ก เด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่จึงไม่ใช่สิ่งที่จะนำพิจารณาลงโทษผู้กระทำ ปัญหาการพิจารณาข้อเท็จจริงเรื่องเด็กหรือผู้เยาว์มิได้แยกจากสถานที่ที่เด็กหรือผู้เยาว์อยู่เป็นประจำ<sup>8</sup> เมื่อการพรากเป็นการแยกเด็กหรือผู้เยาว์ออกจากสิทธิในการให้การศึกษา อบรมและดูแล กรณีที่เด็กและผู้เยาว์อาศัยอยู่บริเวณเดียวกับผู้กระทำความผิดหรือมักไปที่บ้านของผู้กระทำเป็นประจำ จึงเป็นปัญหาว่าการพรากจะเกิดขึ้นเมื่อใด และปัญหาการพิจารณาข้อเท็จจริงกรณีเด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำเองเนื่องจากถูกชักชวนด้วยวาจา โดยไม่มีการกระทำทางกายภาพ จะเป็นการพรากหรือไม่ ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกามีการวินิจฉัยผลของคำพิพากษาแตกต่างกันในข้อเท็จจริงที่คล้ายกัน โดยเฉพาะกรณีเด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้าน กรณีที่เด็กและผู้เยาว์อยู่บริเวณเดียวกับผู้กระทำความผิด โดยมีได้แยกจากสถานที่เกิดเหตุอย่างชัดเจน และกรณีเด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำเองเนื่องจากถูกชักชวนด้วยวาจา ทำให้

<sup>6</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น. 293-294

<sup>7</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3152/2543, 7855/2549, 4948/2555, 19958/2555, 19979/2555

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1102/2541, 12123/2554

เกิดความสับสนในการตีความ เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด และเกิดความไม่เป็นเอกภาพของคำพิพากษา

จากปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ เพื่อประโยชน์ในการตีความถ้อยคำต่างๆ ในบทบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ โดยประกอบกับการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย เพื่อเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกรณีปัญหาข้างต้น โดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการตีความ เพื่อให้สามารถวินิจฉัยความรับผิดได้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และมีความเป็นภาวะวิสัยชัดเจนต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครอง การคุ้มครองเด็ก และแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาอันเกิดจากการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติของความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ที่ไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย โดยศึกษาประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย
3. เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบแนวคิดและการกำหนดความรับผิดทางอาญาความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาโดยนำคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมาย และเพื่อให้การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย และเจตนารมณ์ของการบัญญัติความผิด

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์จากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 มีคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล จากการศึกษาพบว่า คำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับตีความการนำเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ขณะเด็กพลัดหลง ขณะเด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้าน และขณะบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไล่เด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบ้าน ไม่เป็นการพรากไปจากความปกครองดูแล และศาลได้นำข้อเท็จจริงอื่น ๆ มาพิจารณา ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงดังกล่าวมีผลให้การกระทำไม่เป็นการพรากเด็ก

หรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแล เช่น เรื่องความอิสระของเด็กหรือผู้เยาว์ในการออกจากสถานที่, เรื่องเด็กหรือผู้เยาว์อาศัยอยู่บริเวณเดียวกับผู้กระทำความผิดหรือมักไปที่บ้านของผู้กระทำเป็นประจำ และเรื่องเด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำความผิดเนื่องจากถูกชักชวนด้วยวาจา

ดังนั้น เมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลแล้ว กรณีเด็กพลัดหลง กรณีเด็กหนีออกจากบ้าน กรณีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไล่เด็กออกจากบ้านขณะเกิดกรณีดังกล่าว บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ยังมีสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลอยู่ สิทธิให้การศึกษาอบรม และดูแลมิได้สิ้นสุดลง การแยกเด็กจาก บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ควรเป็นการพรากเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว และศาลไม่อาจนำข้อเท็จจริงเรื่องความอิสระของเด็กหรือผู้เยาว์ในการออกจากสถานที่ อันเป็นการนำความยินยอมของเด็กมาเป็นหลักในการพิจารณาได้ สำหรับการตีความการพรากไปจากความปกครองดูแลนั้น เมื่อมีข้อเท็จจริงกรณีเด็กหรือผู้เยาว์อาศัยอยู่บริเวณเดียวกับผู้กระทำความผิดหรือมักไปที่บ้านของผู้กระทำเป็นประจำ ควรพิจารณาว่าขณะนำตัวเด็กหรือผู้เยาว์ไป หากเด็กหรือผู้เยาว์มิได้อยู่ในสถานที่ที่บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลรับทราบ ทำให้สิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลได้รับความเสียหายแล้ว เป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแล ส่วนข้อเท็จจริงกรณีเด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำความผิดเนื่องจากถูกชักชวนด้วยวาจา แม้ไม่มีการกระทำทางกายภาพ แต่การชักชวนโดยมีเจตนาเพื่อแยกเด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ข่มขู่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายและเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแลแล้ว จึงควรกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกรณีปัญหาข้างต้น เพื่อให้การตีความเป็นไปโดยถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเกิดความแน่นอนในการวินิจฉัย

#### 1.4 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร ( Documentary Research) โดยจะทำการศึกษารวบรวมข้อมูลจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ อาทิเช่น ความเห็นของนักนิติศาสตร์ ตำรากฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา วารสาร หนังสือบทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ และแหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต โดยนำข้อมูลที่ได้อามาวิเคราะห์เพื่อให้สามารถตีความถ้อยคำในต้วบทกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ให้สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย

### 1.5 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้จะศึกษาจากแนวคิดในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา เพื่อนำไปวิเคราะห์ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยในความผิดฐานดังกล่าวว่า การตีความถ้อยคำในบทบัญญัติของศาลเป็นไปตามแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายหรือไม่ ตลอดจนศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบกับความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายอาญาประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้เกิดความรู้และความเข้าใจในประวัติความเป็นมา แนวคิดในการคุ้มครอง อำนาจปกครอง และการคุ้มครองเด็ก และแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์
2. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาอันเกิดจากการตีความถ้อยคำในบทบัญญัติของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ที่ไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย โดยศึกษาประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย
3. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและหลักการกำหนดความรับผิดทางอาญาความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ
4. เพื่อทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาโดยนำคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมาย และเพื่อให้การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย และเจตนารมณ์ของการบัญญัติความผิด



## บทที่ 2

### แนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายกับความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

คุณธรรมทางกฎหมายเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณค่าของการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ ทำให้การคุ้มครองในรูปแบบอื่นไม่เพียงพอในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา<sup>9</sup> กฎหมายอาญาจึงมีส่วนสำคัญในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของความผิดทางอาญาในแต่ละฐานเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน โดยในการพิจารณาค้นหาคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดอาญาแต่ละฐานนั้น มิได้เกิดขึ้นจากการกำหนดไว้ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย หากแต่ต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายนั้น การเข้าใจคุณธรรมทางกฎหมายในแต่ละฐานความผิด จะทำให้สามารถใช้และตีความกฎหมายได้ถูกต้องตรงตามความมุ่งหมายของกฎหมาย ผู้วิจัยจึงต้องเข้าใจความเป็นมา แนวความคิด เพื่อให้ทราบว่สิ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายในบทบัญญัติแต่ละฐานคุ้มครองสิ่งใด

ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นความผิดที่มีพื้นฐานแนวความคิดมาจากเรื่องอำนาจของบิดามารดาในการปกครองบุตรที่อยู่ในความดูแล มิให้มีผู้ใดมาล่วงละเมิดอำนาจปกครองได้ การที่จะเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยถูกต้อง จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาจากแนวคิดและประวัติศาสตร์ความเป็นมาของกฎหมาย เพื่อให้ทราบและเข้าใจนำไปสู่การใช้และการตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

#### 2.1 ประวัติความเป็นมาของอำนาจปกครองของบิดามารดาต่อบุตร

สมัยโรมัน อำนาจปกครองเป็นอำนาจอย่างแท้จริง และเป็นอำนาจอย่างเด็ดขาดของบิดาผู้เป็นหัวหน้าครอบครัว บิดามีสิทธิในชีวิตและความตายของสมาชิกในครอบครัวตั้งแต่แรกเกิดไปจนวันสิ้นชีวิต บิดามีสิทธิจะขาย ทอดทิ้ง หรือขับไล่บุคคลในครอบครัวออกจากบ้านไปเพื่อลงโทษกรณีที่บุคคลดังกล่าวก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอก บิดาจะครองอำนาจนี้จนตนเอง

<sup>9</sup> คณิศ ฅ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น. 89.

ถึงแก่ความตาย<sup>10</sup>

อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย โดยเริ่มตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี ซึ่งอยู่ในรัชสมัยพระเจ้าอู่ทอง จนกระทั่งเมื่อตั้งกรุงรัตนโกสินทร์แล้วในปี พ.ศ. 2347 พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระสะสางกฎหมายเก่าทั้งปวงมารวมกันเป็น “กฎหมายลักษณะฝ่าฝืน” ซึ่งอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนนั้น แม้จะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่บทบัญญัติก็ยังคงซึ่งจารีตประเพณีดั้งเดิมในสมัยเก่า<sup>11</sup> ตามธรรมเนียมประเพณีโบราณของไทย นับถือว่าสามีเป็นหัวหน้าในครอบครัวเป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้อำนวยความสะดวกในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู<sup>12</sup> จนกระทั่งกล่าวได้ว่า สามีมีอำนาจเหนือภริยาและบุตร แม้ชายเป็นทาสเสียก็ได้<sup>13</sup> ซึ่งลักษณะการใช้อำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายลักษณะฝ่าฝืน มีหลักว่า บิดามารดาเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร เพราะบุตรทุกคนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา และบิดาจะเป็นผู้ใช้อำนาจเด็ดขาดในครอบครัวที่จะทำอะไรก็ได้ต่อบุตรหรือภริยาโดยไม่มีข้อจำกัด บิดาเป็นผู้ใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยมารดาไม่มีส่วนร่วม และบุตรต้องอยู่ภายใต้อำนาจนี้จนกว่าจะแต่งงานออกไปตั้งครอบครัวใหม่<sup>14</sup>

ลักษณะอำนาจปกครองของบิดามารดาที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะฝ่าฝืน เช่น การเลือกคู่ครองของหญิงที่ยังอาศัยอยู่กับบิดามารดาจะต้องให้บิดามารดายินยอมด้วย ไม่เช่นนั้นชายอาจต้องถูกปรับไหม หรือบุตรหลานของผู้มีศักดิ์มากกว่า 400 ไร่ขึ้นไป แม้อายุเกินกว่า 20 ปี บิดามารดาที่ยังมีอำนาจจะไม่ยอมให้สมรสกับชายต่ำศักดิ์ก็ได้ (ลักษณะลักพา จ.ศ. 1230)<sup>15</sup> ซึ่งอำนาจปกครองมีอำนาจแม้กระทั่งนำบุตรของตนมอบให้แก่บุคคลอื่นได้ตามพระไอยการบทเบ็ดเสร็จ บทที่ 123 หรือแม้กระทั่งนำบุตรออกไปขายเป็นทาสได้ ดังที่พระไอยการทาสมาตรา 1

<sup>10</sup> ไพโรจน์ กัมพูศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 367.

<sup>11</sup> รัชฎา เมธาวิกุล, “บุตรนอกสมรส,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น. 51.

<sup>12</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2562), น. 450.

<sup>13</sup> สุบัน พูนพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2540), น. 38.

<sup>14</sup> ไพโรจน์ กัมพูศิริ, อ้างแล้ว เจริญธรรม ที่ 10, น. 365.

<sup>15</sup> จินดา ชัยรัตน์, ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดากับบุตร, (พระนคร : เจริญชัย, 2493), น. 11.

ที่บัญญัติว่า “ถ้าพ่อและพ่อแม่ขายเงินเอาซื้อลูกเมียเข้าคนใส่ในกรมธรรม์ขาย ท่านว่าเป็นสิทธิ์ได้โดย กระบิลเมือง ท่านเหตุว่าเจ้าพ่อแม่ นายเงินนั้นเป็นอิสระภาพแล” สาระสำคัญของกฎหมาย ดังกล่าวให้อำนาจสิทธิขาดแก่บิดามารดาชอบที่จะนำบุตรของตนไปขายลงเป็นทาสได้โดยมิจำต้อง ได้รับความยินยอมจากบุตร เพราะบิดามารดาเป็นอิสระและเป็น ใต้แก่ตนเองจึงถือเสมือนหนึ่งว่า บุตรเป็นทรัพย์สินของบิดามารดา ในทางตรงกันข้ามบุตรหาอาจนำบิดามารดาไปขายลงเป็นทาสได้ไม่ ตามมาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “เมียก็ดี ลูกก็ดี เอาซื้อพ่อแม่แลพ่อใส่ในกรมธรรม์ขาย ท่านว่ามีเป็นสิทธิ์โดย เหตุว่าเมีย ลูกนั้นมิได้เป็นอิสระแก่พ่อแม่แลพ่อแม่” โดยต่อมาได้มีการผ่อนคลายนโยบายเดิมของ บิดามารดาเหนือบุตรลงบ้างเมื่อปี พ.ศ. 2410 ได้มีพระราชบัญญัติพ่อขายเมีย ร.ศ. 86 ได้กล่าวถึง การที่บิดามารดาจะขายบุตรที่มีอายุ 15 ปี จะต้องให้บุตรนั้นยินยอมด้วย ดังข้อความ “ถ้าพ่อแม่เอา ซื้อลูกมาขาย ถ้าลูกอายุยังไม่ถึงสิบห้าปีแล้วอยู่กับพ่อแม่มันถึงไม่มีแรงใดเลยค้าอมด้วยก็เป็นอันขายได้ แต่ถ้าลูกแยกย้ายไปจากพ่อแม่ที่เป็นผู้ขายแล้ว คือพ่อแม่โกรธอย่าร้ายกันลูกตกไปอยู่ข้างอื่นจาก ผู้ขายหรือญาติของฝ่ายอื่นจากผู้ขาย จะลอบเอาซื้อมาขายไม่ได้ ไม่เป็นอันขาย...ถ้าลูกชายก็ดีลูก หญิงก็ดี อายุถึงสิบห้าปีขึ้นไปแล้ว ถ้าพ่อแม่มันจะเอามาขายต่อมันลงแรงใดยินยอมมีผู้รู้เห็นด้วย จึงเป็นอันขาย...” แนวคิดดังกล่าวใช้กับบุตรบุญธรรมและเด็กที่นำมาเลี้ยงด้วย ดังมีข้อความว่า “...ลูกที่ไม่มีพ่อแม่ ผู้ขายเอามาเลี้ยงเหมือนลูกของตัวเอง แต่อายุได้ 7 ขวบลงสิทธิขาดไม่มีใครเถียงก็ ขายได้เหมือนกับลูกตัวเองเพราะมันจะได้มรดก ด้วยความเปนลูกเลี้ยงขายได้ในอายุ 15 ปีลงมา เมื่อพ้น อายุ 15 ปีขึ้นไป แล้วต่อเรือนเบี้ยมันยอมด้วยจึงขายได้ลูกผู้อื่นที่ผู้ขายเอามาเลี้ยง เมื่ออายุมันกว่า 7 ขวบถึงอายุได้ 15 ปีลงมา มันไม่ยอมด้วยจะเอาไปขายไม่ได้ เพราะมันไม่ควร ได้มรดกของผู้เลี้ยง...” เห็นว่าถ้าเด็กเลี้ยงอย่างบุตรกลับขายได้ถ้าอายุต่ำกว่า 7 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปี ถ้าเด็กไม่ยอมจะขาย ไม่ได้<sup>16</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายลักษณะพ่อเมีย ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับ บุตรเป็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่บิดามีอำนาจเด็ดขาดเหนือบุตร ประกอบกับกฎหมายก็รับรอง อำนาจนั้นไว้ด้วย กฎหมายจึงมิได้บัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์หรือสิทธิต่าง ๆ ในการใช้อำนาจปกครอง บุตรไว้ละเอียดชัดเจน ซึ่งกฎหมายคงจะถือว่าเป็นสิทธิภายในครอบครัวที่จะปกครองดูแลกันเอง เป็นไปตามความหมายทั่วไป

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการปฏิรูปกฎหมายไทยเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของชาติ มหาอำนาจ การดำเนินการปฏิรูปได้ดำเนินการมาจะกระทั่งถึงสมัยของรัชกาลที่ 7 ที่สามารถชำระ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสร็จสิ้นทั้ง 6 บรรพ ทำให้กฎหมายลักษณะพ่อเมียถูกยกเลิก

<sup>16</sup> วชิรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, เรื่องกฎหมายคุ้มครองเด็กถูกระงับการทำธุรกรรมจากผู้ปกครอง, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2545), น. 95-96.

โดยมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 แทน แต่อย่างไรก็ตามบรรพ 5 ที่ประกาศขึ้นใหม่นั้นก็ยังคงใช้หลักการของกฎหมายลักษณะผู้เยาว์อยู่มาก<sup>17</sup> โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับดังกล่าวเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478

ลักษณะของอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 นี้ไม่ใช่อำนาจอิสระที่จะปฏิบัติต่อบุตรตามอำเภอใจเหมือนในกฎหมายเก่าอีกต่อไป กฎหมายให้อำนาจแก่บิดามารดาเพื่อเลี้ยงดูผู้เยาว์ให้เจริญเติบโตเท่านั้น บิดามารดาไม่มีอำนาจนำบุตรออกขายหรือมอบบุตรให้แก่บุคคลอื่นได้อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของอำนาจในการปกครองดูแลบุตรโดยหลักแล้วก็ยังยังคงอยู่ที่บิดา<sup>18</sup> อำนาจจะตกอยู่กับมารดาเฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น<sup>19</sup> และยังมีการระบุไปถึงสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิไว้อย่างชัดเจน เช่น สิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตร สิทธิทำโทษบุตรตามสมควร สิทธิให้บุตรทำการงานตามฐานะานุรูป และสิทธิเรียกบุตรคืนจากคนอื่นที่กักบุตรไว้โดยมิชอบ ตามมาตรา 1539<sup>20</sup> บิดามารดายังมีอำนาจในการให้ความยินยอมในการหมั้นและสมรสของบุตรผู้เยาว์ด้วย และยังกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรตามมาตรา 1541<sup>21</sup> รวมทั้งกฎหมายยังกำหนดรายละเอียดในเรื่องของอำนาจ

<sup>17</sup> สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2517), น. 10.

<sup>18</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1537 บัญญัติว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาอำนาจปกครองนั้นอยู่แก่บิดา”

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1538 บัญญัติว่า “อำนาจปกครองจะอยู่แก่มารดาในกรณีต่อไปนี้ เมื่อ

- (1) บิดาดาย
- (2) ไม่นั่นอนว่าบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (3) บิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) บิดามีจิตฟั่นเฟือนต้องรักษาตัวในโรงพยาบาล
- (5) บุตรเกิดนอกสมรส และบิดามีได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย
- (6) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่แก่มารดา”

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1539 บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิ

- (1) กำหนดที่อยู่ของบุตร
- (2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน
- (3) ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป
- (4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

<sup>21</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1541 บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร

ในการจัดการทรัพย์สินของบุตรไว้ ซึ่งหากบิดามารดาปฏิบัติผิดอำนาจหน้าที่ก็อาจถูกถอนอำนาจปกครองได้ตามมาตรา 1552<sup>22</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 อำนาจปกครองของบิดามารดาได้ถูกระบุไว้อย่างชัดเจนว่ามีสิทธิหน้าที่ใดบ้าง ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลักษณะพ่อแม่ที่ให้อำนาจปกครองของบิดามารดาอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขต

ต่อมาเนื่องด้วยเห็นได้ว่าบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 แสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันทางกฎหมายของชายหญิงอย่างเห็นได้ชัด หญิงมีสถานะด้อยกว่าชายในทุก ๆ ด้าน ซึ่งขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน อาทิเช่น การเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร และประกอบกับได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเพื่อคุ้มครองและรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่าชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน จึงจำเป็นต้องแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงมีการตราพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 แทนบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 โดยเริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 16 ตุลาคม 2519 และเป็นการยกเลิกบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 เกือบทั้งหมด

ในส่วนของอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 นี้ได้มีการกำหนดให้บิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน อำนาจปกครองจะตกแก่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด ตามมาตรา 1566<sup>23</sup> (มาตรา 1538 เดิม) และได้มีการ

ถ้าบุตรยังไม่บรรลุนิติภาวะถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ ผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี”

<sup>22</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1552 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ โดยคำสั่งของศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวเด็กโดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติสนิทของเด็กหรือพนักงานอัยการร้องขอ ให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้”

ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองล้มละลายก็ดี หรือจัดการทรัพย์สินของเด็กในทางที่ผิดจนอาจเป็นภัยก็ดี ศาลจะสั่งตามวิธีในวรรคก่อนให้ถอนอำนาจจัดการทรัพย์สินเสียก็ได้”

<sup>23</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 มาตรา 1566 บัญญัติว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใ้อำนาจปกครองของบิดามารดา

อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) บิดาหรือมารดาตาย
- (2) ไม่นั่นนอนว่าบิดาหรือมารดามีชีวิตอยู่หรือตาย

แก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องอำนาจในการจัดการทรัพย์สินเพิ่มมากขึ้น

หลังจากนั้นได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 ที่ยังไม่สอดคล้องและไม่เอื้ออำนวยต่อสภาพความเป็นอยู่ในสังคมปัจจุบัน สมควรปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2533 ขึ้น เพื่อเป็นการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2519 ในบางส่วน โดยในส่วนของอำนาจปกครองได้มีการแก้ไขในเรื่องของผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรตามที่กฎหมายบัญญัติให้ตกลงกันได้ตามมาตรา 1566 อำนาจปกครองของผู้เยาว์ที่เป็นคนไร้ความสามารถตามมาตรา 1569/1 อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ตามมาตรา 1580 และสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาในการติดต่อกับบุตรตามมาตรา 1584/1

โดยสรุป ในเรื่องอำนาจปกครองนั้นได้มีการเปลี่ยนแนวคิดเรื่องความสัมพันธ์เชิงอำนาจของบิดามารดาต่อบุตรมาเป็นแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบิดามารดาที่มีต่อบุตร (Parental responsibility) แทน ซึ่งเป็นแนวคิดในสมัยปัจจุบันที่ทั้งบิดาและมารดาต่างมีความเสมอภาคกัน และต่างต้องทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษา ให้การศึกษา เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมและเลี้ยงรักษานุตรา การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาเพื่อให้บรรลุผลในการคุ้มครองดูแลบุตรให้เจริญเติบโตเป็นคนดีในภายภาคหน้าไม่ใช่อำนาจอิสระที่ทำได้ตามอำเภอใจ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันก็ยังคงรับรองอำนาจของบิดามารดาที่มีเหนือบุตรอยู่ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1566 แต่ก็มีจำกัดอำนาจนั้นไว้ด้วย จึงมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาตามกฎหมายขึ้นมา และหากบิดามารดาปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบธรรม อาทิเช่น มีการทารุณกรรมบุตร บิดามารดาก็อาจถูกถอนอำนาจปกครองได้

## 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองอำนาจปกครองและการคุ้มครองเด็ก

### 2.2.1 แนวคิดตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

#### 2.2.1.1 แนวความคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครอง

ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาหรือผู้ปกครองกับเด็กย่อมได้รับการคุ้มครองเพื่อให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองปฏิบัติหน้าที่หรือใช้สิทธิของตนในการปกป้องคุ้มครองและเลี้ยงดูเด็ก

(3) บิดาหรือมารดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ

(4) บิดาหรือมารดาต้องเข้ารับรักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน

(5) ศาลสั่งให้อำนาจการปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา

อำนาจปกครองอยู่กับมารดาในกรณีที่เกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายและยังมีได้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1547”

อย่างสมบูรณ์ สิทธิหรือหน้าที่ของบิดามารดาหรือผู้ปกครองดังกล่าวย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายและกติการะหว่างประเทศ เช่น

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Right of the Child 1989) ซึ่งสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้รับหลักการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2532 (ค.ศ. 1989) และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) โดยมีอยู่ทั้งสิ้น 54 ข้อ ประเทศไทยได้ลงนามในภาคยานุวัติสารเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และอนุสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 เมษายน 2535 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ข้อ 3(2) กำหนดว่า “รัฐภาคีรับที่จะประกันให้มีการคุ้มครองและการดูแลแก่เด็กเท่าที่จำเป็นสำหรับความอยู่ดีของเด็ก (well – being) โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบ (responsibility) เด็กนั้นตามกฎหมายด้วยและเพื่อการนี้ จะดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติและบริหารที่เหมาะสมทั้งปวง” และ ข้อ 18 กำหนดว่า “(1) รัฐภาคีจะให้ความพยายามอย่างที่สุด เพื่อให้ให้มีการยอมรับหลักการที่ว่า ทั้งบิดาและมารดามีความรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูและพัฒนาเด็ก บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายแล้วแต่กรณี เป็นผู้รับผิดชอบเบื้องต้นในการเลี้ยงดูและพัฒนาเด็ก โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐาน

(2) เพื่อความมุ่งประสงค์ในการให้หลักประกันและส่งเสริมสิทธิที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ รัฐภาคีจะให้ความช่วยเหลือที่เหมาะสมแก่บิดามารดา และผู้ปกครองตามกฎหมายในอันที่จะปฏิบัติความรับผิดชอบของตนในการอบรมเลี้ยงดูเด็กและจะประกันให้มีการพัฒนาสถาบันการอำนวยความสะดวกและบริการต่าง ๆ สำหรับการดูแลเด็ก”<sup>24</sup>

#### 2.2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็ก

1) ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR)

สิทธิมนุษยชนเป็นหลักประกันที่สำคัญอย่างหนึ่งของมนุษย์ที่บรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติ (United Nation) ได้เห็นพ้องตราขึ้นไว้เป็นบรรทัดฐานเพื่อส่งเสริมคุ้มครองและพิทักษ์ไว้ซึ่งสิทธิพื้นฐานของประชาชนนานาประเทศทั่วโลก โดยประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2491 รวมทั้งสิ้น 30 ข้อ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติมีเจตนารมณ์ที่บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยมีได้คำนึงถึงความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เผ่าพันธุ์ หรือสังคมแห่งชาติ ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะ

<sup>24</sup> วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *อ่างแล้ว เจริญรุ่งเรือง* ที่ 16, น.177-178.

อื่น ๆ

ในส่วนที่เกี่ยวกับเด็ก ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเด็กในข้อ 25 (2) ว่า “มารดาและเด็กมีสิทธิที่จะรับการดูแลรักษาและช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส จะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน” และมีการคุ้มครองสิทธิทางการศึกษา โดยบัญญัติไว้ในข้อ 26 ที่ว่า (1) ทุกคนมีสิทธิในศึกษา การศึกษาจะต้องให้เปล่าอย่างน้อยในชั้นประถมศึกษาและการศึกษาขั้นหลักสูตร การประถมศึกษาจะต้องเป็นการบังคับ การศึกษาทางเทคนิคและวิชาชีพ จะต้องเป็นอันเปิดโดยทั่วไป และการศึกษาขั้นสูงสุดขึ้นไปจะต้องเป็นอันเปิดสำหรับทุกคน เข้าได้ถึงโดยเสมอภาคตามมาตรฐานแห่งคุณวุฒิ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ใช่สนธิสัญญาและไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่ประเทศสมาชิก กล่าวคือ ไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายแก่ประเทศสมาชิก เป็นเพียงข้อความแนะนำแนวทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่บรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติเท่านั้น ขาดเครื่องมือ (Machinery) ที่จะใช้ในการบังคับว่า ถ้าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในข้อใดที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลแล้วจะมีบทลงโทษอย่างไร จึงทำให้การให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับเด็กไม่ได้ผลเต็มที่ไปด้วย กล่าวคือ ประเทศสมาชิกบางประเทศไม่ได้ให้ความสำคัญ หรือมิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในปฏิญญาสากลอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด<sup>25</sup>

2) ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชน (Declaration of the Right of the Child)

<sup>26</sup>แนวความคิดในการให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กของสากลซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชนขององค์การสหประชาชาติซึ่งสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีมติเป็นเอกฉันท์ยอมรับและประกาศปฏิญญาฉบับนี้เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2502 (ค.ศ. 1959) มีสาระสำคัญทั้งสิ้น 10 ข้อ แต่ที่สำคัญ และเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน โดยตรงได้แก่ แนวทางในการคุ้มครองสิทธิเด็กเพื่อให้มิให้มีการกระทำความผิดฐานพรากเด็ก หรือผู้เยาว์ที่เห็นได้จากข้อ 2, ข้อ 8, และข้อ 9.

ข้อ 2. เด็กและเยาวชน พึงได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจเพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติชน

ข้อ 8. เด็กและเยาวชน จะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์ใน

<sup>25</sup> กุมพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพมหานคร : แอดวานซ์มีเดีย, 2527), น. 72.

<sup>26</sup> สมหวัง วิริยะผล, “ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา,”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 25-26.



## ทุกกรณี

ข้อ 9. เด็กและเยาวชน พึ่งได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้งจากความโหดร้ายทารุณ และการถูกข่มเหง รังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้า ไม่ว่าในรูปใด จะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงานก่อนวัยอันสมควร ไม่มีการกระทำใด ๆ อันจะมีชก้างหรืออนุญาตเด็กให้จำต้องรับจ้างทำงาน ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพของเด็ก หรือเป็นเหตุให้การพัฒนาทางกายทางสมองและทางจิตใจของเด็กต้องเสื่อมลง

เช่นเดียวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กล่าวมาแล้ว คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชนไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่ใช่กฎหมาย จึงทำให้ในบางประเทศละเลยหรือไม่ให้ความสำคัญในอันที่จะปฏิบัติตามความในปฏิญญาสากลเด็กและเยาวชนเท่าที่ควร จึงส่งผลให้การให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนไม่เกิดขึ้นอย่างจริงจัง

### 3) ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการที่สำคัญว่า เด็กทุกคนมีสิทธิต่าง ๆ ติดตัวมาตั้งแต่เกิดและประเทศสมาชิกของอนุสัญญานี้ต้องดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้การปกป้องคุ้มครองและส่งเสริมการใช้สิทธิของเด็กอย่างเต็มที่และอย่างน้อยต้องเป็นไปตามมาตรฐานของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งได้รับการยอมรับทั่วโลกว่าข้อกำหนดต่าง ๆ ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการดูแลคุ้มครองเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีข้อความในอารัมภบทตอนหนึ่งว่า “คำนึงถึง...เด็กโดยเหตุที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งร่างกายและจิตใจจึงต้องการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังเกิด” นอกจากนี้ยังมีอีกหลายข้อในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กล่าวถึงการคุ้มครองทางกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิเด็ก เช่น ในข้อ 4 ได้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหาร และด้านอื่น ๆ เพื่อให้เกิดการปฏิบัติตามสิทธิต่าง ๆ ของเด็กตามที่ปรากฏในอนุสัญญานี้ คำว่าด้านอื่น ๆ หมายความว่ารวมถึงด้านตุลาการหรือกระบวนการยุติธรรมด้วย และในข้อ 19. ยังกำหนดให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่รุนแรงต่อร่างกายและจิตใจ การกระทำทารุณกรรมต่าง ๆ การทอดทิ้ง การกระทำอันมิชอบทางเพศ การละเมิดสิทธิในทุกรูปแบบและการแสวงหาประโยชน์จากเด็กโดยให้มีการนำมาตรการทางกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมมาใช้ในการปกป้องคุ้มครองเด็กด้วย

## 2.2.2 แนวคิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

### 2.2.2.1 แนวความคิดในการคุ้มครองอำนาจปกครอง

กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติรับรองสิทธิ

และหน้าที่ของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายที่มีต่อเด็กโดยตรง แต่น่าจะหมายถึงสิทธิในครอบครัวตามที่รับรองและคุ้มครองไว้ในมาตรา 32<sup>27</sup> เพราะคำว่าสิทธิในครอบครัว น่าจะหมายถึงความสัมพันธ์และความเป็นอยู่ของบุคคลในครอบครัวในอันที่จะอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันระหว่างสมาชิกภายในครอบครัว รวมถึงสิทธิและหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ก็ย่อมได้รับการคุ้มครองด้วย

#### 2.2.2.2 แนวความคิดในการคุ้มครองเด็ก

กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กและผู้เยาว์ ดังนี้

มาตรา 27 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

มาตรา 27 บัญญัติไว้ในหมวด 3 สิทธิและหน้าที่ของปวงชนชาวไทย จะเห็นว่ารัฐมีเจตนาเข้ามาดูแลและคุ้มครองสิทธิของประชาชนชาวไทยให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งก็รวมไปถึงการให้ความคุ้มครองและให้ความสะดวกแก่เด็กและผู้เยาว์โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วย

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

มาตรา 54 “รัฐต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่ก่อนวัยเรียนจนจบการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย

รัฐต้องดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนา ก่อนเข้ารับการศึกษา ตามวรรคหนึ่ง เพื่อพัฒนาร่างกาย จิตใจ วินัย อารมณ์ สังคม และสติปัญญาให้สมกับวัย โดยส่งเสริม และสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและภาคเอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการด้วย

รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชน ได้รับการศึกษาตามความต้องการในระบบต่าง ๆ รวมทั้งส่งเสริมให้มีการเรียนรู้ตลอดชีวิต และจัดให้มีการร่วมมือกันระหว่างรัฐ องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นภาคเอกชนในการจัดการศึกษาทุกระดับ โดยรัฐมีหน้าที่ดำเนินการ กำกับ ส่งเสริม และ สนับสนุนให้การจัดการศึกษาดังกล่าวมีคุณภาพ ได้มาตรฐานสากล ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการ ศึกษาแห่งชาติซึ่งอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำแผนการศึกษาแห่งชาติ และการ ดำเนินการและตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามแผนการศึกษาแห่งชาติด้วย

การศึกษาทั้งปวงต้องมุ่งพัฒนาผู้เรียนให้เป็นคนดี มีวินัย ภูมิใจในชาติ สามารถ เชี่ยวชาญได้ตามความถนัดของตน และมีความรับผิดชอบต่อครอบครัว ชุมชน สังคม และ ประเทศชาติ

ในการดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนาตามวรรคสอง หรือให้ประชาชน ได้รับการศึกษาตามวรรคสาม รัฐต้องดำเนินการให้ผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์ได้รับการ สนับสนุนค่าใช้จ่ายในการศึกษาตามความถนัดของตน

ให้จัดตั้งกองทุนเพื่อใช้ในการช่วยเหลือผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์ เพื่อลดความเหลื่อมล้ำ ใน การศึกษาและเพื่อเสริมสร้างและพัฒนาคุณภาพและประสิทธิภาพครู โดยให้รัฐจัดสรรงบประมาณ ให้แก่กองทุน หรือใช้มาตรการหรือกลไกทางภาษีรวมทั้งการให้ผู้บริจาคทรัพย์สินเข้ากองทุน ได้รับประโยชน์ในการลดหย่อนภาษีด้วย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งกฎหมายดังกล่าว อย่างน้อยต้องกำหนดให้การบริหารจัดการกองทุนเป็นอิสระและกำหนดให้มีการใช้จ่ายเงินกองทุน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว”

มาตรา 258 “ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

ก. ...

....

จ. ด้านการศึกษา

(1) ให้สามารถเริ่มดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนา ก่อนเข้ารับการศึกษา ตามมาตรา 54 วรรคสอง เพื่อให้เด็กเล็กได้รับการพัฒนาร่างกาย จิตใจ วินัย อารมณ์ สังคมและ สติปัญญาให้สมกับวัยโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...”

มาตรา 54 บัญญัติไว้ในหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ ส่วนมาตรา 258 บัญญัติไว้ในหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องให้เด็กได้รับการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพ และเหมาะสม เพื่อให้เด็กสามารถนำความรู้ที่ได้ไปพัฒนาตนเองให้เป็นคนดี มีความรับผิดชอบต่อครอบครัว ชุมชน สังคม และประเทศชาติต่อไป

มาตรา 71 “รัฐพึงเสริมสร้างความเข้มแข็งของครอบครัวอันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของสังคม จัดให้ประชาชนมีที่อยู่อาศัยอย่างเหมาะสม ส่งเสริมและพัฒนาการส่งเสริมสุขภาพเพื่อให้ประชาชนมีสุขภาพที่แข็งแรงและมีจิตใจเข้มแข็ง รวมตลอดทั้งส่งเสริมและพัฒนาการกีฬาไปสู่ความเป็นเลิศและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

รัฐพึงส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้เป็นพลเมืองที่ดี มีคุณภาพและความสามารถสูงขึ้น

รัฐพึงให้ความช่วยเหลือเด็ก เยาวชน สตรีผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้และผู้ด้อยโอกาส ให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม รวมตลอดทั้งให้การบำบัดฟื้นฟูและเยียวยาผู้ถูกระทำการดังกล่าว

ในการจัดสรรงบประมาณ รัฐพึงคำนึงถึงความจำเป็นและความต้องการที่แตกต่างกันของเพศ วัย และสภาพของบุคคล ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรม”

มาตรา 71 บัญญัติในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรานี้ รัฐได้ให้ความคุ้มครองเด็กในหลาย ๆ ด้าน รวมถึงการคุ้มครองจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ดังนั้น การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาจึงต้องกระทำอย่างเหมาะสม มิให้มีการใช้ความรุนแรงต่อเด็กหรือผู้เยาว์ และต้องไม่มีการใช้อำนาจปกครองอย่างไม่เป็นธรรมแก่เด็กและผู้เยาว์ในความปกครอง”

### 2.3 สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดบุคคลที่จะควบคุมดูแลและช่วยเหลือเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งยังถือว่าเป็นผู้หย่อนความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง และจำเป็นต้องมีบุคคลที่แสดงออกถึงอำนาจในการตัดสินใจแทนเด็กหรือผู้เยาว์ โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดบุคคลผู้แสดงออกถึงอำนาจปกครองเด็กและผู้เยาว์ไว้ในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ในลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร และหมวด 3 อำนาจปกครอง โดยกำหนดผู้แสดงออกถึงอำนาจปกครอง คือ ผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งแบ่งออกเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครอง กับ ผู้ปกครอง

กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 กำหนดให้ “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา” ดังนั้น บิดามารดาจึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งบิดานั้นต้องเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของเด็กและผู้เยาว์ และอำนาจปกครองของบิดามารดานั้นเป็นอำนาจที่ผูกติดกับสถานะความเป็นบิดามารดา ในภาษาอังกฤษจึงใช้คำว่า “parental power” บุคคลภายนอกจะใช้อำนาจปกครองกับเด็กได้ต่อเมื่อศาลตั้งเป็นผู้ปกครอง (guardian) แต่ก็จะมีอำนาจและหน้าที่แตกต่างจากอำนาจปกครองของบิดามารดาในบางประการ

### 2.3.1 สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของบิดามารดา

การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดานั้น โดยหลักแล้วบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน แต่อำนาจปกครองอาจอยู่กับบิดาหรือมารดา คนใดคนหนึ่งก็ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1566 วรรคสอง<sup>28</sup>

เมื่อบุตรอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดาและมารดาแล้ว กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดามีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่บิดามารดามีต่อบุตรซึ่งอยู่ในความปกครองดูแล

ลักษณะของอำนาจปกครองนั้น ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช แบ่งอำนาจปกครองของบิดามารดาเป็น 3 ประเภท คือ<sup>29</sup>

1. อำนาจในทางสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างบิดามารดาและบุตร
2. อำนาจเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมติดต่อกับบุคคลภายนอกแทนบุตรผู้เยาว์
3. อำนาจในทางจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์

อำนาจในความสัมพันธ์ส่วนตัวนั้น กฎหมายได้กำหนดสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองต่อบุตรที่อยู่ในความปกครองดูแลไว้ในมาตรา 1567 บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจการปกครองมีสิทธิ

- (1) กำหนดที่อยู่ของบุตร
- (2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน

<sup>28</sup> “มาตรา 1566 บัญญัติว่า อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้

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

<sup>29</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก พุทธศักราช

(3) ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป

(4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

กรณีการกำหนดที่อยู่ของบุตร เนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครองจำเป็นต้องควบคุมดูแลและสั่งสอนบุตร ฉะนั้นบุตรจึงต้องอยู่กับผู้ใช้อำนาจปกครองเพื่อความสะดวกในการอบรมสั่งสอน หากบุตรอยู่ที่อื่น บิดามารดาอาจควบคุมได้ไม่เต็มที่ กฎหมายจึงให้สิทธิบิดามารดาในการกำหนดที่อยู่ของบุตร ซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 45 ซึ่งกำหนดให้ผู้เยาว์มีภูมิลำเนาตามผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งโดยทั่วไป ผู้แทนโดยชอบธรรมก็คือ บิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครองนั่นเอง และการกำหนดที่อยู่ของบุตรนั้นย่อมมีผลไปถึงการควบคุมบุตรในการติดต่อเพื่อนฝูงหรือบุคคลอื่นไปในตัว รวมถึง<sup>30</sup>การควบคุมชีวิตประจำวันบางส่วนของบุตร เป็นการใช้สิทธิที่จะสอดส่องดูแลความประพฤติของบุตร และบุตรมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามปกติหากบุตรจะออกไปนอกบ้านเป็นกรณีพิเศษ เช่น ไปเที่ยวกลางคืน ไปค้างบ้านเพื่อนหรือไปเที่ยวต่างจังหวัดต้องขออนุญาตจากบิดามารดาเสียก่อน

อำนาจในการกำหนดที่อยู่นั้นย่อมก่อให้เกิดสิทธิในทางระงับยับยั้งมิให้บุตรไป ณ ที่แห่งใด แต่ทั้งนี้จะต้องมิใช่เป็นเรื่องของการกำหนดที่อยู่จนถึงขนาดมีลักษณะเป็นการกักขังบุตร ซึ่งการที่บุคคลอื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนอำนาจปกครองของบิดามารดาในข้อนี้จะต้องรับผิดชอบละเมิดในทางแพ่งและฐานพรากผู้เยาว์ในทางอาญาด้วย<sup>31</sup>

กรณีการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนนั้น เนื่องจากในการอบรมสั่งสอนบุตรนั้น ในบางกรณีอาจจำเป็นต้องมีการลงโทษเพื่อควบคุมความประพฤติของบุตร ซึ่งการลงโทษนั้นต้องเป็นการลงโทษตามสมควรเท่านั้น โดยสมควรหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากพฤติการณ์เป็นรายกรณีไป แต่บิดามารดาจะใช้วิธีการลงโทษที่ผิดปกติไม่ได้ เช่น ฆาตกรรมตีจนแผลแตก เป็นต้น และการลงโทษดังกล่าวจะต้องกระทำไปเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนบุตร มิใช่กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่น โดยที่กฎหมายให้สิทธิบิดามารดาในการสั่งสอนบุตรนั้น เป็นการสอดคล้องกับความรับผิดชอบของบิดามารดาในผลแห่งละเมิดที่เกิดจากบุตรในความปกครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 429<sup>32</sup> โดยกฎหมายกำหนดให้บิดามารดาต้องร่วมรับผิดชอบกับบุตร

<sup>30</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ่างแล้ว เจริญรถที่* 10, น.370.

<sup>31</sup> ซาดิซาย อัครวิบูลย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น. 542.

<sup>32</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นนี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล ซึ่งทำอยู่นั้น”

ผู้เยาว์ในพลแห่งละเมิด เมื่อตนงคว้นไม่กระทำการอบรมดูแลบุตร เพราะบิดามารดามีสิทธิในการอบรมดูแลบุตรตามกฎหมาย เมื่อไม่ดูแลอบรมสั่งสอนบุตร บิดามารดาจึงต้องรับผิดชอบร่วมกับบุตรผู้เยาว์

กรณีการให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานานุรูปนั้น ถือเป็นกรอบรมสั่งสอนวิธีหนึ่ง เพื่อให้บุตรสามารถช่วยเหลือตัวเองได้ เป็นการฝึกนิสัยของบุตรให้มีความรับผิดชอบ อาจเป็นการให้ทำงานในลักษณะช่วยทำงานบ้าน เป็นต้น โดยอย่างไรจะเป็นการทำงานตามสมควรนั้น ก็ต้องพิจารณาจากความรู้สึกรักของคนทั่วไป ซึ่งต้องเป็นไปตามความสามารถและฐานานุรูป รวมทั้งต้องคำนึงถึงอายุ เพศ สภาพร่างกาย และจิตใจของเด็ก

กรณีการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่น ซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยบุคคลอื่น หมายถึง บุคคลใดก็ตามซึ่งมิใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองของบุตร รวมตลอดถึงบิดานอกสมรสของบุตรด้วย<sup>33</sup> บุคคลที่ล่อลวงหรือชักพาบุตรไปอาจมีความผิดทางอาญาหลายประการ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ เป็นต้น และเป็นการกระทำละเมิดในทางแพ่ง บิดามารดาจึงมีสิทธิฟ้องบุคคลที่กักบุตรให้ส่งคืนบุตรมาด้วย ซึ่งต้องเป็นการกักไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการกักไว้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นกรณีที่บุตรทำผิดอาญาและอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กนั้น ผู้ใช้อำนาจปกครองจะเรียกบุตรคืนไม่ได้

บิดามารดายังมีอำนาจในความสัมพันธ์ส่วนตัวที่สำคัญอีกเรื่อง คือ สิทธิในการให้ความยินยอมในการหมั้นและสมรสของบุตรผู้เยาว์ด้วยตามมาตรา 1436<sup>34</sup> มาตรา 1454<sup>35</sup>

อำนาจในการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรนั้น กฎหมายได้กำหนดสิทธิการเป็น

<sup>33</sup> รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดา และบุตร, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น. 130-131.

<sup>34</sup> มาตรา 1436 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการหมั้นได้ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บิดาและมารดา ในกรณีที่มิทั้งบิดามารดา
- (2) บิดาหรือมารดา ในกรณีที่มารดาหรือบิดาตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่อยู่ในสภาพหรือฐานะที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมจากมารดาหรือบิดาได้
- (3) ผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม
- (4) ผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่มีบุคคลซึ่งอาจให้ความยินยอมตาม (๑) (๒) และ (๓) หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวถูกถอนอำนาจปกครองการหมั้นที่ผู้เยาว์ทำโดยปราศจากความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆียะ”

<sup>35</sup> มาตรา 1454 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำการสมรสให้นำความในมาตรา 1436 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรไว้ตามมาตรา 1569<sup>36</sup> กล่าวคือ ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรที่เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม นอกจากจะมีอำนาจให้ความยินยอมในการที่ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมตามมาตรา 21 แล้ว ยังมีอำนาจกระทำการแทนผู้เยาว์ได้ ยกเว้นกิจกรรมบางประเภทซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงจะกระทำได้ตามมาตรา 1574 มาตรา 1575 และมาตรา 1576

อำนาจในการจัดการทรัพย์สินนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดสิทธิในการจัดการทรัพย์สินไว้ตามมาตรา 1571 ให้การใช้อำนาจปกครองนั้นรวมถึงการจัดการทรัพย์สินของบุตรด้วย และในการจัดการดังกล่าวต้องกระทำด้วยความระมัดระวังดังเช่นวิญญูชนพึงกระทำ

หน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรนั้น กฎหมายกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 ว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษิตามสมควร แก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เฉพาะทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”

บทบัญญัติข้างต้น หน้าที่ของบิดามารดานั้น อาจแบ่งออกเป็นการอุปการะเลี้ยงดู และการให้การศึกษิตามสมควร

หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูนั้น มีรากฐานจากความคิดในทางศีลธรรมและการต้องช่วยเหลือกันในระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิตและการสมรส<sup>37</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นเด็กยังไม่ถึงวัยที่จะช่วยเหลือตนเองได้ หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์โดยทั่วไป หมายถึง การจัดหาปัจจัยสี่เพื่อให้บุตรเติบโตใหญ่ รวมทั้งการดูแลทางด้านเงินทอง ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หากบิดามารดาละเลยต่อหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูจนทำให้บุตรตกอยู่ในอันตรายแก่ชีวิตก็อาจมีความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 ได้

หน้าที่ให้การศึกษานั้น เป็นการให้ในลักษณะอบรมสั่งสอนบุตรให้มีความรู้และสำนึกที่ดีและจำเป็นเพื่ออนาคต เป็นการอบรมสั่งสอนที่ให้ทั้งสาระ ความรู้ ทักษะ ความพร้อม รวมทั้งศีลธรรมจรรยาเพื่อการประกอบอาชีพเป็นคนดีในสังคมของบุตร<sup>38</sup> และการให้การศึกษิตามสมควรแก่บุตรผู้เยาว์นั้นให้เป็นตามฐานะและความสามารถของบิดามารดา ซึ่งกฎหมายได้กำหนดการศึกษา

<sup>36</sup> มาตรา 1569 บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร ในกรณีที่บุตรถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี”

<sup>37</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 10, น.379.

<sup>38</sup> เพิ่งอ้าง, น.376.



ภาคบังคับ<sup>39</sup>ที่บิดามารดาจะต้องให้แก่บุตรไว้ ส่วนการศึกษาในระดับที่สูงกว่านั้นไม่เป็นหน้าที่ตามกฎหมายของบิดามารดา เพราะกฎหมายกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่ให้การศึกษาแก่บุตรตามสมควรเท่านั้น ฉะนั้นหากบิดามารดาไม่อยู่ในฐานะที่จะส่งเสียบุตรได้เรียนในระดับสูงได้ก็จะถือว่าบิดามารดาทำผิดต่อหน้าที่ไม่ได้ การให้การศึกษาแก่บุตรอาจเป็นการให้การศึกษาในด้านวิชาชีพหรืออาชีพตลอดจนในด้านศีลธรรมหรือศาสนาก็ได้<sup>40</sup>

การที่บิดามารดาเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ควบคุมและดูแล ช่วยเหลือและอบรมสั่งสอนบุตร และเป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองบุตรทั้งอำนาจในความสัมพันธ์ส่วนตัวและทางทรัพย์สิน ทำให้บิดามารดาต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่บุตรได้ทำลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 429<sup>41</sup> เมื่อบิดามารดาไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล จึงสมควรที่จะบิดามารดาต้องรับผิดชอบร่วมกับบุตรในผลแห่งละเมิดนั้น

ความรับผิดชอบตามมาตรา 429 นี้ บิดาต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น มีนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองความเห็น<sup>42</sup> ความเห็นแรก เห็นว่า บิดาต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 429 แต่อาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 430<sup>43</sup> ซึ่งความเห็นนี้เป็นความเห็นของนักกฎหมายข้างมากและคำพิพากษาศาลฎีกาก็ถือตามแนวความเห็นนี้ ความเห็นที่สอง เห็นว่า ไม่จำเป็นต้องเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็มีความรับผิดชอบตามมาตรา 429 ได้

<sup>39</sup> การศึกษาภาคบังคับ ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ บิดามารดา หรือผู้ปกครองมีหน้าที่จัดให้บุตรหรือบุคคลซึ่งอยู่ในความดูแลได้รับการศึกษาภาคบังคับตามมาตรา 17 และตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องตลอดจนให้ได้รับการศึกษานอกเหนือจากการศึกษาภาคบังคับ ตามความพร้อมของครอบครัวโดยในส่วนของ มาตรา 17 ให้มีการศึกษาภาคบังคับจำนวนเก้าปี โดยให้เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่ 7 เข้าเรียนในสถานศึกษาขั้นพื้นฐานจนอายุย่างเข้าปีที่ 16 เว้นแต่สอบได้ชั้นปีที่ 9 ของการศึกษาภาคบังคับ หลักเกณฑ์และวิธีการนับอายุให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>40</sup> รัชฎา เอกบุตร, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่* 33, น.112.

<sup>41</sup> มาตรา 429 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริตก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านั้น ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น”

<sup>42</sup> นั้นรัชชานัน ชูโต, “ความรับผิดชอบของบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 89-90.

<sup>43</sup> มาตรา 430 บัญญัติไว้ว่า “ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแล บุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่นั้นโดยดี ชั่วคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิด ซึ่งเขาได้กระทำลง ในระหว่าง ที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้น ๆ มิได้ใช้ ความระมัดระวังตามสมควร”

ภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบตามมาตรา 429 และมาตรา 430 นั้นแตกต่างกัน คือ ตามมาตรา 429 กฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเอาไว้ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับบิดามารดาที่ต้องพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลแล้ว แต่ตามมาตรา 430 กฎหมายไม่ได้กำหนดข้อสันนิษฐานไว้ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับฝ่ายผู้เสียหาย

### 2.3.2 สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ปกครอง

การเป็นผู้ปกครองนั้นมิได้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกับกรณีของบิดามารดา แต่จำเป็นต้องได้รับการแต่งตั้งจากศาลก่อนจึงจะสามารถเป็นผู้ปกครองได้ เพราะหากผู้เยาว์มีบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองอยู่แล้วจะมีการตั้งผู้ปกครองไม่ได้ กฎหมายกำหนดให้มีการตั้งผู้ปกครองขึ้นเฉพาะในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครองอยู่เลย ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1585 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเสียแล้วนั้น จะจัดให้มีผู้ปกครองขึ้น ในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ได้” โดยเหตุที่ต้องมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นนั้นก็เพื่อให้ทำหน้าที่แทนบิดามารดาในการคุ้มครองดูแลผู้อยู่ในความปกครองนั่นเอง โดยการตั้งผู้ปกครองนั้นจะได้ก็โดยศาลมีคำสั่งตั้งและต้องให้ญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอต่อศาล หรือผู้ซึ่งบิดาหรือมารดาที่ตายทีหลังได้ระบุชื่อไว้ในพินัยกรรมให้เป็นผู้ปกครองตามมาตรา 1586 วรรคแรก

อำนาจหน้าที่ของผู้ปกครองต่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครองนั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ปกครองมีหน้าที่ทำนองเดียวกับบิดามารดาของเด็กหรือผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครอง ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 1598/2 ผู้ปกครองมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1564 วรรคหนึ่งและมาตรา 1567 เช่น มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่ผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครอง รวมทั้งมีสิทธิที่จะกำหนดที่อยู่ของผู้เยาว์ที่อยู่ในปกครอง มีสิทธิทำโทษผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครองตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน มีสิทธิผู้เยาว์ทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป รวมทั้งการเรียกคืนผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครองจากผู้ที่ถูกผู้เยาว์ไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และผู้ปกครองก็ยังมีอำนาจเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมติดต่อกับบุคคลภายนอกแทนบุตรผู้เยาว์ และอำนาจในทางจัดการทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ทำนองเดียวกับบิดามารดา แต่การจัดการของผู้ปกครองนั้นต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์เป็นสำคัญ เพราะหากผู้ปกครองละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดหรือปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เหมาะสม ก็อาจถูกถอดถอนจากการเป็นผู้ปกครองได้ ซึ่งเหตุของการถูกถอดถอนจากการเป็นผู้ปกครองนั้น กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1598/8

ด้านความรับผิดชอบนั้น ผู้ปกครองก็มีความรับผิดชอบไม่ต่างจากบิดามารดา กล่าวคือ ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของเด็กหรือผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครอง ซึ่งผู้ปกครองนั้น หากเป็นผู้ปกครองตามคำสั่งศาลแล้ว จะมีความรับผิดชอบตามมาตรา 429 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะมีสิทธิและหน้าที่ไม่ต่างจากบิดามารดา แต่หากเป็นผู้ปกครองตามความเป็นจริง เช่น เป็นลุง ป้า น้า อา ญาติพี่น้องของเด็กหรือผู้เยาว์ มิใช่ผู้ปกครองตามคำสั่งศาลจะมีความรับผิดชอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 430 เท่านั้น

### 2.3.3 สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ดูแล

โดยหลักแล้วประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ดูแลผู้เยาว์เอาไว้ เนื่องจากเป็นเพียงผู้ดูแลตามความเป็นจริง บุคคลที่จะผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ตามความเป็นจริงนั้น อาทิเช่น ครู นายจ้าง หรือญาติของเด็กหรือผู้เยาว์ที่เลี้ยงดูเด็กหรือผู้เยาว์นั้น

ผู้ดูแลอาจมีความรับผิดชอบได้หากมิได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลพอสมควร ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดความรับผิดชอบของผู้ดูแลไว้ในลักษณะ 5 ว่าด้วยละเมิดตามมาตรา 430 ซึ่งบัญญัติให้ “ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่เป็นนิตย์ก็ดี ชั่วคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิดซึ่งเขาได้กระทำการในระหว่าง ที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้น ๆ มิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร”

โดยสรุป บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เป็นผู้ที่ถูกกฎหมายกำหนดให้เป็นบุคคลที่มีอำนาจ มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในการดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครองดูแล ดังนั้น เพื่อให้บุคคลเหล่านี้สามารถใช้สิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแล เด็กหรือผู้เยาว์ได้อย่างเต็มที่เพื่อให้เด็กหรือผู้เยาว์เจริญเติบโต ทั้งด้านร่างกาย จิตใจ วุฒิภาวะ เพียงพอที่จะดูแลตนเองได้ กฎหมายจึงได้กำหนดความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ขึ้นเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองหรือสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

## 2.4 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดและการตีความกฎหมาย

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น ต้องวินิจฉัยโดยเริ่มต้นพิจารณาจากโครงสร้าง ความรับผิดทางอาญาของบทบัญญัตินั้น แต่หากพบว่ามีความคลุมเครือของถ้อยคำหรือความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติ การตีความกฎหมายจะเป็นเครื่องมือสำคัญที่ผู้ใช้กฎหมายสามารถนำมาใช้เพื่อที่จะสามารถปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้น ๆ ในการตีความกฎหมายอาญาแต่ละครั้งจึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติ มิใช่พิจารณาเพียงถ้อยคำตามตัวอักษรเท่านั้น เพราะหากการตีความไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของ

กฎหมายแล้วจะก่อให้เกิดความไม่ธรรมต่อผู้ได้รับผลจากการตีความที่ไม่ถูกต้อง และด้วยที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล ผู้ใช้กฎหมายจึงจำต้องวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลให้ได้รับความเป็นธรรม

การค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในแต่ละฐานความผิดนั้น คุณธรรมทางกฎหมายมีส่วนสำคัญในการค้นหาเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายของกฎหมาย เนื่องจากความผิดอาญาทุกฐานย่อมประกอบไปด้วยคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอันที่จำเป็นต้องมีขึ้นเพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นพื้นฐานที่สำคัญของความผิดฐานต่าง ๆ หากผู้วิจัยเข้าใจคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติความผิดแต่ละฐาน ผู้วิจัยจะสามารถตีความกฎหมายได้ตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้น

#### 2.4.1 คุณธรรมทางกฎหมาย

“หน้าที่ของกฎหมายอาญา คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (legal good/ legal interest)” เป็นประโยคที่มักถูกพบในตำรากฎหมายอาญาภาคทั่วไปและคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีเกือบทุกฉบับ แนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายได้รับการยอมรับ และสอนโดยนักวิชาการด้านกฎหมายอาญาเยอรมนีจำนวนมาก ความคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนั้นมีบทบาทหน้าที่ 2 ประการ หน้าที่แรก คือ คุณธรรมทางกฎหมายมีส่วนสำคัญในการตีความกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายในการวินิจฉัยความผิดทางอาญาต้องพิจารณาว่า คุณธรรมทางกฎหมายต้องการคุ้มครองสิ่งใด และหน้าที่นี้ยังสัมพันธ์กับนิติวิธีทางกฎหมายด้วย ส่วนหน้าที่ที่สองสัมพันธ์กับแนวคิดทางอาญา กล่าวคือ ถ้าหน้าที่ของกฎหมายอาญา คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย เมื่อคำนึงเหตุผลในทางตรรกศาสตร์ คุณธรรมทางกฎหมายจึงควรถูกได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาเท่านั้น หรือจะกล่าวได้ว่า ผู้ใช้กฎหมายต้องไม่หลงโทษการกระทำที่ไม่ทำร้ายหรืออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>44</sup>

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut<sup>45</sup>) นั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการศึกษากฎหมายเป็นอย่างมาก เพราะในการบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ นั้นจะมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิดด้วยเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติกฎหมายหรือไม่ก็ตาม<sup>46</sup> ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติความผิดแต่ละฐานขึ้น

<sup>44</sup> Carl Constantin Lauterwein, *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, (New York: Routledge, 2016), p.5-9.

<sup>45</sup> ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียก Rechtsgut ว่า “นิติสมบัติ”

<sup>46</sup> คณิต ฅ นคร, *อ่างแล้ว เจริญรทที่ 1*, น. 157.

เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน

ในบางกรณีอาจมีอาจมีการคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติบทกฎหมายโดยที่ผู้ร่างกฎหมายอาจจะรู้ตัวหรือไม่ก็ตาม เช่น ความผิฐฐานลักพระพุทธรูปหรือวัตถุในทางศาสนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 ทวิ ซึ่งได้ให้เหตุผลในการบัญญัติไว้ท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2512 โดยให้เหตุผลว่า “เนื่องจากปรากฏว่าขณะนี้มิผู้ร้ายลอบลักเอาพระพุทธรูปอันล้ำค่าซึ่งเป็นที่เคารพบูชาของพุทธศาสนิกชนและมีคุณค่าในทางประวัติศาสตร์ ตามวัดวาอารามและพิพิธภัณฑสถานไปเป็นจำนวนมาก บางแห่งเป็นพระพุทธรูปคู่บ้านคู่เมืองของแต่ละจังหวัดซึ่งทำให้ประชาชนในถิ่นนั้นเศร้าสลดใจต่อการขาดวัตถุซึ่งเป็นสิ่งที่เคารพบูชาในทางพุทธศาสนาไปอย่างมาก ยิ่งกว่านั้นบางแห่งการลอบลักพระพุทธรูปนั้นได้กระทำการแสดงถึงความโหดร้ายทารุณไร้ศีลธรรมอย่างหนัก เช่น ตัดเอาเศียรพระพุทธรูปไปกองเหลือต่อองค์พระ นับว่าเป็นการเสื่อมเสียแก่ชาติบ้านเมืองและเป็นผลเสียหายแก่พุทธศาสนาโดยไม่นึกถึงศาสนสมบัติของชาติ บุคคลประเภทนี้สมควรจะได้รับโทษหนักกว่าการกระทำต่อทรัพย์สินธรรมดาของส่วนบุคคลรวมทั้งผู้รับของโจร และผู้ส่งออกต่างประเทศด้วย จะอาศัยความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเดิมโทษก็เบาเกินไปเป็นการป้องกันได้เพียงพอ โดยเหตุนี้จึงเป็นการสมควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องนี้ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อป้องกันและรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สินอันล้ำค่าของชาตินี้มิให้มีการลอบลักเอาไปต่างประเทศเสียหายก่อนที่จะสายเกินไป”<sup>47</sup> ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้ คือ ธรรมเนียมปฏิบัติ การครอบครอง และคุณค่าในทางประวัติศาสตร์และศิลปวัฒนธรรมของชาติ<sup>48</sup>

ความผิดอาญา (Verbrechen หรือ Crime) นั้น มาจากปทัสถาน (Norm) และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย โดยปทัสถานนั้นก็คือ กฎเกณฑ์ ความประพฤติ ศีลธรรม หรือศาสนาของสังคมในเบื้องต้นหรือขั้นต่ำ<sup>49</sup> หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติ Norm หรือ normative มาจากภาษาละตินว่า norma แปลว่า อาคารหิน รูปทรงสี่เหลี่ยม (a stone mason’s set – square) ซึ่งหมายความว่าสิ่งที่แสดงความเชื่อมั่นถึงวัตถุที่ควรจะเป็น และความหมายในทางปรัชญา ธรรมเนียมปฏิบัติ หมายถึง กฎ (rule) หรือมาตรฐานอำนาจ (an authoritative standard) และยัง

<sup>47</sup> ดูราชกิจจานุเบกษา เล่ม 86 ตอนที่ 113 ลงวันที่ 16 ธันวาคม 2512 น. 1013.

<sup>48</sup> คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น. 314.

<sup>49</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 57.

หมายถึง ข้อความหรือสิ่งที่ควรจะเป็นอันเป็นการแสดงถึงสิ่งที่ควรและสิ่งที่ไม่ควร<sup>50</sup>

ในปทัสถานนั้น มีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ และในคุณธรรมทางกฎหมายนั้นก็มิสมบัติ (gut) แฝงอยู่เบื้องหลัง โดยที่กฎหมายอาญานั้นได้ยกระดับ “สมบัติ” นั้นขึ้นมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ปทัสถานที่ว่า “การฆ่าเป็นสิ่งที่ไม่ควร” การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะว่า “ชีวิต” เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 288 ก็เพื่อที่จะคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และโดยการบัญญัติความผิดฐานนี้จึงทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป<sup>51</sup> แต่ก็มีใช้ทุกปทัสถานที่จะได้รับการยกระดับขึ้นเป็นกฎหมาย เพราะการประพุดิพิศปทัสถานบางอย่างอาจยังไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่จะสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาก็ได้ ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นล้วนแต่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น จึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายด้วยการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอาญา<sup>52</sup> ดังนั้นความผิดต่าง ๆ ในกฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน เป็นผลทำให้กฎหมายอาญามีภารกิจที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้ถูกล่วงละเมิดหรือถูกคุกคามได้

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่เป็นามธรรม กล่าวคือ ไม่ใช่สิ่งที่ยึดต้องได้ โดยประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่เป็เพียง “ภาพในทางความคิด”<sup>53</sup> เท่านั้น โดยคุณธรรมทางกฎหมายเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ (Interesse/interest) หรือคุณค่า (Wert/value) ของการอยู่ร่วมกันของสังคมมนุษย์ เพื่อให้สังคมมนุษย์เกิดความสงบสุข เพราะหากมีการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ก็ถือเสมือนเป็นการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันด้วย ฉะนั้น อาจให้คำจำกัดความได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง<sup>54</sup>

คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย ทรัพย์สิน และคุณธรรม

<sup>50</sup> วิษซ์ จีระแพทย, “การออกแบบกฎหมายในกรอบจริยธรรมและศีลธรรม,” ข่าวเนติบัณฑิตยสภา, ปีที่ 19, ฉบับที่ 210, น.5 (มกราคม 2550).

<sup>51</sup> คณิต ฒ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” วารสารอัยการ, ปีที่ 3, ฉบับที่ 25, น. 55-56 (มกราคม 2523).

<sup>52</sup> คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.158-159.

<sup>53</sup> เพ็ญอ้าง, น.160.

<sup>54</sup> เพ็ญอ้าง, น.160.

ทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น “ความปลอดภัยในการจราจร” ในความคิดตามกฎหมายว่าด้วยจราจร “ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้” ได้ของเงินตรา” ในความคิดฐานเกี่ยวกับเงินตรา “ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน” ในความคิดฐานกบฏดินแดน เป็นต้น<sup>55</sup>

การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายมีประโยชน์หลายประการ<sup>56</sup> เช่น

(1) เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความคิดอาญาฐานต่าง ๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้ ดังเช่น การตีความในกรณีการลักกระแสไฟฟ้า ที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่าเป็นการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์<sup>57</sup> ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของความคิดฐานลักทรัพย์นั้นมี 2 ประการ คือ กรรมสิทธิ์ และการครอบครอง ดังนั้นการ “เอาไป” อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความคิดฐานนี้จึงต้องเป็นการเอาไปที่เป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครอง ซึ่งกรรมสิทธิ์คือสิทธิในทรัพย์ กล่าวคือเป็นสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง ส่วนการครอบครอง คือ อำนาจแท้จริงเหนือทรัพย์ ในขณะที่ขณะหนึ่งแต่ไฟฟ้าเป็นเพียงพลังงานหาใช้ทรัพย์ไม่ สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์ และการที่จะแสดงอำนาจที่แท้จริงเหนือไฟฟ้านั้นยังไม่อาจเป็นไปได้ ดังนั้น การลักเอากระแสไฟฟ้าจึงไม่ใช่การเอาไป ตามความหมายของการลักทรัพย์ การลักกระแสไฟฟ้าจึงไม่เป็นความคิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งหากตีความโดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนช่วยในการตีความแล้วก็ตีความกฎหมายได้อย่างถูกต้องและตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

(2) คุณธรรมทางกฎหมายนั้นมีส่วนช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความคิดเพื่อช่วยในการศึกษากฎหมายอาญา และแม้แต่การจัดหมวดหมู่ประเภทของความคิดของประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐานตั้งอยู่บนเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย โดยอาจแบ่ง

- ความคิดต่อบุคคล อาจแยกเป็น ความคิดต่อชีวิต ความคิดต่อความปลอดภัยของร่างกาย ความคิดที่เป็นการก่อกวนอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย ความคิดต่อชีวิตในกรรมภารดา ความคิดต่อเกียรติ ความคิดต่อเสรีภาพ ความคิดต่อการครอบครองพื้นที่และสถานที่ ความคิดต่อความลับ

- ความคิดต่อกรรมสิทธิ์และทรัพย์สิน อาจแยกเป็น ความคิดที่กระทำต่อกรรมสิทธิ์ และ ความคิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์

- ความคิดต่อการอยู่ร่วมกัน อาจแยกเป็น ความคิดต่อข้อบัญญัติทางศีลธรรม ความคิด

<sup>55</sup> เติ้งฮ้าง, น.162.

<sup>56</sup> คณิต ฒ นคร, ฮ้างแล้ว เจริงรรถที่ 51, น. 59.

<sup>57</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่)

เกี่ยวกับความมั่นคงและเชื่อถือ ความผิดต่อความสงบสุขของประชาชน ความผิดต่อความปลอดภัยของประชาชน และความผิดเกี่ยวกับการก่อความรำคาญแก่ประชาชน

- ความผิดต่อรัฐ อาจแยกเป็น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ และความผิดเกี่ยวกับความเด็ดขาดและความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ

(3) เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งที่เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน” (Individualrechtsgut) เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ และ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศในทางทหาร เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายเช่นนี้มีส่วนช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยที่แน่นอน และยังมีส่วนช่วยในการวินิจฉัยเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายด้วย เพราะเฉพาะ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน” เท่านั้นที่จะมีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน” นั้นโดยทั่วไปแล้วเจ้าของสามารถระงับความคุ้มครองได้ จึงมีผลต่อการพิจารณาเรื่องความยินยอม

#### 2.4.2 หลักการตีความกฎหมายอาญาในระบบประมวลกฎหมาย

การตีความกฎหมายอาญาเป็นบทบาทของศาลในการค้นหาความหมายของถ้อยคำในกฎหมายว่ามีความหมายเช่นใด เพื่อหยั่งทราบความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมายอันนำมาสู่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้ได้ผลที่ถูกต้องแน่นอน แต่นักนิติศาสตร์ไทยยังมีความเห็นในการตีความกฎหมายอาญาที่ยังแตกต่างกันอยู่ อาจเป็นเพราะนักนิติศาสตร์ไทยศึกษากฎหมายในประเทศที่มีระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกันจึงมีนิติวิธี (Juristic Method) ในการตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน<sup>58</sup>

หลักการตีความของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์ หรือประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย โดยมีประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม อิตาลี สเปน ญี่ปุ่น กับประเทศอื่น ๆ ทั้งในยุโรป อเมริกา เอเชีย แอฟริกา ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายโรมันเดิมนั้นรวมทั้งประเทศไทย ซึ่งมีข้อสังเกตที่สำคัญว่า ประเทศที่ใช้ระบบเหล่านี้จะไม่ใช้ประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ แต่จะเป็นประเทศที่มีภาษาเฉพาะของคนแต่ละประเทศแตกต่างกันไป<sup>59</sup>

ในประเทศเหล่านี้ปัญหาที่ว่ากรกระทำไฉจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ย่อมแล้วแต่ว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติความผิดไว้หรือไม่ ถ้าไม่บัญญัติไว้ก็ไม่เป็นความผิด ในระบบ

<sup>58</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, “นิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย,” วารสารสุทธิปริทัศน์, ปีที่ 33, ฉบับที่ 101, น. 248. (กรกฎาคม - กันยายน 2562).

<sup>59</sup> อักษราทร จุฬารัตน์, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : กฎหมายไทย, 2542), น. 11.



ประมวลกฎหมายคำพิพากษาของศาลหรือจารีตประเพณีจึงไม่มีทางที่จะสร้างความผิดอาญาขึ้นได้ ความผิดในทางกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายจึงต้องอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก การตีความวางหลักเกณฑ์ของความผิดต้องมาจากตัวบทกฎหมาย ดังนั้น หลักการตีความกฎหมายอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์ อาจสรุปเพียงให้เข้าใจง่าย ๆ ว่ามีหลักสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ<sup>60</sup> 1) การตีความตามตัวอักษร ที่เรียกว่า Grammatical (Literal) Interpretation 2) หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่เรียกว่า Logical Interpretation ซึ่งการตีความความตามตัวอักษร คือ การตีความที่ยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษร เช่นเดียวกับหลักการตีความ Literal Rule ในระบบคอมมอนลอว์ เพียงแต่อาจจะไม่ใช้วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำประการเดียว หรือไม่ใช้วิธีหาความหมายของถ้อยคำตัวอักษรก่อนจนเมื่อไม่สามารถค้นหาความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเหมือนอย่างในระบบอังกฤษ อาจกล่าวได้ว่า ระบบซีวิลลอว์นั้นจะใช้การตีความกฎหมายโดยพิจารณาถ้อยคำควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน

กฎหมายไทยมีหลักการตีความกฎหมายอาญาเช่นเดียวกัน

การตีความกฎหมายอาญาของไทยนั้นแม้ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ก็ตาม แต่ก็อาจพิจารณาได้จากมาตรา 2<sup>61</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ การจะลงโทษบุคคลใดต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด ซึ่งแม้กฎหมายอาญาต้องมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งก็ตามแต่การที่จะบัญญัติให้ละเอียดและชัดเจนแน่นอนในทุกกรณีย่อมไม่อาจเป็นไปได้ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าบุคคลใดควรได้รับโทษทางอาญาจึงต้องมีการพิจารณาว่าผู้นั้นมีความผิดอาญาที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ โดยใช้การตีความกฎหมายเป็นเครื่องมือ ซึ่งการตีความกฎหมายอาญานั้น นักกฎหมายบางส่วนมีแนวคิดว่า มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลักการตีความกฎหมายอาญาตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 2 ไม่ใช่หลักการตีความกฎหมายอาญา แต่การตีความกฎหมายอาญาสามารถพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่ง

<sup>60</sup> เพิ่งอ้าง, น.64.

<sup>61</sup> มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนด โทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่ บัญญัติไว้ในกฎหมายถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำ เช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการ เป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้น ไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับ โทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

หมาย ของบทบัญญัตินั้น ๆ” กล่าวคือ ให้ตีความตามตัวอักษรหรือตีความตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งการตีความตามตัวอักษรหรือตีความตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ ได้มีการแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก คือ การตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่เมื่อการตีความนั้นทำให้เกิดผลประหลาดจึงมาพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย

แนวทางที่สอง คือ การตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน หมายความว่า การตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายมีน้ำหนักเท่ากัน กล่าวคือ จะตีความตามตัวอักษรก็ตีความได้แต่ต้องไม่เกินความมุ่งหมาย หรือตีความตามความมุ่งหมายก็ได้แต่ต้องไม่เกินตัวอักษรไป<sup>62</sup> ซึ่งแนวทางที่สองนี้เป็นแนวทางของนักกฎหมายส่วนมาก ในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายไว้ว่า ในการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมีทฤษฎีดังต่อไปนี้<sup>63</sup>

1) ทฤษฎีอำเภोजิตต์ (Subjective Theory) ถือว่า จะพบเจตนารมณ์ของกฎหมายจากเจตนาของผู้บัญญัติในทางประวัติศาสตร์ เช่น พิจารณาต้นร่างกฎหมาย รายงานประชุมตลอดจนคำอภิปรายในสภานิติบัญญัติ ซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้จะช่วยชี้ให้เห็นว่าการที่กฎหมายใช้ถ้อยคำเช่นนี้เป็นเพราะผู้บัญญัติกฎหมายมีเจตนารมณ์เช่นไร

2) ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) ถือว่าไม่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในทางประวัติศาสตร์แต่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง กล่าวคือเป็นการค้นคว้าว่าบทกฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร เป็นการตีความโดยคำนึงถึงคุณค่าของคำพิพากษา

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นกร กำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญาดังนี้<sup>64</sup>

#### 1) การตีความตามหลักภาษา

หลักรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นั้นได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น จุดเริ่มต้นของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำด้วยบทกฎหมาย การตีความตามหลักภาษา หมายถึง การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กัน

<sup>62</sup> จิตติ ดิงสกีทซ์, “การตีความกฎหมายอาญา,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 14, ฉบับที่ 4, น.51-52. (ธันวาคม 2527).

<sup>63</sup> หยุด แสงอุทัย, การศึกษาวิชากฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ประกายพริ้ง, 2546) น.5-8.

<sup>64</sup> คณิต ฒ นกร, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.75-81.

อยู่ทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล แต่การตีความตามหลักภาษามีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำที่จะตีความนั้นมีความหมายที่ตรงกันทั้งตามที่ใช้กันทั่วไปและในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความจึงต้องตั้งข้อสงสัยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ การดูความหมายพิเศษของถ้อยคำกฎหมาย คือ การดูคำนิยามของตัวบทกฎหมาย

#### 2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

ในการตีความกฎหมายนั้น แม้ผู้ตีความจะต้องถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์ แต่ภาษากฎหมายก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

#### 3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภา นอกจากนี้ เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยก็เป็นข้อมูลหนึ่งที่หยั่งทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมาย ตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายต่อไป

#### 4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย การตีความตามวิธีนี้ คุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี เป็นต้นว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง ซึ่งกรรมสิทธิ์ หมายถึง สิทธิในสิ่งมีรูปร่าง หรือสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์ เพราะไฟฟ้าไม่ใช่ว่ามีรูปร่าง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกากลางโทษการบักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์จึงไม่ถูกต้องกับหลักการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย นอกจากค้นหาคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าของการกระทำด้วย เป็นต้นว่า การทำให้ดีขึ้น อาทิ การกระทำต่อร่างกายในการรักษาพยาบาลย่อมไม่เป็นการทำร้ายในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญาไว้ดังนี้<sup>65</sup>

#### 1) พิเคราะห์ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย

การตีความกฎหมายนั้นมีถ้อยคำในตัวบทเป็นวัตถุในการตีความ การพิเคราะห์ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่จะต้องทำความเข้าใจ แม้ว่าถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะมีความชัดเจนแน่นอนพอควรก็ตาม แต่หากพิเคราะห์ให้ลึกซึ้งก็จะพบว่า ถ้อยคำแต่ละคำมีความหมายแคบกว้างต่างกันอยู่หลายระดับ โดยต้องค้นหาทั้งในส่วนที่เป็นแก่นความ ความหมายตามธรรมดา ความหมายอย่างกว้าง ตลอดจนเนื้อหาที่ถือโดยอนุโลม แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ

#### 2) พิเคราะห์ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์

การตีความกฎหมาย การพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรในกฎหมายเพียงอย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอ การตีความจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ด้วย กล่าวคือ หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องพิจารณาควบคู่กันไป ไม่ใช่ถือหลักใดก่อนหลัง แต่ต้องพิจารณาควบคู่กันไปเสมอโดยถือว่าทั้งสองอย่างมีน้ำหนักเท่ากัน เนื่องจากถ้อยคำแต่ละคำที่ประกอบเป็นข้อความนั้น ไม่มีความหมายที่ชัดเจนในตัวมันเอง ความหมายของถ้อยคำจะปรากฏขึ้นเมื่ออ่านรวมกับข้อความแวดล้อม และรวมเข้ามาประกอบเป็นข้อความทั้งหมดของเรื่องนั้น การอ่านข้อความแวดล้อมและอ่านข้อความทั้งหมดก็คือ การค้นหาเหตุผลของกฎหมาย (ratio legis) เจตนารมณ์หรือวิญญาณของกฎหมาย (spirit of the law)

#### 3) พิเคราะห์ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ในการค้นหาเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นอาจมีความจำเป็นที่จะต้องค้นหาความเข้าใจถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ไปด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายมิใช่มาจากเจตจำนงของบุคคลเท่านั้น แต่เป็นผลจากการวิวัฒนาการมาเป็นเวลานานในอดีต จากแหล่งที่มาแตกต่างกัน ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท หรือที่ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียกว่า ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น อันได้แก่ กฎหมายชาวบ้าน กฎหมายของนักกฎหมาย และกฎหมายเทคนิค

#### 4) พิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมาย

การพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่จะช่วยในการตีความกฎหมายได้ เพราะการพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายเท่ากับเป็นการค้นหาสิ่งที่เป็นภาพรวมของบทบัญญัติ ซึ่งจะช่วยให้มองเห็นถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่าง

<sup>65</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551)

ระหว่างบทบัญญัตินั้น ๆ เช่น การวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัตินั้น ๆ เช่น การวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก จะพบว่าความผิดทั้งสองมีเนื้อความที่คล้ายกัน แต่ต่างกันที่ใครครอบครองทรัพย์นั้น

5) วิเคราะห์คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

ในบทบัญญัติของความผิดฐานต่าง ๆ จะมีส่วนที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองแฝงอยู่ ซึ่งเรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย การตีความโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายจะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ เช่น ปัญหาที่ว่า การลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ ถ้าหากพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ที่มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์และการครอบครอง และจากความหมายของกรรมสิทธิ์ที่ว่า สิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง การจะถือว่าการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ย่อมไม่ตรงกับคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติเพราะไฟฟ้าเป็นพลังงานจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ได้ เป็นต้น

สรุปได้ว่า ในการตีความกฎหมายอาญานั้น คุณธรรมทางกฎหมายมีส่วนสำคัญในการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะคุณธรรมทางกฎหมายสามารถช่วยค้นหาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายนั้น เพื่อที่จะได้สามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในแต่ละเรื่อง ๆ ซึ่งหากมีการตีความกฎหมายที่ไม่เป็นไปตามคุณธรรมของกฎหมายในเรื่องนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดความไม่ธรรมต่อผู้ได้รับผลจากการตีความที่ไม่ถูกต้องและกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล นอกจากนี้การตีความโดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเกณฑ์จะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยความรับผิดชอบ

## 2.5 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายไทย

### 2.5.1 ประวัติความเป็นมา

ประเทศไทยบังคับใช้กฎหมายอาญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่สมัยสุโขทัย ก่อนการจัดทำประมวลกฎหมายมีหลักฐานปรากฏโดยชัดแจ้งว่ามีการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยทั่วไปแล้วดังที่ปรากฏในพระธรรมศาสตร์ ราชศาสตร์ กฎหมายอาญาหลวงหรือกฎหมายที่ประกาศใช้เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง<sup>66</sup>

จุดกำเนิดของแนวคิดทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ในประเทศไทยมีวิวัฒนาการมาจากประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก จ.ศ.1244<sup>67</sup> ซึ่งเกิดใน

<sup>66</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, “กฎหมายลักษณะอาญา ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 16, ฉบับที่ 2, น.106-107. (มิถุนายน 2529).

<sup>67</sup> ตรงกับ พ.ศ. 2425

รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยมีเนื้อความ ดังนี้

ประกาศคำปฤกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก<sup>68</sup>

ความเรื่องนี้ มีพระบรมราชโองการ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พระยาศรีสุนทร โวหารเชิญพระบรมวงษานุวงษ แลท่านเสนาบดี เข้าทูลลองธงฤดีพระบาทมาประชุมพร้อมกัน ณ หอมิวเซียมปฤกษา ลงความเห็นมีข้อความตามสำเนา ดังนี้

ข้าพระพุทธเจ้า สมเด็จพระเจ้าบรมวงษเธอ เจ้าฟ้ามหามาลา กรมพระบำราบปรปักษ์ สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าจาตุรนต์รัสมิ กรมหลวงจักรพรรดิพงษ์ สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าภาณุรังษีสว่างวงษ กรมหลวงภาณุพันธุวงษวรเดช กรมหมื่นนเรศวรฤทธิ กรมหมื่นพิชิตร์ปริชากร กรมหมื่นอดิศรอุดมเดช กรมหมื่นภูษเรศรังสรรค์ศักดิ์ กรมหมื่นประจักษ์ศิลปาคม กรมหมื่นเทววงษะโรประการ เจ้าพระยาสุรวงษ์ไวยวัฒน์ เจ้าพระยาภาณุวงษมหาโกษาธิบดี เจ้าพระยาพลเทพกระษेत्रาธิบดี เจ้าพระยามหินทรศักดิ์ธำรงค์ เจ้าพระยาศรีพิพัฒย์ พระยาอภัยรณฤทธิ พระยาเจริญราชไมตรี พระยาภยกรวงษ พระยากระลาโหมราชเสนา พระยาเทพประชนุ พระยาราชวรานุกูล พระยาจำแสนบดี

ขอพระราชทานกราบบังคมทูลพระกรุณา ได้ทรงทราบฝ่าลองธงฤดีพระบาท ด้วยทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ข้าพระพุทธเจ้าประชุมกันปฤกษาเรื่องความ อีแก้วผู้ร้ายลักเด็ก ไปจำนำเงินหยงติดฝัว อำแดงง่วนเง็กภรรยา อีสินลาผู้รับประกัน ถ้าเหนควรจะตัดสินลงโทษประการใด และจะคิดป้องกันข้างนำต่อไปประการใด ให้ปฤกษาพร้อมกันนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณานั้น พระเดชพระคุณหาที่สุดมิได้ ข้าพระพุทธเจ้ารับใส่เกล้าฯ ได้ประชุมกันตรวจตริตrongข้อความแล้ว เห็นด้วยเกล้าฯ ว่าการลักเด็กจำนำซึ่งเกิดขึ้นครั้งนี้เป็นการแปลกปลาตแลเป็นเหตุอันร้ายกาจซึ่งไม่เคยมีมาแต่ก่อน ควรจะต้องทำโทษให้จงหนัก ให้เป็นแบบอย่างไว้อย่าให้เหตุเช่นนี้มีขึ้นอีกได้ ข้าพระพุทธเจ้า เห็นด้วยเกล้าฯ ว่าในความเรื่องนี้เงินหยงติดฝัว อำแดงง่วนเง็กภรรยา เป็นต้นเหตุให้อีแก้วก่อการร้ายเพราะการเรื่องนี้ ถ้าเงินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก ไม่ให้ทำยถื่อหางแลรับรองกับอีแก้วว่า จะรับซื้อรับจำนำเด็กก่อนซึ่งอีแก้วพราจากมารดาจำนำอีแก้วก็ไม่ทำความชั่วความร้ายในครั้งนี้ เพราะนอกจาก เงินหยงติด อำแดงง่วนเง็กแล้ว ไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดอื่นที่อีแก้วจะมุ่งหมายที่จะขายแลจำนำทารกอ่อนดั่งนี้ได้ เพราะการอย่างนี้ยังไม่มีแห่งหนึ่งแห่งใดอีแก้วเมื่อเวลารับเอาเด็กมาก็ยังหาเปนผู้ร้ายไม่ เพราะไม่ได้ความว่าอีแก้วพ่อหลวงถูลักเอามาต่อเงินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก พุดจาสัญญาจะให้เงินกับอีแก้ว ๆ จึงได้เกิดปราดนาอยากจะได้เงินของ

<sup>68</sup> รัตนัญญัติ (เปล่ง), หลวง, กฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติ และประกาศ ซึ่งตั้งขึ้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ผู้ทรงธรรมอันประเสริฐ เล่ม 2 ร.ศ. 113, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์วิชาการบ้านหม้อ, ม.ป.ป.), น.583-588.

จินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก จึงได้เป็นผู้ร้ายลักเด็กอายุสามขวบเดียวจ่านำให้กับจินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก ในเวลานั้น เพราะฉะนั้นจึงเห็นว่าจินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก เป็นต้นเหตุก่อการร้ายเรื่องนี้

ประการหนึ่งการเรื่องที่จินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก ก่อเหตุผลอันร้ายกาจขึ้นครั้งนี้ มิใช่ เพราะเห็นการไม่มีผิด ฤาโลกอยากได้ประโยชน์ในการที่ทำ ฤาด้วยความรักเด็ก ฤากรุณาต่อ อีแก้วอย่างหนึ่งอย่างใด เพราะแลเห็นได้อยู่ว่าการที่สัญญาจ่านำกับอีแก้วครั้งนี้มีดอกเบียวันละเฟื้อง พิเคราะห์ดูคนตามธรรมดา แม้ถึงไม่ต้องเสียเงินราคาเด็กให้อีแก้ว เป็นแต่จะเอาเด็กมาจ้างให้เลี้ยง เปลา ๆ วันละเฟื้อง ก็จะไม่มีการรับ ประโยชน์ที่จินหยงติดที่อำแดงง่วนเง็กจะได้ไม่คุ้มค่าที่เลี้ยงเด็ก จึงควรเห็นว่าไม่เป็นการทำหากำไร ประการหนึ่งก็เป็นแต่รับจ่านำแลมีดอกเบียไม่ได้สัญญาขาย เป็นสิดเป็นขาด ซึ่งให้เห็นเป็นว่ารักใคร่อยากได้เด็กเลี้ยง จึงเห็นควรว่าการที่จินหยงติดอำแดง ง่วนเง็กทำทั้งนี้ด้วยความมองอาจประมาทอาญาแผ่นดิน ปรารถนาจะออกอำนาจให้ราษฎรโจรผู้ร้าย ทั้งหลาย เห็นว่าตัวกล้าหาญจะทำการผิดอย่างไรก็ทำได้ไม่มีโทษ ปรารถนาจะให้โจรผู้ร้ายลักของมา จ่านำที่ร้านของตัวให้มากขึ้น ให้เป็นที่ลำบากแลอันอันตรายแก่ราษฎรทั่วไป ซึ่งจินหยงติดอำแดง ง่วนเง็ก กระทำเหตุอันตรายเป็นข้อฉกรรจ์ ปัจจุบันแลอนาคตด้วยความตั้งใจมุ่งหมายดังนี้ มีความผิด เป็นอันมาก อีแก้วเป็นผู้พรากเอาเด็กมาจากมารดาจ่านำไว้กับคนใจร้าย ทำให้เด็กทนทุกข์ขระมาร แล้วยังทำให้มารดาของเด็กพรีดพรากจากบุตรได้รับความยากแค้นเดือดร้อน ต้องในถน โจรใจร้าย กระทำให้เป็นที่เดือดร้อนหวาดหวั่นแก่ราษฎรทั้งหลาย ซึ่งมีบุตรทั้งปวงต่อไปเพราะคิดทำการ ลักเด็กอ่อน ซึ่งแต่ก่อนไม่มีใครเคยทำเอามาขายจ่านำ ให้เป็นเหตุตัวอย่างขึ้นดังนี้ อีแก้วมีความผิด อีสินลาเป็นผู้คบคิดกับอีแก้วเข้ารับเป็นนายประกัน อีแก้วกับจินหยงติด อำแดงง่วนเง็กจึงได้รับ จ่านำเด็กกัน อีสินลาก็ได้ส่วนแบ่งปันเป็นผู้ร่วมคิดทำผิดด้วยอีแก้ว จินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก อีสินลา อีแก้วมีความผิดเสมอกัน เพราะโทษที่เกิดขึ้นทั้งนี้ อาไศรยการที่อายอีสินลาทำการ ถ้ำขาดไปแต่ พวกหนึ่งพวกใด การร้ายอันนี้ก็จะไม่เกิดขึ้น จึงเห็นด้วยเกล้าฯ พร้อมกันว่าควรจะลงพระราชอาญา เขี่ยนอายจินหยงติด อีง่วนเง็ก อีแก้ว อีสินลา คนละ 2 ยก 60 ที แล้วเอาตัวไปจำไว้ ณ คุณให้ เจ็ดหลาบ และอย่าให้เป็นเยี่ยงอย่างต่อไป แลการที่จะรักษาไปภายหน้านั้น ขอรับพระราชทานมี หมายประกาศให้ราษฎรให้ทราบทั่วกัน ห้ามอย่าให้ใครทำดั่งอายอีสินลาเป็นอันขาด ถ้ามีฟังจับได้ จะลงพระราชอาญาเหมือนครั้งนี้

ก็เห็นด้วยด้วยเกล้าฯ ว่า จะก่อสงบระงับการอย่างนี้มีให้มิต่อไปได้ ควรมิควรสุดแล้วแต่ จะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ขอเดชะทรงเซน

ซึ่งพระบรมวงษานุวงษ ท่านเสนาบดีปฤชลาถนื่อเหนอมนานี้ เห็นว่าถูกต้องตามการอยู่ แลควรเป็นแบบอย่างสืบไป ให้กรมหมื่นภูเรศธำรงค์ศักดิ์ ลงโทษผู้ผิดแลตราพระราชบัญญัติไว้ สำหรับแผ่นดินสืบไป ตั้งแต่ ณ วันอาทิตย์ เดือนอ้าย แรมสิบสามค่ำ ปีมเมียจัตวาศก ๑๒๔๔

(พระราชหัตถเลขา)สยามมินทร

ประกาศฉบับนี้ส่งผลต่อแนวคิดในทางกฎหมายที่ทำให้เกิดการบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในเวลาต่อมา ซึ่งเนื้อความในประกาศดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การลักเด็กจากมารดาของเด็ก ซึ่งคือการพรากเด็กนั่นเอง เพื่อนำเด็กนั้นไปจำหน่ายเป็นเครื่องร้ายแรงที่ไม่เคยเกิดมาก่อน ควรจะต้องให้ได้รับโทษอย่างหนักเพื่อมิให้ประชาชนผู้อื่นเอาเป็นแบบอย่าง ป้องกันมิให้มีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นอีก และการพรากเด็กมาจำหน่ายนั้นทำให้เด็กทุกข์ทรมาน ทำให้มารดาของเด็กต้องพลัดพรากจากบุตรจนได้รับความยากแค้นเดือนร้อนและทำให้เป็นที่หวาดหวั่นแก่ประชาชนที่มีบุตรทั้งปวง จึงให้มีพระราชอาญาลงโทษผู้กระทำความผิด พร้อมทั้งให้มีหมายประกาศให้ราษฎรผู้อื่นทราบโดยทั่วกันว่า ห้ามมิให้ราษฎรผู้อื่นกระทำการดังกล่าวตามผู้กระทำความผิดอีกเป็นอันขาด หากกระทำจะได้รับพระราชอาญาเหมือนผู้กระทำความผิด ซึ่งการประกาศเช่นนี้ถือเป็นการป้องกันและปราบปรามมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นอีก

ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายในร.ศ.116 (พ.ศ.2440) ซึ่งเริ่มต้นปฏิรูปด้วยการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายอาญฉบับแรกของไทย โดยประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275<sup>69</sup> ว่า

มาตรา 273 “ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบไปเสียจากบิดามารดาหรือจากผู้ที่มิอำนาจคุ้มครองเด็กนั้นโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กนั้นก็ดี แลผู้ใดรู้อยู่แล้วว่าเด็กคนใดถูกคนพาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อหรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตก็ดี ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดอย่างใดใดเช่นว่ามาในมาตรานี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง

ความผิดตามมาตรานี้ต้องมีเจตนาทุจริตจึงจะมีความผิด เช่น ถ้าผู้กระทำความผิดพาเด็กไปเพราะเห็นเด็กถูกกดขี่ข่มเหงไม่ผิดตามมาตรานี้ และกฎหมายไม่ถือความสมัครใจของเด็กเป็นสาระสำคัญ<sup>70</sup>

มาตรา 274 “ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบขึ้นไปจนถึงสิบสี่ขวบไปเสียจากบิดามารดาหรือจากผู้ที่มิอำนาจคุ้มครองเด็กนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเด็กมิได้เต็มใจไปด้วยนั้นก็ดี แลผู้ใดรู้อยู่แล้วว่าเด็กคนใดมีผู้พาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อหรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไป

<sup>69</sup> บริรักษ์นิติเกษตร, พระ, กฎหมายลักษณะอาชญา ร.ศ.127, (ม.ป.ท.,ม.ป.ป.), น.157-159.

<sup>70</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาชญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น.395.



จนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลความผิดที่ว่ามาในมาตรานี้ เป็นการที่กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร อย่างหนึ่งอย่างใด ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

มาตรา 274 วรรคแรกนี้ต่างกับมาตรา 273 ในเรื่องอายุของเด็ก กล่าวคือ เด็กตามกฎหมายมาตรานี้กฎหมายถือว่าเป็นเด็กที่รู้ความจึงเอาผิดต่อเมื่อเด็กนั้น ไม่เต็มใจไปด้วย ซึ่งหมายถึงกรณีของเด็กไม่สมัครใจแต่ถูกล่อลวงไปด้วย ตัวอย่างเช่น กล่าวต่อเด็กว่าบิดามารดาให้มารับตัวไป ซึ่งถ้าเด็กทราบว่าเป็นการหลอกลวงเด็กก็จะไม่ไปด้วย เป็นต้น แต่ความไม่เต็มใจของเด็ก อาจมิได้ในกรณีอื่น ๆ อีก เช่น ใช้กำลังทำร้ายหรือขู่เช็ดูว่าจะทำร้ายให้เด็กกลัวต้องยอมไปด้วย เป็นต้น และความผิดตามวรรคแรกนี้ผู้กระทำก็ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เจตนาทุจริตเช่นกันจึงจะมีความผิด โดยคำว่า ซื่อ และคำว่า ขาย นั้นมีความหมายตามภาษาสามัญ เพราะความจริงสัญญาซื้อขายในกรณีนี้เป็นโมฆะทางกฎหมาย<sup>71</sup>

มาตรา 275 “ผู้ใดเกลี้ยกล่อมพาเด็กอายุตั้งแต่สิบขวบขึ้นไปจนถึงสิบสี่ขวบไปเสียจากบิดามารดา หรือจากผู้ที่มิอำนาจคุ้มครองเด็กนั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมันเจตนาจะหากำไร หรือเพื่อการอนาจารไซ้ร้ ถึงเด็กนั้นจะเต็มใจไปด้วยกับมัน ท่านก็ว่ามันมีความผิด อนึ่งผู้ใดรู้อยู่แล้วว่าเด็กคนใดมีผู้พาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื่อ หรือขายเด็กนั้น หรือรับเอเด็กนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตไซ้ร้ ท่านว่ามันมีความผิดเสมอกับผู้พาเด็กไป แลท่านให้ลงโทษผู้กระทำผิดในมาตรานี้ ด้วยระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

ความผิดตามมาตรา 275 วรรคแรกนี้ต่างกับความผิดตามมาตรา 274 วรรคแรก กล่าวคือ มาตรา 274 เป็นกรณีของเด็กไม่เต็มใจไป ฉะนั้น เพียงที่ผู้กระทำมีเจตนาทุจริตก็เป็นความผิดแล้ว แต่ตามมาตรา 275 ผู้กระทำได้เกลี้ยกล่อมพาเด็กไป ซึ่งเป็นกรณีเด็กเต็มใจไป มาตรานี้จึงเอาผิดต่อเมื่อผู้กระทำมีเจตนาจะหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ส่วนความผิดประการที่สองเรื่องซื้อขายหรือรับเด็กนั้นไว้ โดยเจตนาทุจริตนั้นเหมือนกับมาตรา 274<sup>72</sup>

ต่อมามาตรา 274 และมาตรา 275 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2474 โดยมีการแก้ไขอายุซึ่งเดิมกำหนดไว้ตั้งแต่สิบขวบถึงสิบสี่ขวบ เป็นตั้งแต่สิบขวบถึงสิบแปดขวบ

จากถ้อยคำในฉบับทแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้ว่าต้องการ

<sup>71</sup> เฝิงอ้าง, น.396.

<sup>72</sup> เฝิงอ้าง, น.397.

คุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาเพื่อมิให้เด็กถูกแยกออกจากความอบอุ่นในครอบครัว เพราะบิดามารดาซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดและทั้งบิดามารดาและเด็กก็ต่างอาศัยอยู่ในครอบครัวเดียวกันจึงเป็นผู้ที่ปกป้องดูแลเด็กได้ดีที่สุด ซึ่งตามจารีตประเพณีบิดามารดาและบุตรต่างมีบทบาทและหน้าที่ตลอดจนความสัมพันธ์ทางครอบครัวต่อกัน โดยบิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรและให้การศึกษาแก่บุตร เพื่อให้บุตรได้รับการปกป้องคุ้มครองจนกว่าบุตรจะสามารถดูแลคุ้มครองตนเองได้ และนอกจากนี้กฎหมายยังให้ผู้ที่มิอำนาจคุ้มครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้ที่บิดามารดาเด็กมาฝากไว้ให้เรียนหนังสือ เป็นผู้ที่หน้าที่คุ้มครองเด็กด้วย

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ประกาศขึ้นใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยเหตุผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เนื่องมาจากว่า “โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ เพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในพุทธศักราช 2451<sup>73</sup> เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก”

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ถัดจากวัน ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป คือ เริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ.2499 โดยมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ประมวลกฎหมายอาญาทำพระราชบัญญัติใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นไป และมาตรา 4 กำหนดให้เมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับแล้วให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา โดยประมวลกฎหมายอาญาทำพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติความผิดฐานพรากเด็กไว้ในมาตรา 317 และได้บัญญัติความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 318 และมาตรา 319 โดยบัญญัติไว้ในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพ ดังนี้

มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีไปเสียจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่ายหรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามความในวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

มาตรา 318 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่ายหรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามความในวรรคแรก ต้อง

<sup>73</sup> ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น

ถ้าความผิดดังกล่าวในสองวรรคแรกก่อนได้กระทำเพื่อกำไรหรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรากรผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อกำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรตามความในวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น

เมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ความผิดฐานพรากรเด็กตามมาตรา 317 และความผิดฐานพรากรผู้เยาว์ตามมาตรา 318 และมาตรา 319 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีก 3 ครั้ง ดังนี้

- ครั้งที่หนึ่ง เป็นการแก้ไขโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ซึ่งประกาศ ณ วันที่ 21 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2514 โดยจอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติ ซึ่งประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป<sup>74</sup> คือ เริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยเหตุผลของการประกาศใช้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 เนื่องมาจากว่า

“โดยที่คณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรม ในการคณะปฏิวัติเห็นว่า อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอแก่การป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน”

ข้อ 12 ของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ให้ยกเลิกความในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและให้ใช้ความดังต่อไปนี้แทน

“มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากรเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่ายหรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรตามความในวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น

<sup>74</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 88 ตอนที่ 127 หน้า 1 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 21 พฤศจิกายน

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการธนาคาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

มาตรา 318 ผู้ใดพรากรผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่ายหรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรตามความในวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น

ถ้าความผิดดังกล่าวในมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการธนาคาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรากรผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการธนาคาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากรนั้น”

การแก้ไขดังกล่าวเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนขอโทษเป็นหลัก กล่าวคือ มีการเพิ่มโทษทั้งโทษจำคุกและโทษปรับให้สูงขึ้น นอกจากนี้ มาตรา 317 มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติโดยเพิ่มคำว่า “บิดามารดา” ซึ่งเดิมใช้เพียงคำว่า “ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล” ซึ่งการแก้ไขดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอน สามารถให้ความคุ้มครองเด็กได้ดียิ่งขึ้นและเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 318 และมาตรา 319 และมีการเพิ่มความในมาตรา 317 วรรคสามขึ้นโดยบัญญัติว่า “ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการธนาคาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท” โดยการเพิ่มความในวรรคนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลได้ดียิ่งขึ้น และการใช้ความอ่อนแอของเด็กเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากเด็กหรือเพื่อกระทำการไม่สมควรในทางเพศนั้นเป็นกระทำที่ร้ายแรง สมควรได้รับบทลงโทษที่หนักกว่าการพรากรเด็กโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพียงอย่างเดียว และเพื่อให้การคุ้มครองสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 318 และมาตรา 319 ซึ่งเดิมได้บัญญัติบทลงโทษในส่วนนี้ไว้ก่อนแล้ว

- ครั้งที่สอง แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>75</sup> เป็นต้นไป โดยเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติได้ให้เหตุผลในการแก้ไขไว้ว่า

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันอาชญากรรมบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพได้ทวีความรุนแรง และความผิดฐานลักทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์ที่เป็นพระพุทธรูป และโคหรือกระบือของผู้มีอาชีพกสิกรรมมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งความผิดเหล่านี้ในบางกรณีได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาครั้งหนึ่งแล้วตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ในการนี้สมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ให้ยกเลิกความในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา 318 ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

<sup>75</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 99 ตอนที่ 108 หน้า 5 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 6 สิงหาคม

มาตรา 319 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ช้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น”

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สองนี้เป็นเพียงการแก้ไขโทษทั้งโทษจำคุกและโทษปรับให้สูงขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในขณะนั้นเท่านั้น มิได้มีการแก้ไขในส่วนองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแต่อย่างใด

- ครั้งที่สาม แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>76</sup> เป็นต้นไป โดยเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติได้ให้เหตุผลในการแก้ไขไว้ว่า

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 313 มาตรา 317 มาตรา 318 มาตรา 319 และมาตรา 398 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย จากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และการกระทำทารุณต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ นอกจากนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งหญิงเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่นในกฎหมายปัจจุบันนั้น มาตรา 282 จะเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำต่อหญิงอายุไม่เกินสิบแปดปี ทำให้หญิงได้รับความเสียหาย แต่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองสมควรแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดไม่ว่าหญิงจะมีอายุเท่าใดก็ตามจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ให้ยกเลิกความในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

<sup>76</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 104 ตอนที่ 173 หน้า 4 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 1 กันยายน

“มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจารผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา 318 ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจารผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื่อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรางตามวรรคแรกต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น”

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในครั้งที่สามนี้ เป็นการแก้ไขอายุของเด็กและผู้เยาว์ให้สูงขึ้นจากเดิม เพื่อป้องกันการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเดิมความผิดฐานพรางเด็กมาตรา 317 กำหนดอายุที่คุ้มครองสูงสุดไว้เพียง 13 ปี จึงได้มีการแก้ไขให้มีความคุ้มครองถึงอายุ 15 ปี เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองที่ดียิ่งขึ้นเพราะเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปีก็คงยังมีวุฒิภาวะในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ไม่เพียงพอ กฎหมายจึงกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มีอำนาจในการปกครองดูแลเพิ่มมากขึ้น

หลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 แล้ว ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาอีกหลายครั้ง<sup>77</sup> แต่ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319

<sup>77</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2530

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2532

แต่อย่างไร

โดยสรุป การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นเพียงแต่การเพิ่มเติมโทษให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน และเพิ่มเติมอายุเด็กและผู้เยาว์ในความปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแลให้ได้รับความคุ้มครองยิ่งขึ้น แต่ก็ยังคงมีหลักการในการคุ้มครองความปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์คงอยู่เช่นเดิม

### 2.5.2 คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

#### (1) คุณธรรมทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317

ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 นั้น อาจแยกฐานความผิดได้ออกเป็นสี่ฐานความผิด คือ ความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 วรรคแรก ความผิดฐานพรากเด็กเพื่อหาทำไรหรือเพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 วรรคแรกประกอบวรรคสาม ความผิดฐานค้าเด็กที่ถูกพรากตามมาตรา 317 วรรคสอง และความผิดฐานค้าเด็กที่ถูกพรากเพื่อหาทำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสองประกอบวรรคสาม

---

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2535  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2537  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2545  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2546  
 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2547  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2550  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2550  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2551  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560  
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562



ทุกฐานความผิดตามมาตรา 317 นี้ มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องเดียวกัน คือ “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล”<sup>78</sup>

คุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องนี้ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกากล่าวถึงไว้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 75/2532 ว่า “จำเลยพาผู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษ ไปร่วมหลับนอนกับบิดามารดาของผู้เสียหายไม่ทราบ เป็นการกระทำอันละเมิดต่ออำนาจปกครอง” ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ “อำนาจปกครอง” ของบิดามารดาก็คือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้นั่นเอง แต่เนื่องจากความผิดฐานนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้ปกครองและผู้ดูแลด้วย ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้จึงควรเรียกว่า “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแลจึงจะถูกต้องและครอบคลุมกว่า<sup>79</sup>

เหตุที่กฎหมายต้องคุ้มครองสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล นั้น ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องมาจากเด็กส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ยังไม่เพียงพอ จึงยังต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี ส่งผลให้กฎหมายกำหนดให้บิดามารดา และผู้ปกครองมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายในการปกครองและดูแลเด็กที่อยู่ในความปกครอง เช่น สิทธิการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตร สิทธิในการกำหนดที่อยู่ของบุตร สิทธิทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน สิทธิให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป สิทธิในการเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นที่กักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และมีหน้าที่ให้อุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เพื่อให้บิดามารดาสามารถใช้อำนาจปกครองดูแลบุตรได้โดยไม่ถูกรบกวนหรือละเมิดจากบุคคลอื่น อำนาจปกครองหรือสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดาจึงจำต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอาญา

นอกจากบิดามารดาแล้ว กฎหมายยังให้ความคุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลของผู้ปกครอง และผู้ดูแลด้วย เนื่องจากผู้ปกครองก็มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบไม่ต่างกับบิดามารดาตามกฎหมาย จึงเป็นการสมควรในการที่อำนาจในการปกครองดูแลของผู้ปกครองจะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับบิดามารดา

สำหรับกรณีของผู้ดูแล แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ดูแลไว้อย่างชัดเจนเหมือนเช่นบิดามารดา และผู้ปกครอง แต่ผู้ดูแลก็เป็นเสมือนผู้ที่ได้รับมอบหมายอำนาจในการดูแลเด็กหรือผู้เยาว์จากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บังคับให้ตั้งผู้ปกครองให้กับเด็กที่ไม่มีบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเสมอไป

<sup>78</sup> คณิต ฒ นคร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 6*, น.293.

<sup>79</sup> *เพ็งอ่าง*, น.293.

โดยเหตุนี้ การที่พาเด็กไปจากผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ตามความเป็นจริง จึงสมควรเป็นความผิดด้วย และนอกจากนี้ผู้ดูแลก็ยังมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย กรณีเด็กหรือผู้เยาว์ทำละเมิด ตามมาตรา 430 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ดูแลในการดูแลเด็ก หรือผู้เยาว์ สำหรับความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์นี้ไว้ด้วย

(2) คุณธรรมทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318

ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 นั้น อาจแยกฐานความผิดได้ออกเป็นฐานความผิดเช่นเดียวกับมาตรา 317 โดยแยกออกเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยตามมาตรา 318 วรรคแรก ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 318 วรรคแรก ประกอบวรรคสาม ความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยทุจริตตามมาตรา 318 วรรคสอง และความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 318 วรรคสอง ประกอบวรรคสาม

คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดตามมาตรา 318 แบ่งออกเป็น คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย และฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร มีคุณธรรมทางกฎหมายคือ “สิทธิที่จะให้การศึกษา อบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล” และ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ของผู้เยาว์<sup>80</sup>

คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยทุจริตและฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “สิทธิที่จะให้การศึกษา อบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล”<sup>81</sup>

เหตุที่คุณธรรมทางกฎหมายในมาตรา 318 ให้ความคุ้มครอง “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ของผู้เยาว์ด้วยนั้น เนื่องมาจากกฎหมายเห็นว่า ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุกว่าสิบห้าปีเป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอมโดยถูกต้องได้ ความยินยอมจึงเป็นข้อสาระสำคัญ กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเฉพาะกรณีผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย<sup>82</sup>

ดังนั้น การพรากผู้เยาว์ที่จะมีความผิดตามมาตรา 318 ได้จึงต้องเป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายทั้ง “สิทธิที่จะให้การศึกษา อบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล” และ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ของผู้เยาว์ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไม่ยินยอม และ เป็นการกระทำที่ผู้เยาว์ไม่ยินยอมด้วย

<sup>80</sup> เห่งอ้าง, น.303.

<sup>81</sup> เห่งอ้าง, น.308.

<sup>82</sup> เห่งอ้าง, น.304.

## (3) คุณธรรมทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319

ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 นั้น อาจแยกฐานความผิดได้ออกเป็นสองฐานความผิด โดยแยกออกเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตาม มาตรา 319 วรรคแรก และความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 วรรคสอง

เกี่ยวกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองของความผิดตามมาตรานี้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัย ไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 4465/2530 ว่า

“ผู้เสียหายอายุ 16 ปีเศษ ยังอาศัยและในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา แม้บิดามารดาจะให้อิสระแก่ผู้เสียหายโดยผู้เสียหายจะไปเที่ยวที่ไหน กลับเมื่อใดไม่เคยสนใจ สอบถามหรือห้ามปราม ผู้เสียหายก็ยังอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การที่จำเลยพบกับ ผู้เสียหายที่งานบวชพระแล้วพาผู้เสียหายไปกระทำชำเราด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ย่อมเป็น การล่วงอำนาจปกครองของบิดามารดา จึงเป็นความผิดตามมาตรา 319” โดยคำว่า “อำนาจ ปกครอง” ในที่นี้ก็คือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรานี้นั่นเอง แต่เนื่องจากความผิด ตามมาตรานี้มีการพรากไปจากผู้ดูแลด้วย คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรานี้จึงต้อง เรียกว่า “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

แม้กฎหมายเห็นว่า ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุกว่าสิบห้าปีเป็นผู้ที่สามารถให้ความยินยอม โดยถูกต้องได้ตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้เยาว์ ไม่ให้ผู้เยาว์ถูกระทำอนาจารหรือไม่ต้องการให้มีบุคคลใดมากระทำแสวงหากำไรจากผู้เยาว์ แม้ผู้เยาว์จะเต็มใจไปด้วย กฎหมายก็ยังคุ้มครอง “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเพียงอย่างเดียว มิได้คุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้เยาว์เหมือน ดังเช่นมาตรา 318 ดังนั้น หากผู้กระทำพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารหรือเพื่อหากำไรแล้ว ย่อมเป็น กระทบกระเทือนถึงคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ผู้กระทำจึงมีความผิดแม้ผู้เยาว์จะสมัครใจก็ตาม เพราะความสมัครใจของผู้เยาว์ไม่ใช่สาระสำคัญของคุณธรรมทางกฎหมายในมาตรานี้

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กพราก ผู้เยาว์นั้น แท้จริงแล้วต้องการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ มิใช่คุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ เพราะหากมุ่งเน้นเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว อาจส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิเด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้ผลสมบูรณ์ หรือได้รับความ กระทบกระเทือนไปด้วย ซึ่งการเข้าใจว่าความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์มีเจตนาคุ้มครอง อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อาจก่อให้เกิดปัญหา 2 ประการ<sup>83</sup> คือ

<sup>83</sup> สมหวัง วิริยะผล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 26*, น.107-108.

1. เมื่อเด็กไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบิดามารดา ผู้ปกครองไม่อาจแสดงตัวร้องทุกข์ได้ทัน ขณะมีการลักพาตัวเด็กโดยเด็กอายุน้อยเกินกว่าจะบอกเล่าแก่พนักงานสอบสวนได้ แม้ว่าพนักงานสอบสวนจะจับกุมคนร้ายได้ก็ไม่สามารถดำเนินคดีใด ๆ กับคนร้ายได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการลักพาตัวเด็กเป็นความผิดอาญา

2. เมื่อบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ เป็นผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เสียเอง ถือได้ว่าเป็นกรณีใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบ ซึ่งเป็นเหตุให้ถอนอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1882 ได้ แต่กลับไม่เป็นความผิดฐานพรากโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 398/2517<sup>84</sup> ทำให้เจตนากรณีในการคุ้มครองเด็ก หรือผู้เยาว์ตามกฎหมายได้รับผลกระทบกระเทือนไปด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายอาญาฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ถึงมาตรา 319 ยังคงประสงค์คุ้มครองสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลหรือที่ส่วนใหญ่ใช้คำว่า “อำนาจปกครอง” อยู่ อันเป็นวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครอง แต่อาจจะมีการคุ้มครองตัวเด็กหรือผู้เยาว์เองเป็นวัตถุประสงค์รองในการคุ้มครอง แต่ไม่อาจตีความให้ความคุ้มครองวัตถุประสงค์รองเกินไปกว่าขอบเขตของวัตถุประสงค์หลักได้ แม้ในความเป็นจริงแล้ว ปัญหา 2 ประการที่กล่าวมาอาจเกิดขึ้นได้แต่ก็ควรจะมีการแก้ไขโดยออกเป็นกฎหมายให้ครอบคลุมถึงกรณีปัญหาการเอาตัวเด็กหรือผู้เยาว์ที่ไม่มีผู้ปกครองดูแลไป ซึ่งก็ได้มีผู้เสนอ<sup>85</sup> ให้รัฐบัญญัติกฎหมายให้มีองค์การมหาชนที่มีกิจการอันเป็นการบริการสาธารณะเพื่อส่งเสริมการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ไม่มีผู้ดูแล และส่งเสริมสนับสนุนการศึกษาอบรมโดยมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐและนิติบุคคล เพื่อให้องค์การดังกล่าวเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ และให้เพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 กรณีคำว่า “ผู้ดูแล” ให้รวมถึง “ผู้ดูแลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้” ด้วย

### 2.5.3 องค์ประกอบความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

#### (1) องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 317

1) ความผิดฐานพรากเด็กตาม มาตรา 317 วรรคแรก “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท”

<sup>84</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2517 ตอน 1, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2517), น. 227.

<sup>85</sup> ราชครูต จันท์โชติ, “ความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณีเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น.131-133.

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพรากรเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาพรากรเด็ก กล่าวคือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าผู้ถูกกระทำหรือกรรมของการกระทำเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี และผู้กระทำต้องการพรากรเด็ก ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล

องค์ประกอบภายนอกนั้น อาจพิจารณาได้ ดังนี้

“ผู้กระทำความผิด” กฎหมายไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นใคร แม้บิดามารดา หรือบิดา หรือ มารดาที่ถูกเพิกถอนอำนาจปกครองก็อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้

“กรรมของการกระทำ” คือ เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

“การกระทำ” คือ การพรากร

การพรากร หมายถึง พาไป หรือแยกเด็กออกจากความปกครองดูแล จะกระทำ โดยวิธีใด กฎหมายไม่มีข้อจำกัด ไม่ต้องใช้กำลัง หรือกลอุบาย แม้จะชักชวนแนะนำเด็กให้ไปกับ ผู้กระทำโดยมิได้หลอกลวง และเด็กเต็มใจไปด้วย ข้อสำคัญที่จะมีการพรากรได้อยู่ที่เด็กต้องอยู่ใน ความปกครองดูแลของผู้ใดผู้หนึ่งในขณะที่พรากร

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525 ได้อธิบายว่า พรากร แปลว่า พาไป แยกออกจากกัน ดังนั้น การพรากรจึงต้องมีการแยกออก<sup>86</sup> การพรากรเป็นการแยกตัวออกจากหรือ เอาตัวเด็กออกจากความปกครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันมีลักษณะล่วงละเมิดการปกครอง (Infringement of guardian's right to control) หรือเป็นการล่วงละเมิดความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับ บิดามารดา หรือผู้ปกครองดูแล (Breach of relationship) ในลักษณะแยกโดยเด็ดขาดจากความ ปกครอง<sup>87</sup> การพรากรเด็กไปเสียจากผู้ปกครองดูแลนั้น มิได้หมายความว่า จะต้องถึงกับข้อยแย้งหรือ หลุดกระซากเด็กไปจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยตรงเพราะเด็กเป็นคน ไม่ใช่ทรัพย์สินอันจะสละการ ปกครองดูแลได้ เช่น สละการครอบครองทรัพย์สิน ฉะนั้น แม้ขณะพรากรไปเสียนั้น เด็กจะไม่อยู่กับ ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยตรงก็อาจจะเป็นความผิดฐานพรากรผู้เยาว์<sup>88</sup>

การพรากรต้องเป็นการเอาตัวไปโดยแยกกับสถานที่ที่ชัดเจน หรือการแยกที่เป็นระยะเวลา นาน ไม่ใช่เพียงแต่การแยกเพียงสองสามชั่วโมง แต่ในกรณีที่ผู้มีสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม ดูแลนั้นมีเวลาน้อยสำหรับเด็กนั้น การแยกที่ไม่เป็นระยะเวลาอันนานก็เป็นการพรากรได้ กรณีเด็กพลัด หลง บิดามารดาหรือผู้ดูแลยังไม่สละสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล การเอาตัวเด็กไว้ต้องถือ

<sup>86</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น.445.

<sup>87</sup> วชิรินทร์ ปังเจกวิญญูสกุล.หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2534 เล่มที่ 1.น. 33-34.

<sup>88</sup> สุบัน พูนพัฒน์, อ่าวแล้ว เจริญรทที่ 13, น.292-293.

ว่าเป็นการพรากเด็กในความหมายของกฎหมาย โดยการแยกเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองและผู้ดูแล แม้เป็นการแยกที่ประสงค์ดีต่อเด็ก เช่น จะเอาเด็กนั้นเป็นบุตรก็เป็นการพรากเด็กในความหมายของกฎหมาย<sup>89</sup> ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์เป็นการกระทำต่อบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยข้อเท็จจริง และเป็นความผิดสำเร็จเมื่อเด็กพ้นจากผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไปอยู่กับผู้กระทำแม้เพียงชั่วคราว<sup>90</sup> แต่นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า การพรากเป็นการเอาตัวเด็กไปจากความดูแลเป็นการถาวร<sup>91</sup> ถ้ายังไม่ทันได้ตัวผู้ถูกพรากไป เพียงแต่ยื่นข้อเรียกร้องจะเอาตัวเด็กไปแต่ผู้ดูแลดึงตัวไว้ได้ เป็นเพียงพยายามพรากไปเท่านั้น หรือไม่ได้ประสงค์จะพรากไปอยู่กับตน เช่น ญุดเข้าข้างทางเพื่อข่มขืนกระทำชำเราแล้วหนีไป ไม่เป็นพรากผู้เยาว์<sup>92</sup> การพรากสำเร็จเมื่อเด็กพ้นจากความปกครอง ถ้าเด็กยังไม่พ้นจากความปกครองก็เป็น ความผิดเพียงพยายามพรากเด็ก<sup>93</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า การพรากนั้นหากตีความโดยเคร่งครัด การพรากต้องเกิดจากการกระทำทางกายภาพหรือการใช้กำลังเท่านั้นจึงจะเป็นการพรากได้ แต่หากตีความเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในการศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแลควบคู่ไปกับการตีความตามลายลักษณ์อักษรแล้วควรตีความคำว่า พราก เป็นการแยกสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ออกจากเด็กหรือผู้เยาว์ อันมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิในการศึกษาอบรมและดูแล จะทำด้วยวิธีการอย่างไรก็ได้ไม่ว่าจะใช้กลอุบายหลอกลวงหรือใช้กำลังหรือไม่ก็ตามก็ถือเป็นการพรากทั้งสิ้น โดยอาจจะเป็นเพียงการชักชวนหรือแนะนำให้ตามไป สัญญาว่าถ้าไปด้วยจะให้สิ่งใดหรือทำอะไรให้ การนัดให้มาพบแล้วจึงพาไป การพรากจึงเป็นพิจารณาที่สิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลเป็นหลักสำคัญ แม้เด็กจะยินยอมไปด้วยความสมัครใจก็ตามก็ถือเป็นการพรากทั้งสิ้น

“บิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล” สำหรับคำว่า บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล มีความหมายดังนี้

<sup>89</sup> คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น.295-296.

<sup>90</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ*, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,2560), น.293-294.

<sup>91</sup> หุุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2553), น.232.

<sup>92</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 90*, น.293-294.

<sup>93</sup> สมชัย ศิริบุตร, *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 หน่วยที่ 11*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช,2535), น.113.

(1) คำว่า “บิดามารดา” ได้มีการอธิบายแบ่งออกเป็นสองความเห็น

ความเห็นแรก<sup>94</sup> เห็นว่า บิดามารดา หมายถึง เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในกรณีบุตรนอกสมรส มารดาอาจเป็นผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือในกรณีที่มีการหย่า หรือเหตุอื่น ๆ ความปกครองอาจอยู่แก่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ แต่ต้องเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ความเห็นที่สอง<sup>95</sup> เห็นว่า บิดามารดา หมายความว่ารวมถึง บิดามารดาทั้งบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายบิดามารดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ หมายถึงบิดามารดาตามความเป็นจริง แต่ไม่รวมถึงบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยง

(2) คำว่า “ผู้ปกครอง” นั้น ก็มีการอธิบายแบ่งออกเป็นสองความเห็น โดยแบ่งเป็นความเห็นแรก<sup>96</sup> เห็นว่า ผู้ปกครอง หมายถึง ผู้ปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1585

ความเห็นที่สอง<sup>97</sup> เห็นว่า ผู้ปกครอง หมายถึง ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย กล่าวคือ หมายถึงผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และรวมถึงบิดามารดาที่ถือเป็นผู้ปกครองของเด็กหรือผู้เยาว์ด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5844/2552, 5989/2548)

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องเห็นว่า ผู้ปกครองหมายความว่ารวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองอย่างบิดามารดา โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ปกครองจากศาล อาทิ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกา 5038/2539<sup>98</sup> คำว่า “ผู้ปกครอง” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 หมายถึง ผู้ใช้อำนาจปกครองอย่างบิดามารดาผู้เสียหายเป็นผู้ปกครองและดูแลผู้เยาว์ทั้งในฐานะน้าและนายจ้างโดยได้รับมอบหมายจากบิดามารดาของผู้เยาว์จึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองที่จำเลยพาผู้เยาว์ไปจากผู้เสียหายโดยปราศจากเหตุอันสมควรเป็นความผิดฐานพราดผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 วรรคแรก

<sup>94</sup> ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร, รองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, ศาสตราจารย์สัญญาชัย สัจจวานิช, ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย

<sup>95</sup> ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์, วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, สมชัย ศิริบุตร

<sup>96</sup> ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร, วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, สมชัย ศิริบุตร, ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย

<sup>97</sup> ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์, รองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, ศาสตราจารย์สัญญาชัย สัจจวานิช

<sup>98</sup> สำนักงานส่งเสริมตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2539 เล่ม 7, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2539), น.200.

(3) ผู้ดูแล หมายถึง ผู้ที่ดูแลเด็กตามข้อเท็จจริง แม้จะไม่มีคามผูกพันทางกฎหมายที่จะดูแลเด็กนั้น<sup>99</sup> เช่น ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ที่รับดูแลเด็กเป็นเนืองนิตย์ หรือชั่วคราว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 430 เจ้าหน้าที่สถานควบคุมเด็กที่มีหน้าที่ควบคุม รวมทั้งผู้ที่เด็กมาอยู่ด้วยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 74 แต่ไม่หมายความรวมถึงผู้ที่ได้เด็กมาโดยผิดกฎหมาย เช่น ไปลักพาเด็กมา<sup>100</sup> โดยที่กฎหมายใช้คำว่าผู้ดูแลก็เพราะเห็นว่า ฐานะความเป็นอยู่ในประเทศไทยไม่เหมือนในต่างประเทศ ในประเทศไทยเด็กไปอยู่กับผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้ปกครอง เช่น พระหรือวงศ์ญาติเป็นของธรรมดา นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีได้บังคับให้ตั้งผู้ปกครองให้กับเด็กที่ไม่มีบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเสมอไป โดยเหตุนี้การที่พาเด็กไปจากผู้ปกครองโดยพฤตินัยจึงควรเอาผิดด้วย<sup>101</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่อธิบายความหมายของผู้ดูแลไว้ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกา 5038/2539<sup>102</sup> ผู้ดูแลหมายถึงผู้ควบคุมระวางรักษาเด็กโดยข้อเท็จจริง เช่น ครู อาจารย์ นายจ้าง เป็นต้น ผู้เสียหายเป็นผู้ปกครองและผู้ดูแลผู้เยาว์ทั้งในฐานะเป็นน้าและนายจ้าง โดยได้รับมอบหมายจากบิดามารดาของผู้เยาว์ด้วยในขณะที่ผู้เยาว์ทำงานอยู่กับผู้เสียหาย การที่จำเลยขออนุญาตจากผู้เสียหายพาผู้เยาว์ออกไปข้างนอกหรือพาไปดูภาพยนตร์ แต่ผู้เสียหายไม่อนุญาตนับเป็นการใช้อำนาจปกครองและผู้ดูแลผู้เยาว์ตามที่ได้รับมอบหมายจากบิดามารดาผู้เยาว์และตามความเป็นจริง เมื่อผู้เสียหายทราบว่าผู้เยาว์ถูกจำเลยพาไปร่วมประเวณีก็ได้เอาใจใส่ให้ น. ไปตามจำเลยมาเจรจากัน เมื่อได้รับการปฏิเสธก็ได้ติดตามไปพบจำเลย เมื่อเจรจาดตกลงกันไม่ได้ก็พาผู้เยาว์ไปแจ้งความ ล้วนเป็นการแสดงตนใช้อำนาจปกครองดูแลผู้เยาว์ตามความเป็นจริง แม้ต่อมาภายหลังผู้เยาว์จะไปทำงานที่อื่นก็เป็นเวลาภายหลังเกิดเหตุ แต่ขณะเกิดเหตุผู้เยาว์ยังอยู่ในความดูแลของผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยที่พาผู้เยาว์ไปร่วมประเวณีจึงเป็นการรบกวนสิทธิหรือแยกสิทธิในการควบคุมดูแลผู้เยาว์โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรเป็นการพรากผู้เยาว์ไปจากความดูแลของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319

<sup>99</sup> หยุต แสงอุทัย, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 91, น.232.

<sup>100</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ตอนที่ 2 และมาตรา 3*, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2519), น.2126.

<sup>101</sup> สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515), น.198.

<sup>102</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 98, น.200.



คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5844/2552<sup>103</sup> ว่า “ผู้ดูแลหมายถึงผู้ควบคุม ระวังรักษาผู้เยาว์โดยซื่อแท้อจริง เช่น ครูอาจารย์ นายจ้าง เป็นต้น”

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานพรากเด็กนั้น คือ เจตนาพรากเด็ก กล่าวคือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าผู้ถูกกระทำหรือกรรมของการกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และผู้กระทำต้องการพรากเด็กไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

กรณีอายุของเด็กหรือผู้เยาว์นั้น หากผู้กระทำสำคัญผิดว่าเด็กหรือผู้เยาว์นั้นมีอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิด ย่อมเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ซื่อแท้อจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม<sup>104</sup> ซึ่งจะส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด เพราะถือว่าผู้กระทำขาดเจตนา หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องมองว่าเป็นกรณีที่ผู้กระทำสำคัญผิดในซื่อแท้อจริงตามมาตรา 62 วรรคแรก<sup>105</sup> อันจะทำให้ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6419/2537<sup>106</sup>

ต่อมาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558 มาตรา 5 ให้เพิ่มมาตรา 321/1 บัญญัติว่า “มาตรา 321/1 การกระทำความผิดตามมาตรา 312 ตรี วรรคสอง และมาตรา 317 หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น ทำให้ปัจจุบันหากบุคคลที่ถูกพรากเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำความผิดจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดมิได้ แต่หากเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี ผู้กระทำอาจอ้างความไม่รู้ซื่อแท้อจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม หรืออ้างการสำคัญผิดในซื่อแท้อจริงตามมาตรา 62 วรรคแรก เพื่อให้ตนเองพ้นจากความรับผิดทางอาญาได้

ดังนั้น ในความผิดฐานพรากเด็กนั้น มีองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยเจตนาพรากเด็ก

<sup>103</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5844/2552,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

<sup>104</sup> มาตรา 59 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ซื่อแท้อจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ นั้นมิได้”

<sup>105</sup> มาตรา 62 วรรคแรก บัญญัติว่า “ซื่อแท้อจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็น ความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ซื่อแท้อจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่า มีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษ น้อยลง แล้วแต่กรณี”

<sup>106</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2537 เล่ม 12, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2537), น.276.

เมื่อผู้กระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วนั้น การกระทำของเขา อาจจะไม่เป็นความผิดกฎหมาย การกระทำของเขาจะผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุอันสมควร กล่าวคือ เหตุอันสมควร คือ เหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นเอง

คำว่า “โดยปราศจากเหตุอันสมควร” หมายถึง การพราดเด็กจะเป็นความผิดเฉพาะในกรณีที่พราดไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร การพราดเด็กจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลนั้น การพราดโดยปราศจากเหตุอันสมควรเป็นกรณีที่การพราดเป็นการกระทำความผิดในทางที่ไม่ดี แต่ถ้าผู้พราดเด็กมีเหตุอันสมควรแล้ว เป็นการกระทำในทางที่ดี เป็นการกระทำที่ย้อนกลับสู่สถานของความผิดฐานพราดเด็ก กรณีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย<sup>107</sup> เช่น บิดาพราดบุตรนอกสมรสไปเสียจากการปกครองของมารดา เพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษา การกระทำโดยมีเจตนาต่อบุตรเช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพราดเด็กไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร<sup>108</sup> หรือเด็กหลงทางไปอาศัยอยู่กับผู้อื่น บิดาพบเด็กนั้น จึงพาเด็กกลับบ้าน<sup>109</sup> หรือบิดามารดากระทำการทารุณต่อเด็กมาก จึงเอาเด็กมาเลี้ยงขอมไม่เป็นการผิด เพราะกระทำไปโดยมีเหตุผลอันสมควร<sup>110</sup> ถ้าไม่พราดแล้วพาไปเพราะเหตุสมควรประการใดก็ถือได้ว่าปราศจากเหตุอันสมควร อันจะเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิด หากพาไปด้วยความยินยอมของผู้ปกครองความผิดไม่เกิดขึ้นจะว่าปราศจากเหตุอันสมควรมิได้<sup>111</sup>

2) ความผิดฐาน พราดเด็กเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตาม มาตรา 317 วรรคแรกประกอบวรรคสาม “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พราดเด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าความผิดตาม มาตรา นี้ ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้นั้นกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ก็เช่นเดียวกับความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกที่ได้กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือ การที่บุคคลพราดเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

<sup>107</sup> คณิต ณ นคร, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น.297.

<sup>108</sup> สัจชัย สัจจวานิช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2528), น.422.

<sup>109</sup> สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 101*, น.199.

<sup>110</sup> หยุต แสงอุทัย, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 91*, น.232.

<sup>111</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 100*, น.1813.

สำหรับองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้นั้น นอกจากผู้กระทำต้องมีเจตนาพรากเด็กแล้ว ผู้กระทำยังต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วย

(1) คำว่า “เพื่อหากำไร” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์เพิ่มเติมที่ผิดปกติธรรมดา<sup>112</sup> เพื่อประโยชน์ที่ได้รับในทางทรัพย์สินแต่ไม่ต้องหาประโยชน์จากทรัพย์สินโดยตรง เช่น พาเด็กไปเล่นละครเก็บค่าดู ก็เป็นการหากำไร เป็นทรัพย์สินทางอ้อมจากการพาไป<sup>113</sup> ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าการเกลี้ยกล่อมให้พี่สาวเด็กลักเงินจากผู้ปกครอง ถือไม่ได้ว่าเป็นการหากำไรโดยตรงจากการลักพาเด็กตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายมาตรานี้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1140/2487)

(2) คำว่า เพื่อการอนาจาร หมายความว่า เพื่อกระทำการอันไม่สมควรในทางเพศต่าง ๆ<sup>114</sup> รวมทั้งการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำเขียนภาพไม่เป็นการอนาจาร ถ้าเป็นการกระทำต่อตัวบุคคลแล้ว แม้จะให้ผู้อื่นใช้เนื้อตัวของเขาก่อการกระทำต่อผู้กระทำความผิดเองก็เป็นการกระทำการอนาจารต่อผู้อื่นได้ เช่น ก. บังคับให้ ข. จับของลับของ ก. การกระทำที่เป็นอนาจาร เช่น การกอดปล้ำ หรือสัมผัสจับต้องอวัยวะเพศของหญิง เป็นต้น<sup>115</sup>

3) ความผิดฐานค้าเด็กที่ถูกพราก ตามมาตรา 317 วรรคสอง “ผู้ใดโดยทุจริต ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามมาตรา 317 วรรคแรก ซึ่งอาจแบ่งเป็น

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

“กรรมของการกระทำ” คือ เด็กที่ถูกพรากตามมาตรา 317 วรรคแรก กล่าวคือ เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

“การกระทำ” คือ ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้ถูกกระทำ

ซื้อ หมายความว่า ซื้อตามภาษาสามัญ ไม่หมายความถึงสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>116</sup> คือ เอาเงินตราไปแลกแล้วได้ตัวเด็กมา

จำหน่าย หมายความว่า ทำให้เด็กพ้นตัวไป ไม่ว่าจะขายไปหรือเอาไปฝากผู้อื่นไว้ หรือส่งเด็กนั้นไปที่อื่น<sup>117</sup>

<sup>112</sup> คณิต ณ นคร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 6*, น.299.

<sup>113</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 100*, น.1484.

<sup>114</sup> คณิต ณ นคร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 6*, น.299.

<sup>115</sup> จิตติ ดิงศกัทธิย์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 100*, น.1821.

<sup>116</sup> หยุต แสงอุทัย, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 91*, น.233.

การรับตัวผู้ถูกรักษาไว้ คือ การรับตัวไว้ในอำนาจ เช่น การให้ที่พัก หรือให้หลบซ่อน สำหรับองค์ประกอบภายในนั้น ประกอบไปด้วย เจตนาค้าเด็กที่ถูกพราก กล่าวคือ ผู้กระทำได้รู้ว่าผู้ถูกรักษาเป็นเด็กที่ถูกพรากและผู้กระทำได้ต้องการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กนั้น และผู้กระทำได้มีมูลเหตุชั่งใจโดยทุจริต<sup>118</sup> ด้วยจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 317 เช่น รับซื้อเด็กไว้เพื่อใช้งาน

4) ความผิดฐานค้าเด็กที่ถูกพรากเพื่อหาทำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสองประกอบวรรคสาม “ผู้ใดโดยทุจริต ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

ถ้าความผิดตาม มาตรา 317 ได้กระทำเพื่อหาทำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้นั้นกระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท”

องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กที่ถูกพรากตามวรรคแรก โดยเจตนาลักเด็กที่ถูกพราก และโดยมีมูลเหตุชั่งใจเพื่อหาทำไรหรือเพื่อการอนาจาร

(2) องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 318

1) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 318 วรรคแรก “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไป ด้วยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาท ถึงสองหมื่นบาท”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

“กรรมของการกระทำ” คือ ผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี

“การกระทำ” คือ การพรากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลไม่ยินยอม และในส่วนที่เกี่ยวกับผู้เยาว์ การพรากนั้นต้องโดยผู้ถูกรักษาไม่เต็มใจไปด้วย<sup>119</sup>

<sup>117</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 90, น.297.

<sup>118</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(1) บัญญัติว่า “โดยทุจริต หมายถึง เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”

<sup>119</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น.304.

การพรากนั้นก็เทียบได้กับมาตรา 317 ตามที่กล่าวมาข้างต้น โดยผู้เยาว์ต้องอยู่ในความคุ้มครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลในขณะที่พราก

สำหรับการพิจารณาเรื่องความเต็มใจของผู้เยาว์นั้น ต้องพิจารณาว่าผู้เยาว์ที่ถูกพรากมีเสรีภาพในการตกลงใจและเสรีภาพในการกระทำตามที่ตกลงใจหรือไม่ ถ้าไม่มีเสรีภาพดังกล่าวก็เป็น การไม่เต็มใจ คือ การเต็มใจของผู้เยาว์ต้องรู้ว่าเป็นการพรากไปจากบิดามารดาฯ และทั้ง ๆ ที่รู้ เช่นนั้นก็ยังคงเต็มใจไปด้วย การเต็มใจไปด้วยนั้นจึงต้องไม่ได้เกิดจากการข่มขู่ หรือสำคัญผิด รวมถึง การใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม ถ้าเป็นเรื่องหลอกลวงผู้เยาว์จนผู้เยาว์ไปด้วย ปัญหาว่าผู้เยาว์เต็มใจหรือไม่พิจารณาจากถ้าผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยอยู่แล้ว ไม่ว่าจะใช้อุบายหลอกลวงหรือไม่ ก็ต้องถือว่าผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย แต่ถ้าหากว่าไม่มีการใช้อุบายหลอกลวงผู้เยาว์จะไม่ยอมไปด้วยแล้ว จะถือว่าผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยมิได้<sup>120</sup>

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจ กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าผู้เยาว์นั้นอายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี และผู้กระทำการพรากผู้เยาว์นั้นไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย

2) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 318 วรรคแรกประกอบวรรคสาม “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไป ด้วยต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาท ถึงสองหมื่นบาท

ถ้าความผิดตาม มาตรานี้ ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกพัน บาท ถึงสามหมื่นบาท”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย และต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วย

มาตรานี้เหมือนกับมาตรา 318 วรรคแรก ต่างตรงที่ความผิดฐานนี้ผู้กระทำต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วย

3) ความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยทุจริต ตามมาตรา 318 วรรคสอง “ผู้ใดโดยทุจริต ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาค้า

<sup>120</sup> สัจชัย สัจจวานิช, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 108, น.424.

ผู้เยาว์ที่ถูกพราก กล่าวคือ ผู้กระทำได้รู้ว่าเป็นผู้เยาว์ที่ถูกพรากและผู้กระทำการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากนั้น และผู้กระทำได้มีมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต

4) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ที่ถูกพรากเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 318 วรรคสองประกอบวรรคสาม “ผู้ใดโดยทุจริต ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

ถ้าความผิดตาม มาตรา นี้ ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำได้ ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกพัน บาท ถึงสามหมื่นบาท”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำได้มีเจตนาค้า ผู้เยาว์ที่ถูกพราก กล่าวคือ ผู้กระทำได้รู้ว่าเป็นผู้เยาว์ที่ถูกพรากตามวรรคแรกและผู้กระทำการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากนั้น และต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วย

(3) องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 319

1) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 วรรคแรก “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไป เสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และ ปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

“กรรมของการกระทำ” คือ ผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี

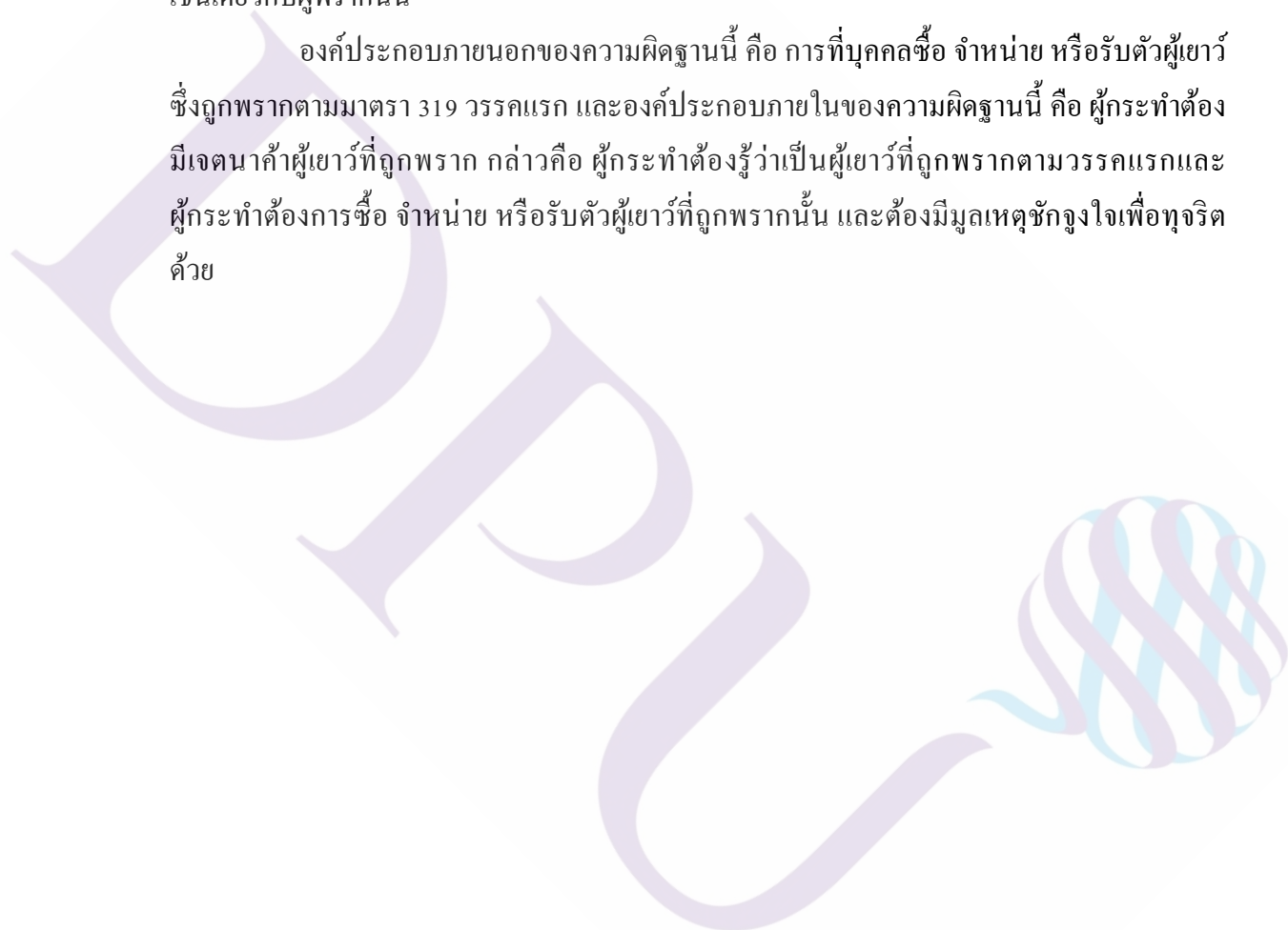
“การกระทำ” คือ การพรากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลไม่ยินยอม และในส่วนที่เกี่ยวกับผู้เยาว์ การพรากนั้นต้องเป็นไปโดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย

องค์ประกอบภายนอกความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรกนี้คล้ายกับความผิดตามมาตรา 318 วรรคแรกต่างกันตรงที่ความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรกนี้ ผู้เยาว์ต้องเต็มใจไปด้วย กรณีจะถือว่าผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยในความผิดฐานนี้ได้ก็ต่อเมื่อผู้เยาว์นั้นยินยอมในเรื่องจุดมุ่งหมายเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วย ถ้าผู้เยาว์มิได้เต็มใจในส่วนนี้ กรณีก็จะปัญหาของความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารตามมาตรา 318 วรรคสาม

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพรากผู้เยาว์ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดรู้ว่าผู้เยาว์นั้นอายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี และผู้กระทำความผิดต้องการพรากผู้เยาว์นั้นไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย และผู้กระทำความผิดต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารด้วยจึงจะมีความผิดตามมาตรา

2) ความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 วรรคสอง “ผู้ใดโดยทุจริต ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น”

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามมาตรา 319 วรรคแรก และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาค้าผู้เยาว์ที่ถูกพราก กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดรู้ว่าเป็นผู้เยาว์ที่ถูกพรากตามวรรคแรกและผู้กระทำความผิดซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากนั้น และต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อทุจริตด้วย



### บทที่ 3

## ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวคิดเรื่องอำนาจปกครอง การคุ้มครองเด็ก ประวัติศาสตร์ความเป็นมา คุณธรรมทางกฎหมาย และองค์ประกอบความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ของประเทศไทย มาแล้ว แต่เพื่อให้ผู้วิจัยมีความรู้ความเข้าใจได้ดียิ่งขึ้น การศึกษาความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ของต่างประเทศจะทำให้ผู้วิจัยสามารถเปรียบเทียบการกำหนดความรับผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ การกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ รวมถึงคุณธรรมทางกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาประยุกต์ใช้ในการตีความกฎหมาย และนำมาพัฒนากฎหมายฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ของประเทศไทยต่อไป

### 3.1 ประเทศอังกฤษ

#### 3.1.1 การกำหนดความรับผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เด็ก โดยบัญญัติไว้ใน “Children Act 1989” (Chapter 41) โดยบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กใน มาตรา 49 หัวข้อ การพาเด็กไปจากความดูแล (Abduction of Children in care) บัญญัติ ดังนี้<sup>121</sup>

มาตรา 49<sup>122</sup> (1) บุคคลจะถือว่ามีความผิดถ้าโดยรู้ และปราศจากอำนาจตามกฎหมาย หรือโดยไม่มีเหตุอันควร เขาได้

<sup>121</sup> สมหวัง วิริยะผล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 26*, น.92-95.

<sup>122</sup> Section 49 (1) Person shall be guilty of an offence if , knowingly and without lawful authority or reasonable excuse , he

(a) takes a child to whom this section applies away from the responsible person ;

(b) keep such a child away from the responsible person ;

(c) induces, assists or incites such a child to run away or stay away from the responsible person.

(2) This section applies in relative to a child who is

(a) in care;

(b) the subject of an emergency protection order ; or

(c) in police protection,



- (เอ) พาเด็กไปจากผู้รับผิดชอบดูแล
- (บี) กักตัวเด็กไว้ให้ห่างจากผู้รับผิดชอบดูแล
- (ซี) ชักชวน ส่งเสริม ยุยง ให้เด็กหลบหนีออกจากผู้รับผิดชอบดูแล

(2) ภายใต้กฎหมายนี้ให้ความคุ้มครองแก่เด็ก ซึ่ง

- (เอ) อยู่ในความดูแล
- (บี) เด็กซึ่งได้รับคำสั่งให้ดูแลฉุกเฉิน
- (ซี) เด็กซึ่งอยู่ในอารักขาของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

และคำว่าผู้รับผิดชอบดูแลเด็กตามมาตรา นี้ หมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งในขณะนั้นได้ให้การดูแลเด็กตามคำสั่ง หรือคำสั่งดูแลฉุกเฉิน แล้วแต่กรณี

(3) ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา นี้ จะถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือถูกปรับไม่เกินระดับ 5 ของชั้นมาตรฐาน หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในมาตรา 50 จะเป็นลักษณะวิธีปฏิบัติเมื่อเด็กถูกพรากไป เพื่อให้ได้รับเด็กคืนมา เช่น การให้อำนาจในการตรวจค้นสถานที่ต่าง ๆ แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ เพื่อให้สามารถค้นหาเด็ก และมีอำนาจใช้กำลังได้เมื่อจำเป็นและพอสมควร โดยบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 50<sup>123</sup> (1) เมื่อศาลมีเหตุอันควรเชื่อว่า

and in this section “the responsible person” means any person who for the time being has care of them by virtue of the care order, the emergency protection order, as the case may be.

(3) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months, or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or to both.

<sup>123</sup> Section 50 (1) Where it appears to the court that there is reason to believe that a child to whom this section applies—

- (a) has been unlawfully taken away or is being unlawfully kept away from the responsible person;
- (b) has run away or is staying away from the responsible person; or
- (c) is missing,

the court may make an order under this section (“a recovery order”).

(2) This section applies to the same children to whom section 49 applies and in this section “the responsible person” has the same meaning as in section 49.

(3) A recovery order—

(เอ) มีการพาไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีการถูกกักตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากผู้รับผิดชอบดูแล

(บี) ได้มีการหลบหนีจากผู้รับผิดชอบดูแล

(ซี) สูญหายไป

ศาลอาจมีคำสั่งภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้ (เรียกว่าคำสั่ง “รับตัวกลับคืน”)

(2) มาตรานี้ใช้บังคับกับเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 และผู้รับผิดชอบดูแลตามมาตรานี้ มีความหมายเช่นเดียวกันกับผู้รับผิดชอบดูแลตามมาตรา 49 ด้วย

(3) คำสั่งรับตัวกลับคืน

(เอ) ดำเนินการไปตามแนวทางของบุคคลซึ่งอยู่ในตำแหน่งที่จะกระทำการดังกล่าว เพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของบุคคลผู้มีอำนาจ

(บี) ให้อำนาจในการเคลื่อนย้ายเด็กโดยบุคคลผู้มีอำนาจที่จะกระทำ

(ซี) ให้ใช้กับบุคคลใดก็ตามที่ทราบว่าเด็กอยู่ที่ไหน ให้แจ้งให้ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ศาล

ทราบ

(ดี) ให้อำนาจตำรวจเข้าตรวจค้นสถานที่เพื่อค้นหาเด็กและมีอำนาจใช้กำลังพอสมควร แก่ความจำเป็น

ตาม Children Act 1989 นี้ บัญญัติกฎหมายในลักษณะรวมเอากฎหมายวิธีสบัญญัติไว้ด้วย ซึ่งในกฎหมายของไทยจะแยกไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานอกจากนี้ การให้ความคุ้มครองแก่เด็ก ก็จะทำให้ความคุ้มครองที่กว้างขวาง โดยได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กถึง 3 ลักษณะ คือ เด็กที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแล เด็กที่ได้รับคำสั่งให้ดูแลฉุกเฉิน และเด็กซึ่งอยู่ในอารักขาของตำรวจ ส่วนความผิดฐานพรากเด็กของไทย คุ้มครองเด็กที่

(a) operates as a direction to any person who is in a position to do so to produce the child on request to any authorised person;

(b) authorises the removal of the child by any authorised person;

(c) requires any person who has information as to the child's whereabouts to disclose that information, if asked to do so, to a constable or an officer of the court;

(d) authorises a constable to enter any premises specified in the order and search for the child using reasonable force if necessary.

ถูกพรางจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเท่านั้น ในกรณีตำรวจจะถือว่าเป็นผู้ดูแลหรือไม่ยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลฎีกาในกรณีนี้เลย<sup>124</sup>

นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังมีพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 โดยความเป็นมาของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เกิดขึ้นจากความผิดฐาน Child stealing ซึ่งปรากฏในปี ค.ศ. 1814 ต่อมาได้ถูกรวมไว้ในมาตรา 56 ของพระราชบัญญัติ Offence Against the Person Act 1861 และในเวลาต่อมามาตราดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 มาตรา 11 (5) จากการผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาที่เห็นว่าความผิดฐาน Child stealing ที่มีอยู่นั้นไม่เพียงพอและยังมีข้อบกพร่อง เช่น เห็นว่าการลักพา (kidnapping) และการพรางเด็ก (child stealing) ต้องเกิดจากการใช้กำลังหรือหลอกลวง ซึ่งทำให้ไม่ครอบคลุมกรณีที่เด็กไปกับผู้พรางโดยสมัครใจ

พระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 กำหนดความผิดไว้ 2 กรณี

กรณีแรก ตามมาตรา 1 เป็นการพรางเด็กไปโดยพ่อแม่ของเด็ก (Offence of abduction of child by parent, etc.) ครอบคลุมกรณีบิดามารดาหรือบุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับบิดามารดาพรางเด็กออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษ โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็กหรือปราศจากคำสั่งศาล

กรณีที่สอง ตามมาตรา 2 เป็นการพรางเด็กไปโดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากบิดามารดา โดยการพาหรือกักขังหน่วงเหนี่ยวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีออกจากความควบคุมของบิดามารดา ไม่ว่าเด็กจะถูกนำออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษหรือไม่ก็ตาม (Offence of abduction of child by other persons)

มาตรา 1<sup>125</sup> ความผิดฐานพรางเด็กโดยบิดามารดาของเด็ก (Offence of abduction of child by parent, etc.)

<sup>124</sup> ราชศรุต จันทรโชติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 85*, น.90.

<sup>125</sup> Offence of abduction of child by parent, etc.

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

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

(a) he is a parent of the child; or

(b) in the case of a child whose parents were not married to each other at the time of his birth, there are reasonable grounds for believing that he is the father of the child; or

(c) he is a guardian of the child; or

(1) ภายใต้อนุมาตรา (5) และ (8) บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี กระทำ ความผิด ถ้าได้พรากหรือส่งเด็กออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษโดยปราศจากความยินยอมที่สมควร

(2) บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็กตามมาตรา นี้ คือ

(a) บิดามารดาของเด็ก หรือ

(b) ในกรณีของเด็กที่บิดามารดา มิได้สมรสกัน ในเวลาที่เด็กเกิด มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า บุคคลนั้นเป็นบิดาของเด็ก หรือ

(c) ผู้ปกครองของเด็ก หรือ

(d) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งในการจัดการดูแลเด็กตามคำสั่งศาล หรือ

(e) ผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็ก

(ca) he is a special guardian of the child; or

(d) he is a person named in a child arrangements order as a person with whom the child is to live; or

(e) he has custody of the child.

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

(a) the consent of each of the following—

(i) The child's mother;

(ii) the child's father, if he has parental responsibility for him;

(iii) any guardian of the child;

(iiia) any special guardian of the child;

(iv) any person named in a child arrangements order as a person with whom the child is to live;

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

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

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

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

(a) he is a person named in a child arrangements order as a person with whom the child is to live, and he takes or sends the child out of the United Kingdom for a period of less than one month; or

(b) he is a special guardian of the child and he takes or sends the child out of the United Kingdom for a period of less than three months.

- (3) ตามมาตรานี้ “ความยินยอมที่สมควร” ซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็ก หมายถึง
- (a) ความยินยอมดังต่อไปนี้
    - (i) มารดาของเด็ก
    - (ii) บิดาของเด็ก กรณีที่บิดามีความรับผิดชอบปกครองดูแลเด็ก
    - (iii) ผู้ปกครองของเด็ก
    - (iv) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งในการจัดการดูแลเด็กตามคำสั่งศาล
    - (v) ผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็ก
  - (4) บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบภายใต้มาตรานี้ โดยการพาหรือส่งเด็กออกไปนอกราชอาณาจักรอังกฤษโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมตามสมควร ถ้า
    - (a) เป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งในการจัดการดูแลเด็กตามคำสั่งศาล และได้พาหรือส่งเด็กออกไปนอกราชอาณาจักรอังกฤษเป็นระยะเวลาสั้นกว่า 1 เดือน หรือ
    - (b) เป็นผู้ปกครองพิเศษของเด็ก และได้พาหรือส่งเด็กออกไปนอกราชอาณาจักรอังกฤษเป็นระยะเวลาสั้นกว่า 3 เดือน
- มาตรา 2<sup>126</sup> ความผิดฐานพรากเด็กโดยบุคคลอื่น (Offence of abduction of child by other persons)

---

<sup>126</sup> Offence of abduction of child by other persons.

- (1) Subject to subsection (3) below, a person, other than one mentioned in subsection (2) below, commits an offence if, without lawful authority or reasonable excuse, he takes or detains a child under the age of sixteen—
- (a) so as to remove him from the lawful control of any person having lawful control of the child; or
  - (b) so as to keep him out of the lawful control of any person entitled to lawful control of the child.
- (2) The persons are—
- (a) where the father and mother of the child in question were married to each other at the time of his birth, the child’s father and mother;
  - (b) where the father and mother of the child in question were not married to each other at the time of his birth, the child’s mother; and
  - (c) any other person mentioned in section 1(2)(c) to (e) above.

(1) ภายใต้อนุมาตรา (3) บุคคลอื่นนอกเหนือบุคคลที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) กระทำ ความผิด ถ้าได้พรากหรือกักขังหน่วงเหนี่ยวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย หรือเหตุอันสมควร---

(a) เพื่อที่จะเอาบุคคลนั้นออกจากอำนาจตามกฎหมายของบุคคลที่มีอำนาจควบคุมเด็ก ตามกฎหมาย

(b) เพื่อที่จะปิดกั้นบุคคลนั้นออกจากอำนาจตามกฎหมายของบุคคลที่มีอำนาจควบคุม เด็กตามกฎหมาย

(2) บุคคลซึ่ง

(a) บิดาหรือมารดาของเด็ก กรณีที่สงสัยว่าบิดามารดาของเด็กสมรสกันขณะเด็กเกิด

(b) มารดาของเด็ก กรณีที่สงสัยว่าบิดามารดาของเด็กมิได้สมรสกันขณะ เด็กเกิด

(c) บุคคลอื่นที่ได้อ้างถึงในมาตรา 1 (2) (c) ถึง (e) ข้างต้น

มาตรา 4<sup>127</sup> การลงโทษและการดำเนินคดี

(1) บุคคลซึ่งมีความผิดภายใต้ส่วนใดส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษ—

(a) ในการตัดสินลงโทษอย่างรวบรัด ต้องจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน กว่าอัตราค่าปรับขั้นสูง หรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) ในการตัดสินลงโทษคดีอุกฉกรรจ์ ต้องจำคุกไม่น้อยกว่า 7 ปี

(2) การไม่ดำเนินคดีความผิดภายใต้มาตรา 1 จะเกิดขึ้นเมื่อได้รับเห็นชอบของอธิบดี อัยการ

ความหมายของการพราก (taking) การส่ง (sending) และการกักขัง หน่วงเหนี่ยว (detaining) ก็คือ

การพรากเด็กนั้น ก็คือบุคคลนั้นก่อให้เกิดการพาเด็กไป หรือชักชวนเด็กให้ไปกับเขา หรือก่อให้เกิดเด็กไปกับบุคคลอื่น

<sup>127</sup> Section 4 Penalties and prosecutions.

(1) A person guilty of an offence under this Part of this Act shall be liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, . or to both such imprisonment and fine;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding seven years.

(2) No prosecution for an offence under section 1 above shall be instituted except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions.

การส่งเด็ก ก็คือว่า บุคคลนั้นก่อให้เกิดการส่งเด็กไป

การกักขัง หน่วงเหนี่ยว บุคคลนั้นได้กักขัง หน่วงเหนี่ยวเด็กไว้ หรือ ชักชวนให้เด็กอยู่กับเขา หรือ อยู่กับบุคคลอื่น

เรื่องความยินยอมที่สมควร (appropriate consent) ในมาตรา 1 (3) นั้น ในกรณีที่มีความยินยอมต้องให้โดยบิดามารดาหรือบุคคลที่มีความรับผิดชอบเช่นบิดามารดา หากบุคคลดังกล่าวมีมากกว่าหนึ่งคน ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น ๆ ทุกคน ไม่ว่าจะมีความเกี่ยวข้องกับครอบครัวกับเด็กหรือไม่ก็ตาม โดยหลักแล้ว ความยินยอมอาจได้จากบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือศาลทางใดทางหนึ่งก็ได้ และไม่จำเป็นต้องพิจารณาความยินยอม หากเป็นการเคลื่อนย้ายน้อยกว่า 1 เดือนและได้รับคำสั่งอนุญาตให้ปกครองดูแลเด็ก (child arrangements order) ตามมาตรา 1 (4)

ข้อแตกต่างสำคัญของความผิดตามมาตรา 1 และความผิดตามมาตรา 2 คือ

1. ความผิดตามมาตรา 1 ต้องกระทำโดยบิดามารดาหรือบุคคลที่มีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับบิดามารดาเท่านั้น ส่วนความผิดตามมาตรา 2 กระทำโดยบุคคลใดก็ได้ แต่ไม่อาจกระทำโดยบิดามารดาหรือบุคคลที่มีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับบิดามารดา

2. ความผิดตามมาตรา 1 เป็นความผิดเฉพาะการพรางเด็กออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษ ส่วนความผิดตามมาตรา 2 รวมถึงการเคลื่อนย้ายเด็กไม่ว่าจะไปนอกราชอาณาจักรอังกฤษหรือไม่ก็ตาม และรวมถึงกรณีพาเด็กจากความควบคุมดูแลของบิดามารดาโดยไม่ได้เคลื่อนย้ายก็ตาม การพรางในมาตรา 2 นั้นรวมถึงการกระทำใด ๆ อันเป็นผลให้เด็กไปกับผู้กระทำ

ดังนั้น กรณีที่บิดาหรือมารดาพรางเด็กไปจากบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งโดยมิได้พรางออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษ บิดาหรือมารดาที่พรางเด็กนั้นจะไม่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดฐานพรางเด็กไม่ว่าฐานใดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม หากครบเงื่อนไขของการกระทำบิดาหรือมารดาอาจถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดฐานลักพาได้

3. ความผิดตามมาตรา 1 จะเป็นความผิดเมื่อได้ “พรางหรือส่ง” (taking or sending) เด็กออกนอกราชอาณาจักรอังกฤษ ไม่รวมถึงการกักขังหน่วงเหนี่ยวไว้ในราชอาณาจักรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความผิดตามมาตรา 2 รวมถึงการ “กักขังหน่วงเหนี่ยว” (detaining) เด็กด้วย

ตามกฎหมายอังกฤษ ความผิดฐานพรางเด็กแตกต่างจากการลักพาตัว กล่าวคือ การลักพาตัวจะเป็นความผิดต่อเมื่อเด็กไม่ยินยอม ไม่ว่าบิดามารดาจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม (เว้นแต่ การพาตัวไปนั้นอยู่ในขอบเขตของการลงโทษในครอบครัวที่สมเหตุสมผล ) ส่วนการพรางเด็กจะเป็นความผิดเมื่อเด็กถูกพรางไปโดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดาหรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็กนั้น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม สำหรับความแตกต่างของโทษนั้น โทษสูงสุดของความผิดฐานพรางเด็ก คือ จำคุก 7 ปี แต่ในความผิดฐานลักพามีโทษสูงสุดให้จำคุกตลอดชีวิต อย่างไรก็ตาม

การกระทำเดียวกันอาจเป็นความผิดได้ทั้งการลักพาตัวและการพรากเด็ก โดยพนักงานอัยการจะเป็นผู้พิจารณาฐานความผิดในการดำเนินคดี

จึงเห็นได้ว่า บทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานพรากนี้ เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิครอบครัวของพ่อแม่ หรือผู้ปกครอง<sup>128</sup>

นอกจากนี้ ในความผิดเกี่ยวกับการพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายอังกฤษนั้นสามารถยกความสำคัญผิดขึ้นแก้ตัวได้ เช่น สำคัญผิดว่าบิดามารดาของผู้เยาว์นั้นอนุญาตแล้ว หรือสำคัญผิดว่าผู้เยาว์ไม่มีผู้ปกครองดูแลอยู่ เหล่านี้ย่อมยกความสำคัญผิดขึ้นกล่าวอ้างได้แต่หากความสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เยาว์ กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้ยกขึ้นแก้ตัว<sup>129</sup> โดยตัวอย่างของคดีที่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดของอังกฤษ ได้แก่ คดี Regina v. Prince ในปี ค.ศ. 1875<sup>130</sup> ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยที่จำเลยเชื่อโดยสุจริตใจว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้ว ถึงแม้คณะลูกขุนจะพบว่าเด็กหญิงซึ่งมีอายุเพียงสิบสี่ปีในขณะนั้นจะได้บอกกับจำเลยว่าตนเองมีอายุสิบแปดปีแล้วก่อนที่เขาจะพาเธอไป และจำเลยก็เชื่อถ้อยคำนั้นโดยสุจริตใจและความเชื่อของเขาก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่อาจแก้ตัวได้ โดยศาลให้ความเห็นว่า<sup>131</sup> ถึงแม้การกระทำนี้จำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมายแต่มันก็เป็นความผิดในตัวของมันเอง (not illegal but wrong...) นอกจากนี้ ศาลได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมอีกว่า<sup>132</sup> เป็นไปไม่ได้เลยที่จะกล่าวอ้างว่าบุคคลหนึ่งพรากเด็กสาวมาจากการดูแลของบิดาโดยไม่มีความคิดเพราะไม่รู้ว่าเด็กสาวดังกล่าวมีอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ และก็เป็นไปไม่ได้เลยเช่นกันที่จะกล่าวอ้างว่าชายผู้นั้นเชื่อว่าเด็กหญิงโตพอที่จะให้ชายผู้นั้นกระทำความผิดได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

### 3.1.2 การกำหนดอายุของบุคคลในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

<sup>128</sup> Glanville Williams, Textbook of Criminal law, (London: Stevens & Sons,1983) p. 219. อ้างใน เรดาร์ สิริรัตน์, “ปัญหาการกำหนดอายุเหยื่อในประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2552), น. 142.

<sup>129</sup> J.C.Smith & Hogan, Criminal law, (London: Butterworths,2002), p. 121. อ้างอิง, น.143.

<sup>130</sup> Wayne R. LaFave and Austin W. Scott,Jr, Handbook on Criminal Law, (Minnesota: West Publishing,1972), p. 360-361. อ้างอิง, น.143.

<sup>131</sup> Kadish and Paulsen, Criminal Law and Its Processes: Case and Material, (Boston: Little, Brown,1975), p. 102-103. อ้างอิง, น.143.

<sup>132</sup> Peter W. Low,John Calvin Jeffrues,Jr.,and Richard J. Bonnie,Criminal Law: Case And Materials. (New York: The Foundation Press,1982), p. 259. อ้างอิง, น.143.



ประเทศในเครือสหราชอาณาจักรมิได้ให้ความหมายของอายุเด็กไว้ในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ อายุของเด็กที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติต่าง ๆ นั้น จะขึ้นอยู่กับแนวคิดของแต่ละพื้นที่และแตกต่างกันไปในแต่ละชนชาติของสหราชอาณาจักร

ประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองเด็ก โดยเด็ก คือ บุคคลที่อายุไม่เกินกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตาม ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The sexual Offences Act 2003) กำหนดอายุของบุคคลที่มีสิทธิให้ความยินยอมได้ คือ อายุ 16 ปีบริบูรณ์

ดังนั้น ในการพิจารณาอายุของเด็กตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ของประเทศอังกฤษจึงต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติแต่ละเรื่อง ซึ่งการกำหนดอายุของเด็กในความผิดฐานพรากเด็กของประเทศอังกฤษนั้น แบ่งเป็น

1) ความรับผิดฐานพรากเด็กไปจากความดูแล (Abduction of Children in care) ตามพระราชบัญญัติ Children Act 1989 เด็กที่ถูกพรากตามพระราชบัญญัตินี้มิได้กำหนดอายุไว้ โดยเฉพาะ ดังนั้น เด็ก จึงหมายถึง บุคคลที่อายุไม่เกินกว่า 18 ปีบริบูรณ์

2) ความผิดฐานพรากเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ออกนอกสหราชอาณาจักรโดยปราศจากความยินยอมตามพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 เด็กที่ถูกพราก หมายถึง บุคคลที่อายุไม่เกินกว่า 16 ปีบริบูรณ์

พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น มิได้กำหนดความรับผิดตามช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ดังเช่นกฎหมายของประเทศไทย

### 3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

#### 3.2.1 การกำหนดความรับผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้ความคุ้มครองหลักประกันสิทธิในการอบรมเลี้ยงดูเด็กไว้ในกฎหมายมูลฐาน (Basic Law) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ถือกำเนิดมาจาก The Parliamentary Council โดยแบ่งออกเป็น 11 หมวด (Chapter) 146 มาตรา (Article) ในหมวดที่ 1 (chapter 1 : Basic Rights) ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวเยอรมนี ถือเป็นแบบฉบับของหลักประกันเรื่องสิทธิเสรีภาพ มีทั้งหมด 19 มาตรา และในมาตรา 6 เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพในการสมรส ครอบครัว และเด็ก มาตรา 6(2) และ (3) กำหนดให้

(2) การดูแลและอบรมเลี้ยงดูเด็กเป็นสิทธิตามธรรมชาติและเป็นหน้าที่หลักของบิดามารดา รัฐจะเป็นผู้ดูแลบิดามารดาในการปฏิบัติตามหน้าที่นี้<sup>133</sup>

<sup>133</sup> The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty.

(3) เด็กอาจถูกแยกออกจากครอบครัวของพวกเขาโดยขัดกับเจตนาของบิดามารดาหรือผู้ปกครองเฉพาะกรณีตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น และเฉพาะกรณีที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไม่สามารถทำหน้าที่ได้หรือมิฉะนั้นเด็กเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงในการถูกทอดทิ้ง<sup>134</sup>

ในทางอาญานั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 235<sup>135</sup> ความผิดฐานพรากผู้เยาว์จากความดูแลของบิดามารดา (Abduction of minors from the care of their parents etc)

---

<sup>134</sup> Children may be separated from their families against the will of their parents or guardians only pursuant to a law and only if the parents or guardians fail in their duties or the children are otherwise in danger of serious neglect.

<sup>135</sup> Section 235 Abduction of minors from the care of their parents etc

(1) Whoever removes from the custody of one or both of his parents or his guardian or denies them access to

1. a person under eighteen years of age by force, threat of serious harm or deception; or
2. a child, without being a relative,

shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine.

(2) Whoever

1. removes a child from the custody of one or both of his parents or his guardian in order to take him abroad; or

2. denies access to him abroad after having removed him there or the child having gone there, shall incur the same penalty.

(3) In cases under subsection (1) No 2 and subsection (2) No 1 above the attempt shall be punishable.

(4) The penalty shall be imprisonment from one to ten years if the offender

1. by the offence places the victim in danger of death or serious injury or of a substantial impairment of his physical or mental development; or

2. commits the offence for material gain or with the intent of enriching himself or a third person.

(5) If by the offence the offender causes the death of the victim the penalty shall be imprisonment of not less than three years.

(6) In less serious cases under subsection (4) above the penalty shall be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsection (5) above imprisonment from one to ten years.

(7) The abduction may only be prosecuted upon request in cases under subsections (1) to (3) above unless the prosecuting authority considers proprio motu that prosecution is required because of special public interest.

(1) ผู้ใดพรากรอำนาจปกครองของบิดามารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายหรือไม่ส่งคืนแก่บุคคลดังกล่าว

1. บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยขู่ว่าจะกระทำอันตราย หรือโดยใช้อุบาย หรือ

2. เด็ก ที่ไม่ใช่สมาชิกในครอบครัวตน

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ

(2) ผู้ใด

1. พรากรเด็กไปจากอำนาจปกครองของบิดามารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายเพื่อนำเด็กออกนอกราชอาณาจักร หรือ

2. ยับยั้งมิให้เด็กนั้นกลับเข้ามาในราชอาณาจักร

ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

(3) ในความผิดที่กระทำภายใต้อนุมาตรา (1) ข้อ 2 และอนุมาตรา (2) ข้อ 1 ดังกล่าวข้างต้น การพยายามกระทำความผิดต้องรับโทษ

(4) โทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด

1. ทำให้ผู้กระทำให้ผู้ถูกกระทำอยู่ในสถานที่อันตรายถึงชีวิตหรือได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้พัฒนาการทางร่างกายหรือจิตใจลดลงอย่างมาก

2. กระทำความผิดเพื่อได้รับประโยชน์ทางทรัพย์สินหรือโดยเจตนาให้ตนเองหรือบุคคลที่สามได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้น

(5) กรณีที่การกระทำความผิดของผู้กระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ต้องได้รับโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี

(6) ในความผิดที่ร้ายแรงน้อยกว่า ภายใต้อนุมาตรา (4) ดังกล่าวข้างต้น ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี ในความผิดที่ร้ายแรงน้อยกว่า ภายใต้อนุมาตรา (5) ดังกล่าวข้างต้น ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี

(7) การพรากรอาจถูกดำเนินคดีเมื่อมีการร้องขอ กรณีภายใต้อนุมาตรา (1) ถึง (3) ดังกล่าวข้างต้น แต่พนักงานอัยการอาจดำเนินคดีด้วยตนเองได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าการดำเนินคดีเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นพิเศษ

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 235 จะถือว่าเป็นการพรากรก็ต่อเมื่อการใช้สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลได้รับความเสียหาย โดยในทางตำรา สิทธิดังกล่าวจะถือว่าได้รับความเสียหายเมื่อเด็กและผู้ใช้อำนาจปกครองถูกแยกให้อยู่คนละสถานที่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (ซึ่งไม่ใช่เป็นแต่เพียงช่วงเวลาประเดี๋ยว

ประคำว จนทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่อาจใช้สิทธิในการศึกษาอบรมดูแล ในกรณีที่เป็นบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลทราบว่าเด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลที่สามจะถือว่าเป็นการพรางเด็กในกรณีนี้ก็คือเมื่อเด็กได้ถูกพรางไปจากบุคคลที่สามที่ดูแลเด็กอยู่ในกรณีที่เด็กไม่ได้อยู่ในสถานที่ที่อยู่ในความดูแลของผู้ปกครอง แต่อยู่ในสถานที่ที่ผู้ปกครองรับทราบเช่น ในโรงเรียน เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ จะถือว่าเป็นการพรางก็ต่อเมื่อเด็กถูกพรางออกไปจากสถานที่ดังกล่าว เช่น เอาเด็กออกจากโรงเรียน เป็นต้น<sup>136</sup> ดังนั้น การพรางจะเกิดขึ้นเมื่อเด็กถูกแยกออกจากสถานที่ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองรับทราบ การแยกเด็กออกจากผู้ใช้อำนาจปกครองมีผลทำให้สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลได้รับความเสียหาย

เมื่อเป็นการพรางแล้ว ตามกฎหมายเยอรมนีจะต้องพิจารณาช่วงระยะเวลาในการพรางประกอบด้วย กล่าวคือ ต้องมีการแยกเด็กออกมาจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลในช่วงเวลาหนึ่งด้วย ปัญหาว่าจะต้องใช้ระยะเวลายาวนานแค่ไหนในการแยกเด็กออกจากผู้ปกครองที่จะถือว่าเป็นการพรางนั้น ยังเป็นปัญหาที่ไม่มีข้อยุติ ความเห็นในทางตำราอธิบายว่า ขึ้นอยู่กับอายุของเด็กและระดับของความจำเป็นในการดูแลเด็ก ในกรณีของเด็กอายุน้อยหรือเด็กป่วย แม้จะแยกเด็กออกมาในช่วงเวลาสั้น ๆ ก็ถือว่าเป็นการครอบงำประกอบความผิดในส่วนของการพรางแล้ว ศาลฎีกาเยอรมนีวางแนวคำพิพากษาไว้เรื่องหนึ่งว่า ในกรณีของเด็กอายุ 4 ปีที่สุขภาพสมบูรณ์ การแยกเด็กออกจากผู้ปกครองเป็นเวลา 10 นาทีก็ถือว่าเป็นการพรางแล้ว อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาลบดับดังกล่าวได้รับการปฏิเสธจากความเห็นฝ่ายข้างมากเนื่องจากเห็นว่า ช่วงระยะเวลาสั้น ๆ ดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อการใช้อำนาจปกครองของผู้ปกครองแต่อย่างใด ในประเด็นนี้ Wieck – Noodt ให้เหตุผลไว้ว่า โทษอาญาในความผิดฐานพรางเด็กมีอัตราโทษที่สูง (ตามมาตรา 235 วรรคแรก บัญญัติโทษไว้ว่า จำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ) การที่จะให้ผู้กระทำผิดรับผิดชอบในทางอาญา ระยะเวลาในการพรางจึงไม่ควรที่จะเป็นเพียงแค่ช่วงระยะเวลาสั้น ๆ อีกทั้งการจะเป็นการพรางหรือไม่ก็ไม่ควรที่จะพิจารณาแต่ในประเด็นของระยะเวลาของการแยกเด็กจากผู้ปกครองแต่เพียงอย่างเดียว แต่ควรพิจารณาเพิ่มเติมในเรื่องของผลเสียต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นแก่เด็กในระหว่างที่มีการพราง รวมถึงตัวเด็กได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจในระหว่างการพรางหรือไม่ด้วย ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะต้องพิจารณาประกอบ หากมีข้อเท็จจริงดังกล่าวแม้จะพรางเป็นช่วงระยะเวลาสั้น ๆ เพียง 2-3 นาทีก็ถือว่าเป็นความผิดฐานนี้ ดังนั้น จึงต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป สำหรับเด็กเล็กที่ต้องการการดูแลเพียงระยะเวลา 2-3 ชั่วโมงก็ถือเป็นการพรางแล้ว ส่วนเด็กที่โตขึ้นจะถือเป็นพรางต่อเมื่อช่วงระยะเวลาในการพรางยาวนานขึ้น ศาลฎีกาเยอรมนีวางแนวว่า ในกรณี

<sup>136</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : หจก.เจริญรัฐการพิมพ์, 2558), น.121.

ของเด็กผู้หญิงอายุ 8 ปี การแยกเด็กออกจากผู้ปกครองเป็นเวลา 2 ชั่วโมงถือว่าเป็นการพรากแล้ว ส่วนเด็กผู้หญิงอายุ 13 ปี จะถือเป็นการพรากก็ต่อเมื่อเวลาผ่านไป 2 วัน 2 คืน<sup>137</sup>

### 3.3.2 การกำหนดอายุของบุคคลในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ กฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดอายุของผู้ถูกระทำ คือ

1. บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยมุ่งเจตนาที่จะกระทำอันตราย หรือ โดยใช้อุบาย หรือ

2. เด็ก โดยไม่มีความเกี่ยวพันทางสายโลหิต

ตามกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เด็ก คือ บุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปีใน ส่วนของความยินยอม ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดระดับของความยินยอมของ บุคคลไว้ 4 ระดับ คือ เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปีถึง 16 ปี ผู้เยาว์อายุระหว่าง 16 ปี ถึง 18 ปี และบุคคลอายุ 18 ปีขึ้นไป โดยแต่ละช่วงอายุบุคคลดังกล่าวจะมีระดับ ในการให้ความยินยอมแตกต่างกัน เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากผู้ใหญ่มี เพศสัมพันธ์กับเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปีย่อมมีความผิดตามกฎหมาย แต่หากเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปีมี เพศสัมพันธ์กัน เด็กจะไม่ได้รับโทษ เพราะตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเด็ก อายุต่ำกว่า 14 ปียังมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะได้รับโทษทางอาญา

ผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปีถึง 16 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับ ผู้เยาว์ที่อยู่ในช่วงอายุเดียวได้ แต่ทั้งนี้ กฎหมายห้ามมิให้ผู้ใหญ่หรือผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปมี เพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี หากบุคคลที่มีอายุมากกว่าดังกล่าวได้รับมอบให้เป็นผู้ให้ การศึกษา ฝึกอบรมหรือดูแลแก่ผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี

ผู้เยาว์อายุระหว่าง 16 ปีถึง 18 ปี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจกับ บุคคลใดก็ได้ ยกเว้นเด็ก แต่ทั้งนี้ ผู้ใหญ่ที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปีอาจมีความผิดตาม กฎหมาย หากบุคคลดังกล่าวโดยใช้ความได้เปรียบจากการได้รับมอบให้เป็นผู้ให้การศึกษ ฝึกอบรมหรือดูแลแก่ผู้เยาว์

บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปถือเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีอำนาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์ได้โดยสมัครใจ แต่ทั้งนี้ ต้องมิใช่การมีเพศสัมพันธ์กับพี่น้องหรือบิดามารดา

<sup>137</sup> เติ้งฮ้าง, น.123-124.

### 3.3.3 คุณธรรมทางกฎหมาย

การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมให้มีความปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด “ประโยชน์” (Interesse) หรือ “คุณค่า” (Wert) ของการอยู่ร่วมกัน การละเมิด “ประโยชน์” (Interesse) หรือ “คุณค่า” (Wert) ของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายจึงหมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง<sup>138</sup> ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญาล้วนเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม จึงเป็นต้องได้รับความคุ้มครองด้วยกฎหมายอาญา เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความยำเกรงในความผิดและโทษ เป็นการป้องกันการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

ความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์บัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีนี้ แต่เดิมความผิดฐานพรากผู้เยาว์ แม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์โดยอ้อมในการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กด้วยก็ตาม แต่วัตถุประสงค์หลักก็คือการคุ้มครองอำนาจปกครองหรืออำนาจปกครองอื่น ๆ ตามกฎหมายครอบครัวของบิดามารดา ในทางตรงกันข้าม ตามกฎหมายที่ได้แก้ไขใหม่ กล่าวคือ การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญา ฉบับที่ 6 ในปี ค.ศ. 1998 บุคคลที่ถูกพรากไปก็ได้รับการคุ้มครองโดยตรงด้วยเช่นกันซึ่งก็หมายถึงว่าตั้งแต่ที่มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาฉบับที่ 6 สิ่งที่ยกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามมาตรานี้ รวมถึงบุคคลที่ถูกพราก (เด็กหรือเยาวชน) ไปโดยตรงด้วยอำนาจปกครองตามกฎหมายครอบครัวเยอรมนีเป็นไปไปตามมาตรา 1631 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีที่ให้สิทธิในการดูแล ให้การอบรมสั่งสอน ควบคุมและกำหนดภูมิสถานของเด็ก ซึ่งในขณะที่มีการกระทำความผิดผู้ที่มีอำนาจปกครองจะได้ใช้สิทธิดังกล่าวหรือไม่นั้น ไม่ใช่เป็นข้อสาระสำคัญ

ก่อนที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาฉบับที่ 6 ตามกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นข้อสาระสำคัญหากว่ามาตรการในการให้การอบรมสั่งสอนแก่เด็กที่กระทำโดยผู้ที่มีอำนาจปกครองจะไม่สอดคล้องกับประโยชน์สุขของเด็ก แต่เมื่อได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาฉบับที่ 6 แล้วฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาที่ จะคุ้มครองเด็กด้วยความเห็นฝ่ายข้างมาก ในปัจจุบัน มาตรา 235 จึงคุ้มครองโดยตรงแก่บุคคลที่ถูกพราก (ไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้เยาว์) ด้วย อย่างไรก็ตาม เด็กไม่อาจที่จะให้ความยินยอมต่อการกระทำผิดได้เพราะความผิดฐานพรากผู้เยาว์นอกจากจะคุ้มครองเด็กแล้ว ยังคุ้มครองอำนาจปกครองตามกฎหมายครอบครัวของบิดามารดาด้วย<sup>139</sup>

<sup>138</sup> คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญรทที่ 1*, น.160.

<sup>139</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, *อ้างแล้ว เจริญรทที่ 136*, น.118-119.



มาตรา 225-2<sup>144</sup> “(1) ผู้ใดเอาตัวบุคคลอื่น โดยใช้กำลังบังคับ น้อฉลหรือหลอกลวง เพื่อจุดประสงค์ที่จะเรียกร้อยให้ญาติ หรือผู้ซึ่งห่วงใยในความปลอดภัยของผู้ถูกเอาตัวไป มอบให้ซึ่งทรัพย์สินหรือได้รับประโยชน์อื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกแรงงานตลอดชีวิตหรือไม่น้อยกว่า 3 ปี

(2) ระวังโทษดังกล่าวให้ใช้กับกรณีบุคคลซึ่งเอาตัวบุคคลอื่น โดยใช้กำลังบังคับ น้อฉลหรือหลอกลวง เรียกร้อยหรือสั่งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งห่วงใยในความปลอดภัยของผู้ถูกเอาตัวไป มอบให้ซึ่งทรัพย์สินหรือได้รับประโยชน์อื่นใด”

มาตรา 226<sup>145</sup> “ผู้ใดเอาตัวบุคคลอื่น โดยใช้กำลังข่มขู่ น้อฉลหรือหลอกลวง เพื่อจุดประสงค์ในการพาบุคคลนั้นออกไปจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกใช้แรงงานไม่น้อยกว่าสองปี”

มาตรา 227<sup>146</sup> “(1) ผู้ใด เพื่อให้ความช่วยเหลือร่วมมือกับบุคคลซึ่งได้กระทำความผิดซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 224 มาตรา 225 หรือในสามมาตราก่อน โดยการส่งไป รัับไว้ ย้าย หรือซ่อนตัว

---

<sup>144</sup> Article 225-2 (Kidnapping for Ransom) (1) A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of causing the kidnapped person’s relatives or any other person who would be concerned about the kidnapped person’s safety to deliver any property, taking advantage of such concern, shall be punished by imprisonment with work for life or for a definite term of not less than 3 years .

(2) The same shall apply to person, who having kidnapped another by force or enticement, causes or demands the kidnapped person’s relatives or any other person who would be concerned about the kidnapped person’s safety to deliver any property, taking advantage of such concern,

<sup>145</sup> Article 226 (Kidnapping for Transportation out of a Country) A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of transportation another from one country to another country shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 2 years .

<sup>146</sup> Article 227 (Delivery of Kidnapped Persons) (1) A person who, for the purpose of aiding another who has committed any of crime prescribed under Article 224, 225 or the proceeding three Article, delivers, receives, transports or hides a person who has been kidnapped by force or enticement or has been bought or sold, shall be punished by imprisonment with work for not less than 3 months but not more 5 years .

(2) A person who, for the purpose of aiding another who has committed the crime prescribed under paragraph (1) oh Article 225-2, delivers, receives, transports or hides a person who has been kidnapped shall be punished by imprisonment with work for not less than 1 year but not more 10 years .

(3) A person who, for the purpose of profit, indecency or threat to the life or body, receives a person who has been kidnapped or sold, shall be punished by imprisonment with work for not less than 6 months but not more 7 years .



บุคคลซึ่งถูกลักพาโดยใช้กำลังบังคับ นื้อฉลหรือหลอกลวง หรือถูกซื้อขาย ต้องระวางโทษจำคุก แรงงานไม่น้อยกว่าสามเดือนแต่ไม่เกินห้าปี

(2) ผู้ใด เพื่อให้ความช่วยเหลือร่วมมือกับบุคคลซึ่งได้กระทำความผิดดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 225-2 วรรคแรก (1) โดยการส่งไป รับไว้ ย้าย หรือซ่อนตัว บุคคลซึ่งถูกลักพา ต้องระวาง โทษจำคุกแรงงานไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินสิบปี

(3) ผู้ใด เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ เพื่อการอนาจาร หรือข่มขู่ว่าจะเกิดอันตรายแก่ ชีวิตหรือร่างกาย โดยรับตัวผู้ถูกเอาตัวไปหรือถูกขาย ต้องระวางโทษจำคุกใช้แรงงานไม่น้อยกว่า6 เดือนแต่ไม่เกินเจ็ดปี

(4) ผู้ใด เพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 225-2 วรรคแรก (1) รับตัวผู้ถูกเอาตัวไป ต้องระวางโทษจำคุกใช้แรงงานไม่น้อยกว่าสองปี ระวังโทษดังกล่าวใช้กับกรณีผู้ซึ่งรับตัวผู้ถูก เอาตัวไปและได้เรียกร้องหรือสั่งให้ญาติ หรือผู้ซึ่งห่วงใยในความปลอดภัยของผู้ถูกเอาตัวไป มอบให้ซึ่งทรัพย์สินหรือได้รับประโยชน์อื่นใด”

มาตรา 227 บัญญัติคล้ายคลึงกับวรรคสองของมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 ของประเทศไทย

มาตรา 228<sup>147</sup> “การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 224, มาตรา 225, มาตรา 225-2 วรรคแรก, มาตรา 226 ถึง 226-3 และวรรคแรกถึงวรรคสามของมาตราก่อนต้องระวางโทษ เช่นเดียวกัน

#### 3.4.2 การกำหนดอายุของบุคคลในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์นี้ กฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ กำหนดอายุของเหยื่อเอาไว้ หากแต่ใช้คำรวมว่า “ผู้เยาว์” (Minor) ซึ่งในส่วนนี้จะแตกต่างกับ ประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งได้แบ่งแยกสถานะของผู้ถูกกระทำออกเป็นเด็กมาตรา 317 และ ผู้เยาว์ตามมาตรา 318 และมาตรา 319

(4) A person who, for purpose prescribed under paragraph (1) of Article 225-2, receives a person who has been kidnapped or sold shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not than 2 years. The same shall apply to a person, who has received a kidnapped person and causes or demands such person’s relative or any other person who would be concerned about the safety of the kidnapped person to deliver any property, taking advantage of such concern.

<sup>147</sup> Article 228 (Attempts) An attempt of the crimes prescribed under Article 224, 225, paragraph (1) of Article 225-2, Article 226 through 226-3 and paragraph (1) through (3) and the first sentence of paragraph (4) of the proceeding Article shall be punished.

คำว่า “ผู้เยาว์” (Minor) ตามกฎหมายญี่ปุ่นน่าจะหมายถึงบุคคลที่มีอายุเท่าไรนั้น เนื่องจากกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดอายุของทั้งเด็ก และผู้เยาว์เอาไว้ แต่เมื่อได้ศึกษา กฎหมายต่าง ๆ ในประเทศญี่ปุ่น เช่น กฎหมายคุ้มครองเด็กที่ถูกทารุณกรรม (Child Abuse Prevention Law 2002) มาตรา 2 ซึ่งให้คำจำกัดความ “เด็ก” คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีหรือใน กฎหมายคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก (Child Welfare Laws of Japan 1979) เห็นได้จากบทบัญญัติใน มาตรา 34 ซึ่งห้ามกระทำการต่าง ๆ กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือในกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 3 ที่บัญญัติให้บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ ฉะนั้นคำว่า “ผู้เยาว์”(Minor) ตาม บทบัญญัติมาตรานี้ จึงน่าจะหมายถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 20 ปี<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> เรดี ศิริรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 143*, น.150.

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์กับคุณธรรมทางกฎหมาย

ความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้นมิขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายของเรื่องนี้ หรือที่ใช้ในคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่ใช้คำว่า “อำนาจปกครอง” นั้นเอง เนื่องจากคดีที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่เป็นกรณีที่เป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา เพราะโดยปกติแล้วเด็กหรือผู้เยาว์มักอยู่กับบิดามารดามากกว่าอยู่กับผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หากแต่ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้นได้บัญญัติครอบคลุมทั้งกรณีที่เป็นการพรากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแลด้วย ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์จึงควรใช้คำว่า “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล”<sup>149</sup> จึงถูกต้องและครอบคลุมมากกว่า

ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์นั้น ต้องเริ่มพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญาอันเป็นการตีความตามตัวอักษรประกอบการพิจารณาสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายอันเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่กัน ซึ่งทั้งการตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์มีความสำคัญต่อการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาเสมอกัน จะตีความตัวอักษรเกินกว่าเจตนารมณ์ทางกฎหมายมิได้ และจะตีความเจตนารมณ์เกินไปกว่าตัวอักษรมิได้เช่นเดียวกัน

#### 4.1 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามคำพิพากษาศาลฎีกา

เมื่อกฎหมายกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบให้กับบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อใช้อำนาจปกครอง อบรมดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ การพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากการใช้อำนาจปกครองดูแล ทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไม่สามารถใช้สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตนในการอบรมดูแลเด็กหรือผู้เยาว์กฎหมายได้ กฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติมาตรา 317 ถึงมาตรา 319 เพื่อประสงค์คุ้มครองสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล

<sup>149</sup> คณิต ณ นคร, *อ่างแล้ว เจริญที่ 6*, น. 293.

มิให้ผู้ใดเข้ามาครอบงำได้ บิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแลจึงเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ อันเป็นวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครอง

คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์หรือสิ่งที่แฝงอยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 ถึงมาตรา 319 นั้น คือ “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล การนำคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา เป็นกรณีที่มีความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์จะเกิดขึ้นต่อเมื่อ มีการกระทำที่ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย หรือคุณธรรมทางกฎหมายถูกระทบกระเทือนหรือถูกรบกวน กล่าวคือ เป็นการละเมิดสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแล การวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาจะทำให้ผู้วิจัยมองเห็นแนวทางในการใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความรับผิดชอบให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้เป็นอย่างดี แต่ทั้งนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องที่มีการตีความแตกต่างออกไป และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนจะขอก้าวโดยละเอียดต่อไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่นำแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญานั้น จะมีแนวทางการพิจารณาว่า การกระทำของผู้กระทำการล่วงอำนาจปกครอง ละเมิดต่ออำนาจปกครอง กระทบกระเทือน หรือเป็นการรบกวนต่อคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดอาญาฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ กล่าวคือ สิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลหรือไม่ หรือที่คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่ใช้คำว่า “อำนาจปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลมิให้ถูกผู้ใดมารบกวน” หากผู้กระทำการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้วการกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

4.1.1 คำพิพากษาศาลฎีกาตามแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317

คำพิพากษาศาลฎีกาที่นำแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานพรากเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 นั้น จะมีแนวทางการพิจารณาว่า ขณะกระทำเด็กอยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลและบุคคลดังกล่าวได้ยินยอมกับการกระทำนั้นหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของผู้กระทำการเป็น การล่วงอำนาจปกครอง<sup>150</sup> ละเมิดต่ออำนาจปกครอง<sup>151</sup> ล่วงละเมิดอำนาจปกครอง<sup>152</sup>

<sup>150</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10228/2539, 544/2543, 1717/2543, 4417/2550, 9364/2555, 14795/2555

<sup>151</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2760-2761/2539

ล่วงล้ำอำนาจปกครอง<sup>153</sup> กระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครอง<sup>154</sup> รบกวณสิทธิหรือแยกสิทธิในการควบคุมดูแล<sup>155</sup> แยกเด็กไปจากอำนาจปกครองดูแล<sup>156</sup> หรือทำให้อำนาจความปกครองดูแลที่มีต่อเด็กถูกพรากหรือถูกกระทบกระเทือนหรือถูกรบกวณ<sup>157</sup> หรือไม่ จากนั้นจึงจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นกระทำไปโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8052/2549<sup>158</sup> “แม่ก่อนเกิดเหตุเด็กหญิง ท. จะทะเลาะกับโจทก์ร่วมซึ่งเป็นมารดาและหนีออกจากบ้านไปพักอาศัยอยู่กับเพื่อนที่หอพักก็ตาม แต่โจทก์ร่วมยังคงไปตามหาเด็กหญิง ท. ที่หอพักดังกล่าวแต่ไม่พบ ย่อมแสดงให้เห็นว่าแม้ในขณะที่เด็กหญิง ท. พักอาศัยอยู่กับเพื่อนที่หอพักดังกล่าวนั้น บิดามารดาก็ยังเอาใจใส่ติดตามตัวอยู่ พฤติการณ์บ่งชี้ให้เห็นว่าเด็กหญิง ท. ยังคงอยู่ในอำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ดังนั้น การที่จำเลยขับรถจักรยานยนต์มารับเด็กหญิง ท. ที่หอพักแล้วพาไปนั่งรถเล่นกับพาไปนั่งฟังเพลงต่อที่ห้องพักของเพื่อนจำเลย และขณะอยู่ในห้องพักจำเลยได้กอดจูบเด็กหญิง ท. จึงเป็นการพาเด็กหญิง ท. ออกจากหอพักไปเที่ยวเล่น โดยเจตนามุ่งหมายที่จะล่วงเกินทางเพศหรือกระทำอนาจารแก่เด็กหญิง ท. โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากบิดามารดาของเด็กหญิง ท. นั่นเอง ซึ่งผลของการกระทำของจำเลยเช่นนี้ย่อมทำให้อำนาจปกครองดูแลบุตรผู้เยาว์ของบิดามารดาที่มีต่อเด็กหญิง ท. ได้ถูกพรากจากไปโดยปริยาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม

ความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ฎหมายมีเจตนาที่จะปกป้องคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กมิให้ผู้ใดมาก่อการรบกวณหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครอง เมื่อการกระทำของจำเลยทำให้อำนาจปกครองของบิดามารดาถูก

<sup>152</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4287/2548, 7673/2551 , 1411/2554, 10284/2555, 12665/2556, 8081/2560, 489/2561

<sup>153</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 845/2545, 9725/2552, 8877/2554

<sup>154</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1766/2558

<sup>155</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1605/2523, 848/2548

<sup>156</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5648/2533, 2663/2536, 8081/2560

<sup>157</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8052/2549, 10284/2555, 4902/2558, 8081/2560

<sup>158</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2549 เล่ม 8, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549), น. 208.

พราศจากไปเสียโดย ปรีชาย แม้การกระทำของจำเลยนั้น เด็กจะเต็มใจหรือสมัครใจไปกับจำเลยด้วย ก็หาไม่ผลทำให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10284/2555<sup>159</sup> “คำว่า "พราศ" ในความผิดฐานพราศเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยพราศจากเหตุอันสมควรตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 หมายความว่า พาไปหรือแยกเด็กออกไปจากอำนาจปกครองดูแล โดยไม่จำกัดว่าจะกระทำด้วยวิธีใด ทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน โดยบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กไม่รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กจะไปอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่ เด็กย่อมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตลอดเวลา ดังนี้ การพราศเด็กไม่ว่าผู้พราศเด็กจะเป็นฝ่ายชักชวน โดยมีเจตนา มุ่งหมายที่จะกระทำชำเราเด็กเพียงอย่างเดียวก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น คดีนี้เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 อยู่บ้าน จำเลยโทรศัพท์ชักชวนผู้เสียหายที่ 1 ให้ไปหาที่บ้านจำเลย แล้ว จำเลยพาผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปที่ห้องนอนของจำเลย และกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ดังนี้ อำนาจปกครองผู้เสียหายที่ 1 จึงยังคงอยู่ที่ผู้เสียหายที่ 2 การที่จำเลยชักชวนผู้เสียหายที่ 1 ไปที่บ้านของ จำเลยแล้วกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือยินยอมจากผู้เสียหายที่ 2 ย่อมทำให้อำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 ที่มีต่อผู้เสียหายที่ 1 ถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยผู้เสียหายที่ 2 ไม่รู้เห็นยินยอมด้วย การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพราศเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากผู้ปกครองโดยพราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจารตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม”

คำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพราศเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล โดยพราศจากเหตุอันสมควร ตามมาตรา 317 ได้อธิบายความหมายของคำว่า พราศ โดยพิเคราะห์ เจตนารมณ์ของบทบัญญัติว่าเป็นการมุ่งคุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองและเป็นการกระทำต่อบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลไว้อย่างชัดเจน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 767/2544<sup>160</sup> วินิจฉัยว่า “...ความผิดฐานพราศเด็กและพราศผู้เยาว์นั้นเป็นการกระทำต่อบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และเป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่จำเลยได้พาหรือแยกเด็กหรือผู้เยาว์ออกจากความปกครองดูแลของบิดามารดา...”, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3718/2547<sup>161</sup> และ

<sup>159</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10284/2555”,

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>, 1 ตุลาคม 2562.

<sup>160</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2544 เล่ม 2, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2544), น. 104.

<sup>161</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2547 เล่ม 3, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2547), น. 184.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7673/2551<sup>162</sup> ได้วินิจฉัยว่า “ความผิดฐานพรากเด็กมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อเด็กมิให้ผู้ใดพรากไปเสียจากความปกครอง...”, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 848/2548<sup>163</sup> และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5620/2552<sup>164</sup> วินิจฉัยว่า “ประมวล กฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคหนึ่ง มีความมุ่งหมายเพื่อให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลที่มีต่อผู้เยาว์มิให้ผู้ใดพาไปหรือแยกออกจากความปกครองดูแลโดย ไม่จำกัดว่าจะกระทำด้วยวิธีใด และไม่คำนึงถึงระยะใกล้หรือไกล...” และตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4037/2554<sup>165</sup> ได้วินิจฉัยว่า “ความผิดฐานพรากเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคหนึ่งนั้น เป็นการกระทำต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลที่มีต่อเด็ก...”

เมื่อวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดอาญาฐานพรากเด็กไปเสียจากความ ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยโดยพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา เริ่มต้นจากการ พิจารณาว่า เด็กอยู่ในความปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรืออยู่ในความดูแลของผู้ดูแล หรือไม่ หากอยู่ในการปกครองหรือดูแลของบุคคลดังกล่าว จึงจะวินิจฉัยต่อไปว่า การกระทำของ ผู้กระทำการเป็นการรบกวนสิทธิ แยกอำนาจปกครอง ล่วงหรือละเมิดต่ออำนาจปกครองหรือไม่ บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลได้ให้ความยินยอมหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมาย ควบคู่กันไป ประกอบกับการพิจารณาว่าการกระทำความดังกล่าวมีเหตุอันสมควรหรือไม่ การวินิจฉัยใน ลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาฐานพรากเด็กไปเสียจากความ ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล โดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัย ความผิดทางอาญา และมุ่งคุ้มครองสิทธิให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

4.1.2 คำพิพากษาศาลฎีกาตามแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ โดยผู้เยาว์ไม่ยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318

คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดตามมาตรา 318 มีคุณธรรมทางกฎหมายคือ “สิทธิที่จะ ให้การศึกษา อบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล” และ “เสรีภาพในการ ตัดสินใจ” ของผู้เยาว์ การพรากผู้เยาว์ที่จะมีความผิดตามมาตรา 318 ได้จึงต้องเป็นการกระทำที่ กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายทั้ง “สิทธิที่จะให้การศึกษา อบรมและดูแลของบิดามารดา

<sup>162</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2551 เล่ม 9, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2551), น. 201.

<sup>163</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2548 เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2548), น. 184.

<sup>164</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2552 เล่ม 3, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2552), น. 215.

<sup>165</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2554 เล่ม 6, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2554), น. 132.

ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล” และ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ของผู้เยาว์ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไม่ยินยอม และเป็นการกระทำที่ผู้เยาว์ไม่ยินยอมด้วย คำพิพากษาศาลฎีกาฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่ยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 ที่นำแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญานั้น จะมีแนวทางการพิจารณาว่า ผู้เยาว์มิได้ยินยอมกับการกระทำนั้นหรือไม่ และขณะกระทำผู้เยาว์อยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และบุคคลดังกล่าวได้ยินยอมกับการกระทำนั้นหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของผู้กระทำเป็น การล่องอำนาจปกครอง<sup>166</sup> ล่วงละเมิดอำนาจปกครอง<sup>167</sup> รบกวนสิทธิหรือแยกสิทธิในการควบคุมดูแล<sup>168</sup> แยกเด็กไปจากอำนาจปกครองดูแล หรือทำให้อำนาจความปกครองดูแลที่มีต่อเด็กถูกพรากหรือถูกระทบกระเทือนหรือถูกรบกวน<sup>169</sup> หรือไม่ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1514/2532(ประชุมใหญ่)<sup>170</sup> “แม้จะได้รับความว่าผู้เสียหายออกจากบ้านไปอยู่ที่อื่น แต่มารดาก็ยังให้สร้อยทองคำ ถือได้ว่ามารดายังอุปการะเลี้ยงดูผู้เสียหายอยู่การที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 พาผู้เสียหายไปกระทำอนาจาร โดยผู้เสียหายไม่ยินยอมถือได้ว่าเป็นการล่องอำนาจปกครองของบิดามารดาจึงเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์”

คำพิพากษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4263/2559<sup>171</sup> “ความผิดฐานพรากผู้เยาว์อาชุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 นั้น เห็นว่า คำว่า “พราก” หมายความว่า พาไปหรือแยกผู้เยาว์ออกไปจากอำนาจปกครองดูแล โดยไม่จำกัดว่าจะกระทำด้วยวิธีใด ทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดาถูกรบกวนหรือถูกระทบ โดยบิดามารดาผู้เยาว์ไม่รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่องละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เยาว์ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้เยาว์จะไปอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ยังเอาใจใส่ผู้เยาว์ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดาตลอดเวลา การพรากผู้เยาว์ไม่ว่าผู้พรากผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายชักชวนโดยมีเจตนามุ่งหมายที่จะกระทำชำเราเพียงอย่างเดียวก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น

<sup>166</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1514/2532 (ป), 2277/2539, 2375/2541

<sup>167</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3343-3344/2534,

<sup>168</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5844/2552

<sup>169</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4263/2559

<sup>170</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2532 เล่ม 11, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2532),

น. 6.

<sup>171</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2559 เล่ม 3, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2559),

น. 143-144.



ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 2 ได้ขออนุญาตผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นมารดาไปเล่นกีฬา วอลเลย์บอลของโรงเรียน ระหว่างนั้นจำเลยได้ชักชวนผู้เสียหายที่ 2 ไปพบคุณที่บริเวณห้องน้ำแล้ว จำเลยพาผู้เสียหายที่ 2 เข้าไปในห้องน้ำชายและกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 ดังนี้ อำนาจปกครองของ ผู้เสียหายที่ 2 จึงยังคงอยู่ที่ผู้เสียหายที่ 1 การที่จำเลยชักชวนผู้เสียหายที่ 2 ไปที่บริเวณห้องน้ำแล้ว กระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือยินยอมจากผู้เสียหายที่ 1 ย่อมทำให้อำนาจ ปกครองของผู้เสียหายที่ 1 ที่มีต่อผู้เสียหายที่ 2 ถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยผู้เสียหาย ที่ 1 ไม่รู้เห็นยินยอมด้วย การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดาโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย เพื่อการอนาจารตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 318 วรรคสาม”

คำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่ยินยอมตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 318 ได้อธิบายความหมายของคำว่า พราก โดยพิเคราะห์เจตนารมณ์ของ บทบัญญัติว่าเป็นการมุ่งคุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองและ เป็นการกระทำต่อบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลไว้อย่างชัดเจน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7238/2549<sup>172</sup> วินิจฉัยว่า “ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยเพื่อการอนาจารตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 วรรคสามก็ดี ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารโดย ผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามมาตรา 319 วรรคแรกก็ดีมีองค์ประกอบความผิดร่วมกันประการหนึ่งว่า "ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ..." ซึ่งจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์แห่งการทำความผิดกฎหมายทั้งสองมาตรานี้ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลนั่นเอง มิใช่ตัวผู้เยาว์ผู้ถูกพราก ...”

เมื่อวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ ไม่เต็มใจไปด้วยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 จะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกา วินิจฉัยโดยพิจารณาจาก โครงสร้างความคิดทางอาญาเริ่มต้นจากการพิจารณาว่า เด็กอยู่ในความ ปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรืออยู่ในความดูแลของผู้ดูแลหรือไม่ หากอยู่ในการ ปกครองหรือดูแลของบุคคลดังกล่าว จึงจะวินิจฉัยต่อไปว่า การกระทำของผู้กระทำเป็นการรบกวน สิทธิ แยกอำนาจปกครอง ล่วงหรือละเมิดต่ออำนาจปกครองหรือไม่ บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ได้ให้ความยินยอมหรือไม่ และยังคงวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่ผู้เยาว์ไม่เต็มใจไป ด้วยหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาโดยมุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องนี้ คือ สิทธิที่จะให้ การศึกษาอบรม และดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และเสรีภาพในการตัดสินใจของ ผู้เยาว์

<sup>172</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2549 เล่ม 9. (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549), น. 65.

4.1.3 คำพิพากษาศาลฎีกาตามแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

แม้ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุกว่าสิบห้าปีอาจมีเสรีภาพในการตัดสินใจได้ก็ตาม แต่ผู้เยาว์มิได้มีเสรีภาพในการตัดสินใจทุกกรณี ผู้เยาว์ไม่อาจมีเสรีภาพในการตัดสินใจกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อการอนาจารหรือการหากำไรจากผู้เยาว์ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารหรือเพื่อหากำไรโดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 จึงประสงค์ที่จะคุ้มครอง“สิทธิที่จะให้การศึกษอบรมและดูแล” ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เยาว์เท่านั้น มิได้คุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้เยาว์ ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารหรือเพื่อหากำไรแล้ว ย่อมเป็นกระทบทกระเทือนถึงคุณธรรมทางกฎหมายแล้วแม้ผู้เยาว์จะเต็มใจไปด้วยก็ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกาฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 วรรคแรก ซึ่งนำแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญานั้น จะมีแนวทางการพิจารณาว่า ขณะกระทำผู้เยาว์อยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และบุคคลดังกล่าวได้ยินยอมกับการกระทำนั้นหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของผู้กระทำเป็นการกระทำเพื่อการอนาจารหรือเพื่อหากำไรอันเป็นการล่วงอำนาจปกครอง<sup>173</sup> ละเมิดต่ออำนาจปกครอง<sup>174</sup> ล่วงละเมิดอำนาจปกครอง<sup>175</sup> ล่วงล้ำอำนาจปกครองกระทบทกระเทือนต่ออำนาจปกครอง<sup>176</sup> รบกวนสิทธิหรือแยกสิทธิในการควบคุมดูแล<sup>177</sup> หรือไม่ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4465/2530 (ประชุมใหญ่)<sup>178</sup> “ผู้เสียหายอายุ 16 ปีเศษ ยังอาศัยและอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา แม้บิดามารดาจะให้อิสระแก่ผู้เสียหายโดยผู้เสียหายจะไปเที่ยวที่ไหนกลับเมื่อใดไม่เคยสนใจสอบถามหรือห้ามปราม ผู้เสียหายก็ยังอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การที่จำเลยพบกับผู้เสียหายที่งานบวชพระแล้วพาผู้เสียหายไปกระทำชำเราด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ย่อมเป็นการล่วงอำนาจปกครองของบิดามารดา จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319”

<sup>173</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4465/2530 (ป), 1645/2531, 1627/2539

<sup>174</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 75/2532, 5989/2548

<sup>175</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5669/2537, 4175/2540

<sup>176</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6239/2531, 8077/2542, 1055/2555

<sup>177</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5038/2539

<sup>178</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2530 เล่ม 12, (ม.ป.ท. ม.ป.พ, 2530),

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6239/2531<sup>179</sup> “ผู้เสียหายอายุ 15 ปีเศษ ไปอยู่กับญาติซึ่งบ้านอยู่ใกล้กันไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้เสียหายทะเลาะกับมารดา หรือมารดานำไปฝากก็ไม่ถือว่าพ้นจากอำนาจปกครองของมารดา การที่ญาติของผู้เสียหายอนุญาตให้ผู้เสียหายไปเอาหม้อยากับจำเลยแล้วจำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจยินยอมก็ถือไม่ได้ว่าได้รับความยินยอมเห็นชอบจากมารดาผู้เสียหาย และทำให้กระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครองของมารดาผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพรากรผู้เยาว์ไปเสียจากมารดาเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 วรรคแรก”

คำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากรผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 ได้อธิบายความหมายของคำว่า พรากร โดยพิเคราะห์เจตนารมณ์ของบทบัญญัติว่าเป็นการมุ่งคุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองและเป็นการกระทำต่อบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4526/2543<sup>180</sup> วินิจฉัยว่า “ความผิดฐานพรากรผู้เยาว์มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลที่มีต่อผู้เยาว์มิให้ผู้ใดมาพรากรไปเสียจากความปกครอง...”,

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2492/2552<sup>181</sup> และตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1055/2555<sup>182</sup> วินิจฉัยว่า “ความผิดฐานพรากรผู้เยาว์ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ถึงมาตรา 319 กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล มิใช่ตัวผู้เยาว์ผู้ถูกพรากร ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้ใดมาก่อการรบกวนหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระทั่งต่ออำนาจปกครองไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย ไม่ว่าผู้เยาว์จะไปอยู่ที่แห่งใด หากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่อยู่ ผู้เยาว์ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตลอดเวลา นอกจากนี้ กฎหมายมิได้จำกัดว่าพรากรโดยวิธีการอย่างไรและไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายออกจากบ้านไปเองโดยมีผู้ชักนำ หรือไม่มีผู้ชักนำก็ตาม ก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น...”

เมื่อวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากรผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 จะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกา วินิจฉัยโดยพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญาเริ่มต้นจากการพิจารณาว่า เด็กอยู่ในความปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรืออยู่ในความดูแลของผู้ดูแลหรือไม่ หากอยู่ในการปกครองหรือดูแล

<sup>179</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2531 ตอน 12, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2531), น. 3453.

<sup>180</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2543 เล่ม 8, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2543), น. 116.

<sup>181</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2552 ตอน 10, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2552), น. 2152.

<sup>182</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1055/2555,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562, จาก

ของบุคคลดังกล่าว จึงจะวินิจฉัยต่อไปว่า การกระทำของผู้กระทำเป็นการรบกวนสิทธิแยกอำนาจปกครอง ล่วงหรือละเมิดต่ออำนาจปกครองหรือไม่ กล่าวคือ เป็นกรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่ยินยอม และวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่ผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยหรือไม่ โดยความเต็มใจของผู้เยาว์นั้น จะถือว่าผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยต่อเมื่อผู้เยาว์ยินยอมในเรื่องของจุดมุ่งหมายเพื่อหาทำไรหรือเพื่อการรอนาจารด้วย โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตรา 319 มุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม และดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพียงอย่างเดียวแตกต่างจากมาตรา 318 ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เนื่องจากกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้เยาว์มิให้ถูกระทำอนาจารหรือแสวงหาทำไร ดังนั้น แม้ผู้เยาว์จะเต็มใจไปด้วย การพรางผู้เยาว์ไปเพื่อการรอนาจารหรือเพื่อหาทำไรก็ยังคงเป็นความผิด เพราะกระทบต่อสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม และดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายของมาตรา 319

#### 4.2 วิเคราะห์ปัญหาความไม่สอดคล้องในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญานพรากเด็กและพรางผู้เยาว์ตามคำพิพากษาศาลฎีกากับแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย

4.2.1 ปัญหาการตีความการมีอยู่ของสิทธิในการการศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

ความผิดฐาน พรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์นั้นต่างมีองค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญาอันหนึ่งซึ่งผู้กระทำความผิดต้องกระทำจึงจะเป็นความผิด คือ การพรางเด็กหรือผู้เยาว์แล้วแต่กรณี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยเจตนา

การพรางเด็กหรือผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้ การพราง<sup>183</sup> นั้น เป็นการแยกเด็กหรือผู้เยาว์ออกจากความปกครองดูแล โดยไม่จำกัดวิธีการในการกระทำ แม้มิได้ใช้กำลังหรือหลอกลวงก็ตาม หรือแม้เด็กหรือผู้เยาว์มิได้อยู่กับบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลก็อาจเป็นการพรางได้

ดังนั้น ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์สิ่งแรกที่ต้องพิจารณา คือ ขณะกระทำความผิด บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ยังมีสิทธิในการปกครองดูแลหรือยังใช้อำนาจปกครองดูแลหรือไม่ เพราะหากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่ใช้อำนาจปกครองดูแลแล้ว การกระทำของผู้กระทำจะไม่เป็นการพราง เพราะมิได้มีการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องนี้

<sup>183</sup> ความหมายของคำว่า พราง ในบทที่ 2

การพิจารณาว่า ขณะกระทำ เด็กหรือผู้เยาว์แล้วแต่กรณี อยู่ในอำนาจปกครองดูแลของ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลหรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ให้การอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือยังคงติดตามเอาใจใส่ความเป็นอยู่ของเด็กหรือผู้เยาว์ กรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องอยู่ห่างโดยระยะทางหรือไม่ หากมีการกระทำที่ละเมิดสิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแล แล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการพรากในความหมายของกฎหมาย

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในการพิจารณาว่า ขณะกระทำ เด็กหรือผู้เยาว์แล้วแต่กรณี อยู่ในอำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลหรือไม่ นั้น

#### 1) กรณีเด็กพลัดหลง

กรณีเด็กพลัดหลงนั้น เมื่อพิจารณาตามแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว หากบิดามารดาหรือผู้ดูแลยังไม่สละสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล เช่น เป็นการพลัดหลง ในระยะเวลาไม่นาน ยังคงติดตามหาตัวเด็กอยู่ การเอาตัวเด็กไว้ต้องถือว่าเป็นการพรากเด็กในความหมายของกฎหมาย<sup>184</sup> ส่วนการพรากดังกล่าว หากเป็นการพรากเด็ก ผู้กระทำจะกระทำโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่ นั้นก็ต้องพิจารณาเป็นประเด็นต่อไป

หากแต่คำพิพากษาศาลฎีกาในบางเรื่อง ผู้เขียนเห็นว่า ยังมีการตีความโดยยังมีได้นำ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์มาช่วยในการตีความ อาทิเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4063/2524<sup>185</sup> “ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องว่าจำเลยพรากเด็กไปจากบิดามารดาและนายจันทร์ผู้ดูแล โดยไม่มีเหตุอันสมควร ทางพิจารณาได้ความว่าเด็กพลัดมารดา การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการพรากเด็กจากบิดามารดา ส่วนที่ว่าพรากจากนายจันทร์ผู้ดูแลนั้น ได้ความว่านายจันทร์ ผู้ไปพบเด็กมีอาชีพขับซิวรถสามล้อรับจ้างอาศัยอยู่กับอาในกระท่อมหลังจวนผู้ว่าราชการจังหวัด บุตรภริยาอยู่บ้านเดิมที่จังหวัดอื่น นายจันทร์มิได้แจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือแจ้งให้บิดามารดาของเด็กทราบ ทั้งความเป็นอยู่ก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะรับเลี้ยงดูเด็กได้ น่าเชื่อว่า นายจันทร์มอบเด็กให้แก่จำเลยไปเพื่อหวังที่จะได้รับเงินเป็นค่าตอบแทน ฉะนั้น ที่นายจันทร์พาเด็กมาอยู่ที่บ้านก็เป็นทำนองสงเคราะห์ให้ที่อยู่กินเท่านั้น การที่นายจันทร์มีจดหมายไปถึงบิดามารดาเด็กตามจดหมายที่โจทก์อ้างก็เป็นเวลาหลังจากเด็กไปอยู่กับจำเลยแล้ว ทั้งปกปิดไม่แจ้งให้ทราบว่าเป็นเด็กอยู่กับจำเลยที่ใด ข้อเท็จจริงยังถือไม่ได้ว่าจำเลยได้พรากเด็กหญิงอีก ไปจากผู้ดูแลตามความหมายของมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญา”

<sup>184</sup> คณิต ฅ นคร, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 6*, น. 295.

<sup>185</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4063/2524,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562, จาก

กรณีตามคำพิพากษานี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่เด็กพลัดหลงไปจากบิดามารดา ซึ่งบิดามารดายังคงติดตามหาตัวเด็กอยู่ แสดงให้เห็นว่าบิดามารดายังคงใช้อำนาจปกครองอยู่ อำนาจปกครองของบิดามารดาจึงยังมีอยู่ บิดามารดายังไม่สละสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลเด็ก การเอาตัวเด็กไว้จึงเป็นการรบกวนสิทธิหรือแยกสิทธิของบิดามารดา เป็นการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็ก การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพรากในความหมายของกฎหมายแล้ว การที่คำพิพากษาของศาลวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นยังไม่มีพราก ผู้เขียนเห็นว่า ยังไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้วินิจฉัยตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่คุ้มครองอำนาจปกครองดูแลแล้ว การกระทำของจำเลยเป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองของบิดามารดาและเป็นกระทำไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317

## 2) กรณีเด็กหนีออกจากบ้าน

กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้านหรือออกมาเอง จะเกิดปัญหาว่าในขณะที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกมานั้น บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ยังคงมีสิทธิในการให้การศึกษา อบรมดูแลอยู่หรือไม่ เพราะหากยังคงมีสิทธิในการให้การศึกษา อบรมดูแลอยู่ เมื่อมีการพรากเกิดขึ้น การกระทำนั้นก็จะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย แต่ถ้าขณะนั้นบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิได้มีสิทธิในการให้การศึกษา อบรมดูแลต่อเด็กหรือผู้เยาว์อยู่ การกระทำนั้นย่อมมิได้กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ ซึ่งการที่เด็กหรือผู้เยาว์ออกมาจากบ้านเองนั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ทั้งตัดสินว่าไม่เป็นการพราก และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าเป็นการพราก ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าไม่เป็นการพราก<sup>186</sup> โดยให้เหตุผลว่า เด็กหรือผู้เยาว์สมัครใจออกมาด้วยตนเอง ออกมาจากความปกครองดูแลโดยเด็ดขาด แม้บิดามารดาติดตามอยู่ที่ไม่ถึงว่าอยู่ในความปกครองดูแล ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1911/2522<sup>187</sup> “ผู้เสียหายอายุ 15 ปี ได้เสียดกับจำเลยแล้วมีจดหมายชวนจำเลยไปอยู่ด้วยกันที่กรุงเทพฯ ๗ วันเกิดเหตุผู้เสียหายมาหาจำเลยแล้วผู้เสียหายกับจำเลยพากันไปอยู่กรุงเทพฯ ดังนี้ เป็นเรื่องผู้เสียหายสมัครใจไปจากบิดามารดาเอง จำเลยไม่ได้พรากผู้เสียหายไปเสียดจากบิดามารดา ไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319”

<sup>186</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1229/2510, 1819/2520, 1911/2522, 582/2527, 1806/2533, 949/2536, 2591/2540, 584/2542, 13041/2553, 4523/2554

<sup>187</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2522 ตอน 10, (ม.ป.ท. ม.ป.พ, 2522), น. 1577.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 582/2527<sup>188</sup> “ขณะชักชวนเด็กหญิงทั้งสามอายุไม่เกิน 13 ปี และเกิน 13 ปี ให้ไปกับจำเลย เด็กหญิงทั้งสามไม่ได้อยู่ในความปกครองดูแลของมารดาเสียแล้ว โดยนัดแนะกันหลบหนีมารดาออกจากบ้านเพื่อไปหางานทำ การกระทำของจำเลยจึงมิใช่เป็นการพรากรเด็กหญิงทั้งสามไปเสียจากบิดามารดา ไม่มีความผิดฐานพรากรผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 และมาตรา 318”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540<sup>189</sup> “การที่เด็กหนีออกจากบ้านมาเป็นเด็กเร่ร่อนและขอทานอยู่โดยไม่ยอมกลับบ้านอีก ย่อมแสดงว่าเด็กได้หนีไปจากความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยเด็ดขาดแล้ว แม้มารดาเด็กยังติดตามหาอยู่ที่ตาม ก็ไม่ถือว่าเด็กยังอยู่ในความปกครองดูแลของมารดาในขณะนั้นแต่อย่างใด”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 584/2542<sup>190</sup> “ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 อายุ 13 ปี เพื่อน่าเชื่อว่ามีความรู้สึกผิดชอบแล้ว ซึ่งก่อนเกิดเหตุเคยไปนอนค้างที่บ้านพี่สาวจำเลย เนื่องจากกลัวผู้เสียหายที่ 2 จึงไม่กล้ากลับบ้านหลังจากนั้น 3 ถึง 4 วัน ผู้เสียหายที่ 1 กลับไปบ้านแล้วกลับมาอยู่กับพี่สาวจำเลยและนอนค้างคืน ที่บ้านมารดาจำเลยอีกจนกระทั่งผู้เสียหายที่ 2 พาเจ้าพนักงานตำรวจไปจับจำเลยขณะผู้เสียหายที่ 1 กับจำเลยอยู่ภายในบ้าน น่าเชื่อว่าผู้เสียหายที่ 1 ไปพักอาศัยอยู่ที่บ้านพี่สาวจำเลยและบ้านมารดาจำเลยเอง หาใช่ถูกจำเลยหลอกลวง พาไปอยู่ด้วยกันไม่ แม้จะปรากฏว่าผู้เสียหายที่ 2 เคยไปตาม ผู้เสียหายที่ 1 กลับมาอยู่ที่บ้านและอยู่ในอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 แล้ว แต่ต่อมาผู้เสียหายที่ 1 ก็กลับไปอยู่กับจำเลยอีก ฟังไม่ได้ว่าจำเลยโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากรผู้เสียหายที่ 1 อายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากบิดาผู้ดูแล จำเลยไม่มีความผิดฐานพรากรผู้เยาว์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4523/2554<sup>191</sup> “คำว่า บิดาหรือผู้ดูแล ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 หมายรวมถึง บิดาหรือผู้ดูแลตามความเป็นจริงด้วย แม้จะเป็นบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

<sup>188</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2527 เล่ม 12, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2527), น. 39.

<sup>189</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

<sup>190</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2542 เล่ม 3, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2542), น. 88.

<sup>191</sup> เนติบัณฑิตสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำพุทธศักราช 2554 ตอนที่ 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2554), น. 127-128.

ตามกฎหมายดังกล่าว หากไม่ได้ใช้อำนาจปกครองดูแลผู้เยาว์ก็อาจสิ้นสุดได้ และความปกครองดูแลโดยพฤตินัยนั้นก็อาจสิ้นสุดลงได้เช่นกัน

ส. บิดาของผู้เสียหายได้แยกทางกับมารดาของผู้เสียหายและไปมีภริยาใหม่ ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูผู้เสียหายมานาน 7 ปีแล้ว และผู้เสียหายไปอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของ บ. ผู้เป็นยาย ผู้เสียหายจึงมิได้อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูและอำนาจปกครองดูแลของ ส. ผู้เป็นบิดาแล้ว ส่วน บ. แม้เป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูผู้เสียหายอยู่ก่อนเกิดเหตุ แต่ก่อนเกิดประมาณ 10 กว่าวัน ผู้เสียหายได้หลบหนีออกจากบ้าน บ. ไปอยู่กับ ค. ผู้เป็นพี่สาวและรับจ้างทำงานเป็นพนักงานเสิร์ฟที่ร้านอาหารไอเกะซึ่งอยู่ต่างอำเภอกัน ทั้ง บ. ก็ไม่ทราบว่าผู้เสียหายหลบหนีไปอยู่ที่ใดกับผู้ใดและติดตามหาไม่พบ ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายมีอายุ 15 ปีเศษแล้ว และเคยออกจากบ้านไปอยู่กินฉันทามิตรกับ ป. มาก่อน แสดงว่าผู้เสียหายโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีประสบการณ์ชีวิตไม่น้อย พฤติการณ์บ่งชี้ว่าผู้เสียหายสมัครใจหลบหนีออกจากบ้านเจตนาไปทำงานเลี้ยงชีพพึ่งตนเองโดยลำพังไม่ประสงค์จะพึ่งพาอาศัยอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูและในความดูแลของ บ. ผู้เป็นยายอีกต่อไป ผู้เสียหายจึงขาดจากความดูแลของ บ. ผู้เป็นยายแล้ว หากผู้เสียหายไปจากความดูแลของ บ. เพียงชั่วคราว ไม่ขาดจากอำนาจปกครองดูแลของ ส. ผู้เป็นบิดาและความดูแลของ บ. ผู้เป็นยายไม่ การกระทำของจำเลยทั้งสี่ถือไม่ได้ว่าเป็นการพรากผู้เสียหายไปจากความปกครองดูแลของบิดาและยายของผู้เสียหาย จึงไม่มีความผิดฐานร่วมกันพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าเป็นการพราก<sup>192</sup> ให้เหตุผลว่า แม้เด็กหรือผู้เยาว์จะหนีออกจากบ้านหรือสมัครใจออกไปเอง แต่ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา อำนาจปกครองมิได้สิ้นสุดลง การพาเด็กหรือผู้เยาว์ไป โดยบิดามารดามีได้อนุญาต จึงเป็นการพรากไปเสียจากความปกครองดูแล ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1514/2532 (ประชุมใหญ่)<sup>193</sup> “จำเลยที่ 1 กับพวกขับรถพาผู้เสียหายไปยังที่เปลี่ยวแล้วปลุกปล้ำจับหน้าอกและถอด เสื้อกางเกงผู้เสียหาย พอดีมีรถยนต์บรรทุกผ่านมา จำเลยที่ 1 จึงขับรถพาผู้เสียหายไปยังบ่อเลี้ยงปลาและดึง ตัว ผู้เสียหายลงมาจากรถ จำเลยที่ 1 กอดจูบ ผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 กระชากกางเกงของผู้เสียหายออก ผู้เสียหายดิ้น หลุดแล้วกระโดดลงไปในบ่อเลี้ยงปลา จำเลยที่ 1 ที่ 2 กับพวกพูดข่มขู่ว่าถ้า ไม่ขึ้นมาจะตามลงไปกดใ้ให้ตายบ้าง จะเอาไฟฟ้าช็อตบ้าง ทั้งมีพวกจำเลยบางคนถอด เสื้อกางเกงออกหมด บางคนเหลือแต่ กางเกงในเป็นเหตุ

<sup>192</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2518, 1087/2520, 1514/2532(ป), 6419/2537, 10228/2539, 8077/2542, 544/2543, 1266/2544, 9408/2544, 473/2547

<sup>193</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, *อ้าวแล้ว เจริญรรถที่ 170*, น. 6.



ให้ผู้เสียหายไม่กล้าขึ้น ต้อง ทนทรมานอยู่ในบ่อถึง 1 ชั่วโมง เศษ และที่ผู้เสียหายขึ้นจากบ่อก็เพราะ ถูก หลอกว่าพวกจำเลยไปหมดแล้ว ผู้เสียหายจึงขึ้นมาแล้วถูก จำเลยที่ 1 ที่ 2 กับพวกจับตัว ข่มขืน กระทำชำเราการกระทำของจำเลยที่ 1 ที่ 2 จึงเป็นความผิดฐาน พาหญิงไปเพื่อการอนาจารและฐาน หน่วงเหนี่ยวผู้อื่นให้ปราศจากเสรีภาพ การที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 หน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายไว้ก็เพื่อ มุ่งประสงค์ที่จะเอาตัว ผู้เสียหายไปข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่ง เป็นความประสงค์มาตั้งแต่แรกแล้ว การกระทำดังกล่าวจึงต่อเนื่องกันตลอดมาโดย ไม่ขาดตอน การกระทำของจำเลยที่ 1 ที่ 2 จึงเป็น การกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลายบท แม้จะ ได้ความว่าผู้เสียหายออกจากบ้าน ไปอยู่ที่อื่น แต่มารดาก็ยังให้สร้อยทองคำ ถือได้ว่ามารดาขังอุปการะเลี้ยงดูผู้เสียหายอยู่การที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 พา ผู้เสียหายไปกระทำอนาจารโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมถือได้ว่าเป็นการล่วงอำนาจปกครองของบิดา มารดาจึงเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6419/2537<sup>194</sup> “การที่เด็กหญิง ข. หลบหนีออกจากบ้าน เพียงไปดูภาพยนตร์ซึ่งไม่ห่างไกลจากบ้านที่อยู่ เมื่อภาพยนตร์เลิกแล้วก็คงกลับบ้านหากไม่ถูกจำเลย พาไป อำนาจในการปกครองดูแลของ จ. หาได้สิ้นสุดลงไม่การที่จำเลยพาเด็กหญิง ข. ไปอยู่ที่อื่น หลายวันถือได้ว่าเป็นการพรากเด็กหญิง ข. ออกจาก จ. โดยปราศจากเหตุอันสมควร ระหว่างที่พา เด็กหญิง ข. ไปพักในที่ต่าง ๆ จำเลยได้กระทำชำเราเด็กหญิง ข. อันเป็นการกระทำอนาจารด้วย แม้ ขณะเกิดเหตุเด็กหญิง ข. จะมีอายุ 13 ปี แต่เด็กหญิง ข. มีรูปร่างสมบูรณ์กว่าเด็กปกติทั่วไปจนจำเลย สำคัญผิดว่ามีอายุ 17 ปี จำเลยยอมได้รับประโยชน์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่ออนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 วรรคแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10228/2539<sup>195</sup> “ผู้เสียหายออกจากบ้าน โดยหลบหนีมารดาแล้ว ไปกับจำเลย ข. และป. เอง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากมารดาผู้เสียหายขณะเกิดเหตุมีอายุเพียง 13 ปีเศษ อยู่ในอำนาจปกครองของมารดาการที่จำเลยกับ ข. และป. ได้พาผู้เสียหายไปโดยมารดา ผู้เสียหายมิได้ยินยอมด้วยนั้นย่อมเป็นการล่วงอำนาจปกครองของมารดาผู้เสียหายแม้ผู้เสียหายจะ สมควรใจยินยอมไปกับจำเลยและพวกก็ถือไม่ได้ว่าได้รับความยินยอมเห็นชอบจากมารดาผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยกับพวกดังกล่าวจึงเป็นการพรากผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจาก มารดาแล้ว ทั้งเมื่อจำเลยและ ข. ได้หลบหนีออกจากบ้านงานไปก่อนโดยไม่นำผู้เสียหายกลับบ้าน ประกอบกับบ้านงานมีการเลี้ยงสุราและคอกว้างซึ่งเป็นสาธารณะทั้งบ้านงานก็ไม่มีผู้หญิงมีแต่พวก ของจำเลยซึ่งเป็นชายทั้งหมดดังนั้นการที่จำเลยกับพวกได้ร่วมกันพรากผู้เสียหายไปจึงถือได้ว่าเป็น

<sup>194</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 106*, น. 276.

<sup>195</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10228/2539,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562, จาก

การกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคหนึ่งประกอบมาตรา 83”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8077/2542<sup>196</sup> “นางสาว ส. ผู้เสียหายอายุ 15 ปีเศษ เป็นบุตรและ อยู่ในความปกครองของ ล. มารดา แม้ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายได้หนีออกจากบ้านเพราะทะเลาะกับ ล. ผู้เป็นมารดาก็ตาม ก็ไม่ทำให้อำนาจปกครองของ ล. ที่มีอยู่หมดไปการที่จำเลยได้กอดจูบและ กระทำชำเราผู้เสียหายขณะที่จำเลยพาผู้เสียหายไปพักที่โรงแรมและที่บ้านญาติจำเลย อันเป็นการ กระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อผู้เสียหาย เป็นการล่วงล้ำและกระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครอง ของมารดาผู้เสียหาย จึงเป็นการพรากผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์ไปเสียจากมารดาผู้เสียหายเพื่อการ อนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 วรรคหนึ่ง”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 544/2543<sup>197</sup> “ผู้เสียหายหลบหนีออกจากบ้านมาอยู่กับจำเลยโดย ไม่ได้รับอนุญาตจากบิดา แต่ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายมีอายุเพียง 13 ปีเศษ อยู่ในอำนาจปกครองของ บิดา จำเลยได้พาผู้เสียหายไปตามห้องอาหารต่าง ๆ โดยบิดาผู้เสียหายมิได้ยินยอมด้วยเป็นการล่วง อำนาจปกครองของบิดาผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจยินยอมไปกับจำเลยก็ถือไม่ได้ว่าได้รับความ ยินยอมเห็นชอบจากบิดาการกระทำของจำเลยจึงเป็นการพรากผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดาแล้ว ทั้งการเดินโชว์ชุดว่ายน้ำของเด็กหรือการต้องยอมให้แขกผู้ชายที่มาเที่ยว จับ หน้าอกในห้องอาหารต่าง ๆ ถือได้ว่าเป็นการพรากเด็กไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อหา กำไรหรือเพื่อการอนาจาร”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1266/2544<sup>198</sup> “เด็กหญิง อ. ผู้เสียหายอายุไม่เกินสิบห้าปี อาศัยอยู่ กับมารดาจนปี 2537 ผู้เสียหายทะเลาะกับมารดาจึงออกจากบ้าน ไปทำงานที่ร้านอาหาร ช้างบ้าน จากนั้นผู้เสียหายมีสามีโดยอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา แต่ก็มีได้ทำการสมรสโดยชอบ ด้วยกฎหมาย ผู้เสียหายจึงยังไม่บรรลุนิติภาวะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 20 และ ยังคงอยู่ใต้อำนาจปกครองของมารดา เมื่อจำเลยที่ 3 พาผู้เสียหายไปพบจำเลยที่ 1 และที่ 2 เพื่อพา ผู้เสียหายไปค้าประเวณี การกระทำของจำเลยที่ 3 จึงเป็นการพรากผู้เสียหายไปเสียจากมารดาโดย ปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร”

<sup>196</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8077/2542,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

<sup>197</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2543 เล่ม 3, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2543), น. 14.

<sup>198</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2544 เล่ม 8, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2544), น. 1.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 473/2547<sup>199</sup> “จำเลยรับ ศ. ผู้เยาว์มาจากในตัวเมืองเพชรบุรีแล้วพาไปที่ห้องพักของจำเลย จากนั้นจำเลยได้ร่วมประเวณีกับ ศ. แม้ว่า ศ. ออกจากบ้านเองโดยจำเลยไม่ได้เป็นผู้ชักนำ แต่เมื่อจำเลยพบ ศ. ในบริเวณตลาดอำเภอเมืองเพชรบุรีแล้วพาไปค้างคืนที่ห้องพักของจำเลยโดย ศ. ยินยอมแต่ผู้เสียหายซึ่งเป็นมารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง ศ. ไม่ได้ยินยอมอนุญาต ย่อมเป็นการพราก ศ. ไปจากอำนาจปกครองของผู้เสียหาย จำเลยร่วมประเวณีกับ ศ. โดยไม่ได้ประสงค์รับเป็นภริยา พฤติกรรมของจำเลยเป็นพฤติกรรมที่ไม่สมควรในทางเพศตามครรลองครองธรรม ถือเป็นการกระทำเพื่อการอนาจาร การกระทำของจำเลยเข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 วรรคแรก เป็นความผิดอาญาฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร”

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นได้ว่า กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้านไปนั้น ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้ทั้งกรณีที่ถือว่าเป็นการพรากและกรณีที่ถือว่าเป็นการพรากการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยแตกต่างกันเช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้ ผู้เขียนจะขอยกคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับข้างต้นมาวิเคราะห์เหตุผลประกอบคำพิพากษานั้น โดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการตีความ

กรณี เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้านนั้น หากวิเคราะห์ถึงเหตุผลประกอบคำพิพากษาในกรณีที่ตัดสินว่าไม่เป็นพราก เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540 ที่ให้เหตุผลว่า “การที่เด็กหนีออกจากบ้านมาเป็นเด็กเร่ร่อนและขอทานอยู่โดยไม่ยอมกลับบ้านอีก ย่อมแสดงว่าเด็กได้หนีไปจากความปกครองดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยเด็ดขาดแล้ว แม้มารดาเด็กยังติดตามหาอยู่ก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเด็กยังอยู่ในความปกครองดูแลของมารดาในขณะนั้นแต่อย่างใด” แต่หากได้พิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ คือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ที่มุ่งหมายต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองแล้ว การที่มารดายังติดตามหาเด็กอยู่เป็นแสดงให้เห็นชัดเจนถึงการใช้อำนาจปกครอง และอำนาจปกครองของบิดามารดานั้นเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดมาให้แก่บุคคลที่มีฐานะเป็นบิดามารดาเพื่อทำหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่บุตร จะสิ้นสุดไปเฉพาะตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเท่านั้น ระหว่างที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้านไปก็ยังคงถือว่าเด็กหรือผู้เยาว์นั้นอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา เพราะตามเจตนาของกฎหมายต้องการให้เด็กหรือผู้เยาว์อยู่ในความปกครอง โดยจะต้องมีบิดามารดาหรือ ผู้ปกครอง เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือมีผู้ดูแล เป็นผู้ปกครองดูแล และความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์นั้นหมายถึง การพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแล เป็นการกระทำต่อสิทธิในการให้

<sup>199</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2547 เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2547), น. 113.

การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล จึงต้องพิจารณาความรู้สึกรักของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเป็นสำคัญ ไม่ใช่พิจารณาจากความรู้สึกของเด็กหรือผู้เยาว์ที่หนีไป หรือ เหตุผลตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4523/2554 ที่ให้เหตุผลว่า “...แม้จะเป็นบิดามารดาหรือผู้ปกครอง ตามกฎหมายดังกล่าว หากไม่ได้ใช้อำนาจปกครองดูแลผู้เยาว์ก็อาจสิ้นสุดได้ และความปกครองดูแลโดยพฤตินัยนั้นก็อาจสิ้นสุดลงได้เช่นกัน บิดาของผู้เยาว์ได้แยกทางกับมารดาและไปมีภริยาใหม่ ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์มานาน 7 ปีแล้ว และผู้เยาว์อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของผู้เป็นยาย ผู้เยาว์จึงมิได้อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูและอำนาจปกครองดูแลของบิดาแล้ว ส่วนยายแม้เป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์อยู่ก่อนเกิดเหตุ แต่ก่อนเกิดประมาณ 10 กว่าวัน ผู้เยาว์ได้หลบหนีออกจากบ้านไปอยู่กับพี่สาว โดยยายไม่ทราบว่าผู้เยาว์หลบหนีไปอยู่ที่ใดกับผู้ใดและติดตามหาไม่พบ...” ตามฎีกาฉบับนี้ หากตีความว่า อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองตามกฎหมายสามารถ สิ้นสุดลงได้ หากบิดามารดาผู้ปกครองมิได้ใช้อำนาจปกครองดูแล การตีความเช่นนี้อาจขัดต่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้อำนาจปกครองสิ้นสุดเฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมาย กำหนดเท่านั้น ซึ่งไม่รวมถึงการมิได้ใช้อำนาจปกครองแต่อย่างใด ส่วนความปกครองดูแลโดยพฤตินัย นั้นเห็นว่า สิทธิในการศึกษาอบรมดูแลจะสิ้นสุดไปโดยพฤตินัยเฉพาะแต่กรณีของผู้ดูแลละสิทธิ ดังกล่าวเท่านั้น แต่ข้อเท็จจริงตามฎีกายังปรากฏว่า ยาย ซึ่งมีฐานะเป็นผู้ดูแลโดยพฤตินัยยังคง ติดตามหาผู้เยาว์ อันเป็นแสดงถึงการใช้สิทธิอบรมดูแลอยู่ แม้จะหาผู้เยาว์ไม่พบก็ตาม

การที่ศาลตีความกรณีเด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้านเป็นการหนีไปจากความปกครองดูแลโดยเด็ดขาด ทำให้อำนาจปกครองของบิดามารดาสิ้นสุด แม้ว่าบิดามารดาจะยังติดตามหาตัว เด็กและผู้เยาว์อยู่ก็ตาม เป็นกรณีที่ศาลตีความเรื่องความปกครองดูแลตามลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัด โดยพิจารณาแต่เพียงเจตนาของเด็กและผู้เยาว์ที่ประสงค์ไปจากความปกครองดูแล แต่การตีความ ดังกล่าวไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และไม่สอดคล้องกับความสิ้นสุดของอำนาจปกครอง และความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะหากพิจารณาถึงการตีความอย่างเป็นระบบของกฎหมายและคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว จึงควรต้องคำนึงถึงการสิ้นสุดของอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย เมื่อความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์มุ่งหมายต้องการคุ้มครองสิทธิในการศึกษาอบรมและดูแลเป็นสำคัญ ซึ่งการไม่ได้ใช้อำนาจปกครอง หรือการที่เด็กผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแลมิใช่เหตุที่ทำให้อำนาจปกครองของบิดามารดาสิ้นสุดลงตามกฎหมาย และการติดตามหาเด็กก็เป็นสิ่งที่แสดงถึงการใช้อำนาจปกครองอย่างชัดเจน ระหว่างที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้าน ไปจึงต้องถือว่าเด็กหรือผู้เยาว์นั้นยังอยู่ภายใต้สิทธิในการศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ดังนั้น หากตีความโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายของ

ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์และความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการเป็นระบบของกฎหมายแล้ว การกระทำตามคำพิพากษาทั้งสองฎีกาย่อมเป็นการพรากเด็กไปจากความปกครองดูแลแล้ว

การตีความว่า ขณะเด็กหรือผู้เยาว์หลบหนีออกจากบ้าน หากบิดามารดา ผู้ปกครอง ยังเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองอยู่ หรือผู้ดูแลยังมีพฤติการณ์ปกครองดูแลอยู่ เช่น มีการอุปการะเลี้ยงดู, ยังมีการติดตามหาตัวเด็กหรือผู้เยาว์อยู่ อำนาจปกครองดูแลมิได้สิ้นสุดลง จึงเป็นการตีความที่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ หากมีผู้พรากเด็กหรือผู้เยาว์นั้นไป โดยมีได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล การกระทำนั้นย่อมเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์แล้ว ดังที่ได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8077/2542 ซึ่งเหตุผลว่า “...แม้ขณะเกิดเหตุผู้เยาว์ได้หนีออกจากบ้านเพราะทะเลาะกับมารดาที่ตามก็ไม่ทำให้อำนาจปกครองของมารดาที่มีอยู่หมดไป...”, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1266/2544 ให้เหตุผลว่า “...เด็กหญิงทะเลาะกับมารดาจึงออกจากบ้าน แม่ต่อมาเด็กได้อยู่กินฉันสามีภริยา แต่มิได้ทำกรรมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงยังไม่บรรลุนิติภาวะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 และยังคงอยู่ใ้อำนาจปกครองของมารดา...” หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 544/2543 ให้เหตุผลว่า “...เด็กหลบหนีออกจากบ้านมาอยู่กับจำเลยโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบิดา ซึ่งขณะเกิดเหตุผู้เสียหายมีอายุเพียง 13 ปีเศษอยู่ในอำนาจปกครองของบิดา...”

### 3) กรณีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไล่เด็กออกจากบ้าน

กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบ้าน เนื่องจากถูกบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไล่แล้วไล่ออกจากบ้าน คำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่าไม่เป็นการพราก โดยให้เหตุผลประกอบ คำวินิจฉัยว่า จะเป็นการพรากได้ ผู้เยาว์ต้องอยู่ในความปกครองดูแลของผู้หนึ่งผู้ใดขณะที่พราก ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 639/2511<sup>200</sup> “แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพว่า จำเลยได้พรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร แต่เมื่อเด็กหญิงเกี่ยวได้ยื่นคำร้องขึ้นมาว่าเหตุเกิดเนื่องจากถูกบิดาเลี้ยงดูค่าและตีไล่ให้ออกจากบ้าน จึงไปอาศัยจำเลยซึ่งเป็นคนรู้จักชอบพอกันมาก่อน จำเลยทั้งสองก็ได้ให้ความอุปการะตลอดมา ดังนี้ จำเลยทั้งสองไม่ได้พรากเด็กหญิงเกี่ยว”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2155/2514<sup>201</sup> “การพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล นั้นหมายความว่า พาไป หรือ แยกผู้เยาว์ออกจากความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ที่จะมีการพรากได้อยู่ที่ผู้เยาว์ต้องอยู่ในความปกครองดูแลของผู้หนึ่งผู้ใดของบุคคลดังกล่าวแล้วในขณะที่พราก แต่ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้มีว่า ผู้เยาว์ได้ถูกมารดาตีและไล่ออกจากบ้าน

<sup>200</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2511 ตอน 7, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2511), น. 1068.

<sup>201</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2514 ตอน 4, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2514), น. 1917.

ผู้เยาว์จึงหนีออกจากบ้านมา เมื่อผู้เยาว์ได้พบกับจำเลย จำเลยได้ถามถึงที่อยู่ผู้เยาว์ก็ไม่ยอมบอก จำเลยจึงได้พาผู้เยาว์ไปฝากไว้กับพี่สาวของจำเลยการกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงไม่เป็นการพรากผู้เยาว์ไปเสียจากผู้ปกครอง”

กรณีนี้หากพิจารณาโดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือ จะมีประเด็นในการพิจารณาว่า การที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไล่เด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบ้าน บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลยังมีสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลอยู่หรือไม่ หากยังมีสิทธิดังกล่าว การกระทำใดที่เป็นการรบกวน ล่วงละเมิด หรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลย่อมเป็นการทำร้ายต่อคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้

ปัญหาว่าสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลจะสิ้นสุดลงเมื่อใด และสามารถสละสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลได้หรือไม่นั้น อาจพิจารณาจากความสิ้นสุดของอำนาจปกครองและความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่ออำนาจปกครองของบิดามารดาเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดมาให้แก่บุคคลที่มีฐานะเป็นบิดามารดาเพื่อทำหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่บุตร อำนาจดังกล่าวจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>202</sup> และไม่อาจลาออกได้ เพราะเป็นสิ่งที่ได้มาโดยผลของกฎหมาย มิใช่โดยการแต่งตั้งจากศาลจึงต่างจากความปกครองที่อาจลาออกได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากศาล (มาตรา 1598/7 (2))<sup>203</sup> การที่อำนาจปกครองเป็นเรื่องเฉพาะตัวโดยแท้ บิดาหรือมารดาจึงไม่อาจมอบให้ผู้อื่นเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแทนตนโดยการเปลี่ยนตัวผู้ใช้อำนาจปกครองและโอนอำนาจปกครองบุตรไปทั้งหมด<sup>204</sup> อำนาจปกครองของบิดามารดาจึงสิ้นสุดลงได้เฉพาะกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเท่านั้น อาจมีเหตุมาจากฝ่ายผู้ใช้อำนาจปกครองหรือฝ่ายผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองก็ได้ กรณีที่อำนาจปกครองสิ้นไปโดยฝ่ายผู้ใช้อำนาจปกครอง คือ

1. โดยผลของมาตรา 1566 ที่ให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาตาม (1) – (6)
2. โดยความตกลงของบิดามารดา ในกรณีที่ได้หย่าโดยความยินยอม ถ้าตกลงกันไม่ได้ ศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดให้ผู้ใช้อำนาจปกครอง (มาตรา 1520 วรรคหนึ่ง)

<sup>202</sup> ไพโรจน์ กัมพูศิริ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 436-437.

<sup>203</sup> ชาดิชชา อัครวิบูลย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31*, น. 602-603.

<sup>204</sup> ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น. 680-681.

3. ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา มีผลทำให้อีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถใช้อำนาจปกครองได้ อันเป็นกรณีของการหย่าโดยการยินยอม (มาตรา 1520 วรรคหนึ่ง) หรือหย่าโดยคำพิพากษาของศาล (มาตรา 1520 วรรคสอง) มาตรา 1521 มาตรา 1549 มาตรา 1551

4. โดยเหตุที่ศาลสั่งถอนอำนาจปกครอง (มาตรา 1579, 1582)

5. เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองตาย

กรณีที่อำนาจปกครองสิ้นไปโดยฝ่ายผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง

1. เมื่อผู้อยู่ใต้ปกครองบรรลุนิติภาวะ (มาตรา 1566 วรรคหนึ่ง และมาตรา 1578) ย่อมทำกิจการใด ๆ ได้ด้วยตนเอง เนื่องจากมีความสามารถเต็มที่ จึงไม่จำเป็นต้องมีผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองกระทำการแทนอีกต่อไป

2. เมื่อผู้อยู่ใต้ปกครองตาย อำนาจปกครองย่อมสิ้นสุด เพราะไม่มีผู้ใต้อำนาจปกครองอีกต่อไป

3. เมื่อผู้อยู่ใต้ปกครองไปเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น บิดามารดาข่อมหมดอำนาจปกครองนับแต่เวลาที่ผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรม (มาตรา 1598/28) โดยผู้รับบุตรบุญธรรมจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแทนบิดามารดา

กรณีความปกครองนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้สิ้นสุดลงเมื่อผู้อยู่ในปกครองตายหรือบรรลุนิติภาวะ ตามมาตรา 1598/6 และความเป็นผู้ปกครองสิ้นสุดลงตามมาตรา 1598/7 เมื่อผู้ปกครอง (1) ตาย (2) ลาออกโดยได้รับอนุญาตจากศาล (3) เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ (4) เป็นบุคคลล้มละลาย (5) ถูกถอนโดยคำสั่งศาล

นอกจากนี้อำนาจปกครองของบิดามารดานั้นเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นจากความเป็นบิดามารดา สาละสำคัญของสิทธิตามธรรมชาติมีแนวคิดที่มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าว ได้แก่ ทรัพย์สิทธิ สิทธิในร่างกาย และความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้และผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้ โดยมีแนวความคิดมาจากกฎหมายธรรมชาติ อริสโตเติล นักปรัชญาชาวกรีกโบราณ ได้อธิบายกฎหมายธรรมชาติว่า กฎหมายที่ใช้ในบ้านเมืองนั้นสามารถแบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายธรรมชาติ และกฎหมายบัญญัติขึ้น ซึ่งกฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายไม่ขึ้นอยู่กับความปรารถนาหรือเจตน์จำนงของผู้ใด มิใช่กันอยู่ทั่วไป ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติขึ้นมารองรับ และเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับกมลสันดานมนุษย์จึงเป็นความเที่ยงธรรมตามธรรมชาติ<sup>205</sup> เช่น ห้ามฆ่ากัน ห้ามทำร้ายกัน อริสโตเติลเห็นว่า การมีครอบครัวเป็นธรรมชาติของมนุษย์และครอบครัวเป็น

<sup>205</sup> พิธีชัย ไชยแสงสุขกุล, นิติปรัชญา ภาค 1 เล่มที่ 1 ว่าด้วยทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสามเจริญพานิช, 2539), น. 17-18.

อุ้อบรมบ่มเพาะความเป็นมนุษย์<sup>206</sup> สิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลบุตรจึงเป็นส่วนหนึ่งของ สิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจโอนให้แกกันได้และผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้ บิดามารดาจึงไม่อาจสละ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลได้

เมื่ออำนาจปกครองและความปกครองสิ้นสุดลงตามที่กฎหมายแห่งและพาณิชย์กำหนด เท่านั้น และไม่อาจสละสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลได้ ดังนั้น หากนำเอาคุณธรรมทางกฎหมาย ไปใช้ในการตีความการพินาศตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 639/2511 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2155/2514 การที่บิดามารดาไล่เด็กออกจากบ้าน บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลยังไม่สละสิทธิที่จะ ให้การศึกษาอบรมดูแล การเอาตัวเด็กและผู้เยาว์ไว้ต้องถือว่าเป็นการพินาศเด็กและพินาศผู้เยาว์ใน ความหมายของกฎหมาย<sup>207</sup> ส่วนจะเป็นการพินาศโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่นั้น เมื่อข้อเท็จจริงตาม คำพิพากษาศาลฎีกา 639/2511 ได้ความว่า จำเลยทั้งสองให้ความอุปการะตลอดมา การพินาศของ จำเลยในคดีนี้จึงเป็นการกระทำในทางที่ดีอยู่นอกปทัศสถานของความผิดพินาศเด็ก เมื่อมีเหตุอัน สมควร การกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงถือไม่ได้ว่าเป็นการพินาศเด็กโดยปราศจากเหตุอันสมควร หรือข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกา 2155/2514 ที่ได้ความว่า เมื่อผู้เยาว์ได้พบกับจำเลย จำเลยได้ ถามถึงที่อยู่ผู้เยาว์ก็ไม่ยอมบอก จำเลยจึงได้พาผู้เยาว์ไปฝากไว้กับพี่สาวของจำเลย เมื่อผู้เยาว์เต็มใจ ไปกับจำเลยและไม่ปรากฏว่าจำเลยพินาศเพื่อการรอนาจารหรือหากำไร การกระทำของจำเลยจึงไม่ เป็นความผิดฐานพินาศผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามมาตรา 319 วรรคแรก แต่มิใช่ไม่ เป็นความผิดเพราะเด็กและผู้เยาว์ไม่ได้อยู่ในความปกครองดูแลของผู้หนึ่งผู้ใดขณะที่พินาศแต่อย่างใด

#### 4.2.2 ปัญหาการตีความการกระทำโดยพินาศ

สังคมไทยในปัจจุบันมีเปลี่ยนแปลงไปจากสังคมในอดีตมาก รวมถึงความเปลี่ยนแปลง ของครอบครัวไทย ครอบครัวในอดีตเป็นครอบครัวขนาดใหญ่ที่มีทั้งบิดามารดา ปู่ย่า ตายาย ลุงป้า น้ำอา อาศัยอยู่ร่วมกัน การมีสมาชิกในครอบครัวพร้อมหน้า ทำให้ครอบครัวมีความใกล้ชิดสนิท สนมกัน บิดามารดามีเวลาในการอบรม สั่งสอนเลี้ยงดูบุตร มีเวลาอยู่ด้วยกันอย่างพร้อมหน้าพร้อม ตา เต็มไปด้วยความรัก ความอบอุ่น เด็กหรือผู้เยาว์ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจด้วยตนเอง แต่เนื่องด้วยสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ส่งผลให้ครอบครัวปัจจุบันมีลักษณะเป็นครอบครัวเดี่ยว บิดา มารดาต้องทำงานหนักเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในครอบครัว ทำให้ไม่มีเวลาอบรมดูแลบุตร ขณะที่เด็ก หรือผู้เยาว์มีอิสระและมีเสรีภาพในการปกครองตนเองมากขึ้น มีการเปิดโอกาสให้บุตรผู้เยาว์ มีอิสระทางความคิดและการกระทำมากขึ้น พฤติกรรมทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปนี้ ทำให้เกิดแนว คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องของการพินาศเด็กหรือผู้เยาว์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากแนวคำพิพากษาเดิม

<sup>206</sup> สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2548), น. 79.

<sup>207</sup> คณิต ฅ นคร, อ่างแล้ว เจริญรรถที่ 6, น. 295.



1) การตีความคำว่า พรากโดยนำความอิสระในการออกจากสถานที่ของเด็กหรือผู้เยาว์ มาเป็นข้อพิจารณา

คำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องเห็นว่า การนำเด็กไปโดยที่เด็กมีอิสระหรือมีเสรีภาพที่จะออกไปจากสถานที่นั้นๆ ได้ ไม่ได้อยู่ในความควบคุมของผู้กระทำ การกระทำจึงไม่เป็นการตัดอำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3152/2543<sup>208</sup> “คำว่า พราก ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายว่า จากไป พาเอาไปเสียจาก แยกออกจากกันหรือเอาออกจากกัน ดังนั้น คำว่า "พราก" ในความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากมารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควร จึงหมายความว่า พาไปหรือแยกเด็กออกไปจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลของมารดาเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน

การที่จำเลยหญิงเด็กหญิง ส. เข้าไปในห้องโดยมิได้ใช้แรงจูงแล้วให้นั่งรออยู่คนเดียวประมาณ 20 นาที ระหว่างนั้นเด็กหญิง ส. สามารถที่จะกลับบ้านได้และเด็กหญิง ส. เคยไปนั่งเล่นในห้องนอนจำเลยบ่อย ๆ พฤติการณ์แห่งคดีมีลักษณะสอดคล้องให้เห็นว่า การที่เด็กหญิง ส. เข้าไปในห้องนอนจำเลยและอยู่ในห้องนอนจำเลยแต่เพียงผู้เดียวเป็นเวลานานนั้นเป็นไปด้วยความเต็มใจของเด็กหญิง ส. เนื่องจากเด็กหญิง ส. ชอบพอบ้างมากกว่าที่จะถูกชักชวนและจูงจากจำเลยเพราะเด็กหญิง ส. สามารถที่จะไม่ไปตามที่จำเลยจูงก็ได้เนื่องจากจำเลยมิได้ใช้กำลังและสามารถที่จะกลับบ้านตนเองได้ระหว่างที่อยู่คนเดียว เนื่องจากไม่มีอะไรมาขัดขวาง การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เข้าลักษณะพาไปหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลของมารดาเด็ก อันทำให้ความปกครองดูแลของมารดาเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน จึงไม่เป็นการพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7855/2549<sup>209</sup> “ฎีกาจำเลยกล่าวถึงข้อเท็จจริงมีใจความว่า ข้อเท็จจริงตามที่โจทก์นำสืบไม่อาจรับฟังได้ว่าจำเลยมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ซึ่งแม้ความผิดฐานดังกล่าวจะยุติตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 โดยต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงแต่เนื่องจากโจทก์นำสืบมีสาระตรงกันข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้เสียหายรู้จักกับจำเลยจากการแนะนำของนางสาว ศ. ซึ่งเป็นเพื่อนของผู้เสียหาย เพราะจำเลยต้องการร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย และในวันเกิดเหตุผู้เสียหายกับนางสาว ศ. พากันไปบ้านจำเลย โดยผู้เสียหายทราบแต่แรกแล้วว่าการไปบ้านจำเลยเพราะจำเลยประสงค์จะขอร่วมประเวณี เมื่อมีโอกาสอยู่ด้วยกันสองคนขณะนางสาว ศ. ขับรถจักรยานยนต์ออกจากบ้านจำเลยไป จำเลยบอกให้ผู้เสียหายถอดเสื้อผ้าผู้เสียหายก็ถอดเอง

<sup>208</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2543 เล่ม 5, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2543), น.186.

<sup>209</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2549 เล่ม 8, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549), น. 194.

หลังจากร่วมประเวณีแล้วผู้เสียหายก็ยอมรับเงินจากจำเลยโดยไม่ได้แสดงอาการปฏิเสธ และเมื่อนางสาว ศ. กลับมารับผู้เสียหาย จำเลยก็ไม่ได้ขัดขวาง ก่อปรกัษณะเกิดเหตุผู้เสียหายอายุ 14 ปี มีการศึกษาถึงระดับมัธยมและไม่ถึงกับไร้เดียงสา เพราะผู้เสียหายได้ยอมรับในการเบิกความตอบคำถามค้านว่า ผู้เสียหายเคยร่วมประเวณีกับชายอื่นมาก่อน แสดงว่า ขณะผู้เสียหายอยู่ที่บ้านจำเลยผู้เสียหายมีความอิสระในการเคลื่อนไหวไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการตัดอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้เสียหาย จึงไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ดังนั้น ศาลฎีกาย่อมมีอำนาจยกฟ้องโจทก์ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ได้ แม้ว่าความผิดฐานนี้จะต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงตาม ป.วิ.อ. มาตรา 185 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 215 และมาตรา 225 เพราะเป็นข้อเท็จจริงอันเดียวเกี่ยวพันกัน”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7855/2549 นี้ ท่านสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ได้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ว่า “ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์นั้น ความเห็นทางตำราเห็นว่า สิ่งที่ถูกหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ผู้เขียนหมายเหตุเองเห็นว่า สิ่งที่ถูกหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ นอกจากอำนาจปกครองของบิดามารดา ซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นหลักแล้วยังรวมถึงการคุ้มครองเด็กด้วย แม้ว่าจะเป็นสิ่งที่ถูกหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นลำดับรองลงมาก็ตาม เพราะการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่ควรที่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กด้วย ศาลฎีกาในคดีนี้ดูเหมือนจะเห็นไปในทำนองเดียวกันว่าในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ สิ่งที่ถูกหมายประสงค์จะคุ้มครองก็รวมถึงการคุ้มครองเด็กด้วย ดังนั้น จึงตัดสินใจในทำนองว่า เมื่อเด็กให้ความยินยอมแล้วจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ (แม้ว่าศาลฎีกาจะไม่ได้พูดไว้ชัดว่าเป็นเรื่องของความยินยอมของเด็ก แต่ถ้าพิจารณาจากเหตุผลในคำพิพากษาแล้วก็เห็นไปในทำนองดังกล่าวได้) ผู้เขียนหมายเหตุเห็นว่า ตามกฎหมายไทยความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไม่ได้เขียนชัดเหมือนเยอรมันในปัจจุบันที่ว่าเป็นการคุ้มครองเด็กด้วย ดังนั้น วัตถุประสงค์หลักจึงน่าจะเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา การคุ้มครองเด็กจึงเป็นแต่เพียงวัตถุประสงค์รอง การตีความของศาลฎีกาที่ตัดสินใจว่า หากเด็กยอมก็ไม่ผิดก็จะเป็นผลให้วัตถุประสงค์รองกลายเป็นวัตถุประสงค์หลัก และทำให้วัตถุประสงค์หลักเสียไป ครั้นจะบอกว่าการที่เด็กรู้และยอมดังกล่าวไม่ทำให้อำนาจปกครองเสียไปก็กระไรอยู่ เพราะถ้าพิจารณาถึงอำนาจปกครองที่บิดามารดามีตามกฎหมายนั้นก็มิใช่เพื่อประโยชน์สุขของเด็ก การที่เด็กยอมดังกล่าวจะถือว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กได้อย่างไร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13987/2557<sup>210</sup> “คำว่า “พราก” ในความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควร ตามประมวล

<sup>210</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2557 เล่ม 6, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2557),

กฎหมายอาญามาตรา 317 มีความหมายว่า พาไปหรือแยกเด็กออกจากอำนาจปกครองดูแล ทำให้  
 อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน  
 โดยบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กไม่รู้เห็นยินยอม อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครอง  
 ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก ไม่ว่าจะกระทำด้วยวิธีใด ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า  
 ระหว่างที่ผู้เสียหายที่ 1 (อายุ 8 ปีเศษ) กับพวกเดินผ่านบ้านจำเลยและเห็นจำเลยยืนอยู่ในบ้าน จึง  
 ชวนกันเข้าไปในบ้านจำเลยเพื่อขอเงิน โดยไม่ปรากฏว่า จำเลยได้นัดแนะหรือเรียกให้ผู้เสียหายที่ 1  
 กับพวกเข้าไปในบ้าน จำเลยเพียงฉวยโอกาสบอกให้ผู้เสียหายที่ 1 กับพวกถอดเสื้อผ้าและเดินอะ  
 โกโก้ในท่าทางยั่ววน แล้วภายหลังจำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 โดยที่จำเลยไม่ได้พา  
 ผู้เสียหายที่ 1 ไปยังสถานที่อื่น หลังจากนั้นผู้เสียหายที่ 1 กับพวกสวมใส่เสื้อผ้าแล้วพากันเดินออก  
 จากบ้านจำเลย โดยไม่ปรากฏว่าจำเลยได้หวังเหนี่ยวกักขังหรือกระทำการ  
 อื่นใดกับผู้เสียหายที่ 1 กับพวกอีก ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ขณะผู้เสียหายที่ 1 กับพวกอยู่ที่บ้านจำเลยนั้น  
 ผู้เสียหายที่ 1 กับพวกมีอิสระในการกระทำการใดก็ได้โดยไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย เห็นได้ว่า  
 จำเลยมีเจตนาที่จะมุ่งกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 เพียงอย่างเดียว โดยมีได้มีเจตนาจะล่วงละเมิด  
 อำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่  
 เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควร ตามประมวล  
 กฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคสาม”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559<sup>211</sup> “จำเลยพบผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน  
 สิบห้าปีในห้องน้ำของห้างสรรพสินค้า แล้วจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 กับถอดกางเกง  
 ผู้เสียหายที่ 1 ออกจากในห้องน้ำแยกแต่ละคนโดยจำเลยไม่ได้พาผู้เสียหายไปที่อื่น ยังไม่เข้าลักษณะ  
 พาหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลของผู้ปกครองเด็กอันทำให้ความปกครองดูแลของ  
 ผู้ปกครองเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนสิทธิ การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐาน  
 พรากเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากมารดาผู้ปกครองเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมาย  
 อาญามาตรา 317

จำเลยโทรศัพท์ให้ผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปพบที่ร้านค้าใน  
 ห้างสรรพสินค้า แต่ผู้เสียหายที่ 1 ยอมไปพบจำเลยเพราะตั้งใจจะไปลบคลิปีวีดีโอ แสดงว่า  
 ผู้เสียหายที่ 1 ไปพบจำเลยด้วยความเต็มใจของผู้เสียหายที่ 1 เอง ไม่ได้ไปตามคำชักชวนของจำเลย  
 ทั้งหลังจากที่ผู้เสียหายที่ 1 กับจำเลยพูดคุยกันแล้ว ผู้เสียหายที่ 1 ไปเข้าห้องน้ำโดยจำเลยไม่ได้

น. 217-218.

<sup>211</sup> เนติบัณฑิตสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2559 ตอนที่ 2, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2559),  
 น. 348-349.

หน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายที่ 1 ไว้ แสดงว่าผู้เสียหายที่ 1 มีอิสระที่จะไปไหนก็ได้ เมื่อผู้เสียหายที่ 1 ไปห้องน้ำ จำเลยเป็นฝ่ายที่ตามผู้เสียหายที่ 1 ไปเอง แม้จำเลยจะผลักผู้เสียหายที่ 1 เข้าห้องน้ำแยกแต่ละคนก็ตาม แต่การกระทำของจำเลยยังไม่เข้าลักษณะพาหรือแยกเด็กไปจากควบคุมดูแลของผู้ปกครองเด็กอันทำให้ความปกครองดูแลของผู้ปกครองเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนสิทธิ อันเป็นการพรากผู้เสียหายที่ 1 ไปเสียจากผู้เสียหายที่ 2 เพื่อการอนาจาร จำเลยไม่มีความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากมารดาผู้ปกครองเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317”

การวินิจฉัยเช่นนี้ แสดงให้เห็นว่า หลังจากผู้กระทำความเสียหายที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ไปนั้น การที่เด็กหรือผู้เยาว์มีอิสระที่จะออกจากสถานทีนั้น ๆ หรือไม่ได้อยู่ในความควบคุมของผู้กระทำ แสดงว่า เต็มใจที่จะไปกับผู้กระทำ กล่าวคือ เป็นกรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์ให้ความยินยอมนั่นเอง การที่ศาลตัดสินว่า การที่เด็กหรือผู้เยาว์มีอิสระหรือมีเสรีภาพที่จะออกไปจากสถานทีนั้น ๆ ได้ ไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงไม่ใช่การพรากเด็กนั้น เป็นการตีความที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิได้ตีความโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หากยึดการตีความเช่นนี้มาเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในคดีต่อไป อาจส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายได้

หากตีความ โดยคำนึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ในกรณีนี้ แม้เด็กหรือผู้เยาว์จะมีอิสระที่จะออกจากสถานทีนั้น ๆ หรือไม่ได้อยู่ในความควบคุมของผู้กระทำก็ตาม แต่เมื่อขณะเกิดเหตุเด็กหรือผู้เยาว์ยังอยู่ภายใต้สิทธิในการอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล การพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไป แม้จะได้รับความยินยอมจากเด็กหรือผู้เยาว์ก็ตามก็เป็น การกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว เพราะมาตรา 317 ถึงมาตรา 319 ประสงค์ที่จะลงโทษผู้ที่ละเมิดสิทธิในการอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อันเป็นวัตถุประสงค์หลักในการบัญญัติบทกฎหมายขึ้น มิใช่การคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์โดยตรง ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ระบุไว้ชัดเจนว่าการพรากเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควรย่อมเป็นความผิด ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เพราะเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ กฎหมายถือว่ายังไม่สามารถให้ความยินยอมโดยถูกต้องได้<sup>212</sup> จึงมิใช่กรณีที่น่าเอาความยินยอมของเด็กมาใช้พิจารณาได้ ดังนั้น แม้เด็กจะให้ความยินยอมกับผู้กระทำหรือไม่ก็ตามก็ไม่กระทบถึงสิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือ

<sup>212</sup> คณิต ฅ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น. 294.

ผู้ดูแล การนำเด็กหรือผู้เยาว์ไปเป็นการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายและเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ในความหมายของกฎหมายแล้ว เพราะไม่ปรากฏว่าบิดามารดาให้ความยินยอมในการกระทำ แต่ประการใด และหากพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองระหว่างความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังและความผิดฐานพรากเด็ก จะเห็นได้ว่าฐานความผิดทั้งสองฐานมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแตกต่างกัน ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง ประสงค์คุ้มครองเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ของบุคคล ในขณะที่ความผิดฐานพรากเด็กประสงค์คุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล การจะเป็นความผิดฐานพรากเด็กนั้นไม่จำเป็นว่า การกระทำที่เป็นการพรากเด็กนั้นต้องเข้าลักษณะของการหน่วงเหนี่ยวกักขัง แม้การกระทำจะไม่ใช่หน่วงเหนี่ยวกักขัง หากทำให้กระทบต่อสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของผู้บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ก็เป็นความผิดฐานพรากเด็กได้

ดังนั้น เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3152/2543 ว่า “...การที่เด็กหญิง ส. สามารถที่จะไม่ไปตามที่จำเลยจูงก็ได้เนื่องจากจำเลยมิได้ใช้กำลังและสามารถที่จะกลับบ้านตนเองได้ระหว่างที่อยู่คนเดียว เนื่องจากไม่มีอะไรมาขัดขวาง การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เข้าลักษณะพาไปหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลของมารดาเด็ก อันทำให้ความปกครองดูแลของมารดาเด็กถูกรบกวนหรือถูกกระทบกระเทือน...”, ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7855/2549 ว่า “ขณะผู้เสียหายอยู่ที่บ้านจำเลย ผู้เสียหายมีความอิสระในการเคลื่อนไหวไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการตัดอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้เสียหาย...” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13987/2557 “...ขณะผู้เสียหายที่ 1 กับพวกอยู่ที่บ้านจำเลยนั้นผู้เสียหายที่ 1 กับพวกมีอิสระในการกระทำการใดได้โดยไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย เห็นได้ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะมุ่งกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 เพียงอย่างเดียว โดยมีได้มีเจตนาจะล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2...” หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 “...ผู้เสียหายที่ 1 ไปเข้าห้องน้ำโดยจำเลยไม่ได้หน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายที่ 1 ไว้ แสดงว่าผู้เสียหายที่ 1 มีอิสระที่จะไปไหนก็ได้ เมื่อผู้เสียหายที่ 1 ไปห้องน้ำ จำเลยเป็นฝ่ายที่ตามผู้เสียหายที่ 1 ไปเอง แม้จำเลยจะผลักผู้เสียหายที่ 1 เข้าห้องน้ำแยกแต่ละคนก็ตาม แต่การกระทำของจำเลยยังไม่เข้าลักษณะพาไปหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลของผู้ปกครองเด็กอันทำให้ความปกครองดูแลของผู้ปกครองเด็กถูกรบกวนหรือถูกกระทบกระเทือนสิทธิ...” จึงเป็นการวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตามคุณธรรมของกฎหมายของความผิดฐานพรากเด็ก หากศาลได้วินิจฉัยโดยคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว การกระทำของจำเลยในแต่ละคดีย่อมเป็นการล่วงละเมิดและกระทบกระเทือนต่อสิทธิให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลแล้ว และเป็นความผิดความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควร

หากตีความคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายได้อย่างถูกต้องแล้ว แม้เด็กจะมีอิสระในการเคลื่อนไหวก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นกระทบต่อสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลย่อมเป็นการพรากเด็กไปจากความปกครองดูแลแล้ว ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 489/2561<sup>213</sup> “การกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม ไม่ต้องถึงขนาดเป็นการหน่วงเหนี่ยวกักขังทำให้เด็กปราศจากอิสระในการเคลื่อนไหว เพราะการกระทำเช่นนั้นจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพอีกต่างหาก “พราก” ตามพจนานุกรมมีความหมายว่า จากไป หรือแยกออกจากกัน ดังนั้น สาระสำคัญจึงอยู่ที่ว่า ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 2 ซึ่งเป็นเด็กยังอยู่ในอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 1 การที่จำเลยนัดแนะหรือแยกผู้เสียหายที่ 2 ไปยังที่ต่างๆ ในโรงเรียน จำเลยได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายที่ 1 หรือไม่ และมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ โดยบทกฎหมายดังกล่าวประสงค์ที่จะลงโทษผู้ที่ละเมิดอำนาจปกครองดูแลเด็กของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อันเป็นการคุ้มครองเด็กมิให้ถูกล่อลวงไปในทางเสียหาย ดังนั้น แม้หลังถูกกระทำชำเรา ผู้เสียหายที่ 2 มิได้ถูกจำเลยหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง มีอิสระในการเคลื่อนไหว และสามารถกลับไปเรียนตามปกติได้ ก็เป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 1 โดยปราศจากเหตุอันสมควร เพื่อการอนาจารแล้ว”

2) การตีความคำว่า พราก โดยนำเรื่องการแยกจากสถานที่มาเป็นข้อพิจารณา

ปัญหาการพิจารณากรณีแยกจากสถานที่เกิดขึ้นเมื่อที่อยู่ของผู้กระทำกับเด็กหรือผู้เยาว์อยู่บริเวณใกล้เคียงกัน ลักษณะบ้านใกล้เคียง อยู่ชอยเดียวกัน หรือกรณีเด็กหรือผู้เยาว์มักไปที่อยู่ของผู้กระทำเป็นประจำ เช่น ไปเล่นกับบุตรของผู้กระทำ ไปเรียนพิเศษ ไปทำการบ้าน เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า มีการวินิจฉัยผลของคำพิพากษาแตกต่างในข้อเท็จจริงที่คล้ายกันทั้งพิพากษาว่าเป็นการพรากและไม่เป็นการพราก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าไม่เป็นการกระทำโดยการพราก<sup>214</sup> ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่า การที่เด็กหรือผู้เยาว์มิได้แยกจากสถานที่อย่างชัดเจน กระทำในบริเวณบ้านที่เด็กไปประจำ มิได้พาผู้เสียหายไปยังสถานที่อื่นมิใช่การกระทำโดยพราก มิได้เป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์แล้วแต่กรณี คำพิพากษาที่ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยเช่นนี้ ได้แก่

<sup>213</sup> ศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 489/2561,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

<sup>214</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1102/2541, 12123/2554, 4948/2555, 1174/2558

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1102/2541<sup>215</sup> “ผู้เสียหายอายุ 9 ปี บ้านจำเลยกับบ้านผู้เสียหายอยู่ใกล้กัน ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายโดยสารรถของจำเลยไปและกลับจากโรงเรียนเป็นประจำทุกวัน เมื่อกลับจากโรงเรียนแล้วมีบ่อยครั้งที่ผู้เสียหายเล่นอยู่กับบุตรสาวจำเลยก่อนจะกลับบ้านหรือบางครั้งกลับมาถึงบ้านแล้วก็ไปเล่นกับบุตรสาวจำเลยที่บ้านจำเลย พฤติการณ์เช่นนี้ แม้ขณะที่ผู้เสียหายเล่นอยู่ที่บ้านจำเลยก็ถือว่าผู้เสียหายยังอยู่ในความปกครองดูแลของ ช. ผู้ปกครองของผู้เสียหายเองก็ตาม แต่การที่จำเลยเรียกผู้เสียหายให้เข้าไปในบ้านจำเลยแล้วพาไปข่มขืนกระทำชำเราในห้องนอนของจำเลย เมื่อเป็นการกระทำในบริเวณบ้านจำเลยนั่นเอง จำเลยมิได้พาผู้เสียหายไปยังสถานที่อื่น กรณีจึงถือไม่ได้ว่าจำเลยพรากรผู้เสียหายไปเสียจากความปกครองดูแลของ ช. การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานพรากรผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12123/2554<sup>216</sup> “ผู้เสียหายทั้งสองเป็นญาติกับจำเลย บ้านของผู้เสียหายที่ 1 และบ้านของจำเลยอยู่ติดกัน ผู้เสียหายที่ 2 พักอยู่อาศัยกับผู้เสียหายที่ 1 ได้ไปที่บ้านจำเลยเป็นประจำเพื่อให้บุตรของจำเลยสอนการบ้าน การที่จำเลยฉวยโอกาสที่ผู้เสียหายที่ 2 มาที่บ้านจำเลยเพื่อให้ ช. สอนการบ้านตามปกติ ในวันเกิดเหตุ เมื่อ ช. สอนการบ้านเสร็จแล้วจำเลยบอกให้ ช. ออกจากบ้าน จากนั้นจำเลยได้เรียกให้ผู้เสียหายที่ 2 เข้าไปในห้องแล้วพยายามกระทำชำเราและกระทำอนาจารผู้เสียหายที่ 2 เช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพรากรเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปจากบิดามารดา อันจะเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4948/2555<sup>217</sup> “จำเลยเพียงแต่พาผู้เสียหายที่ 1 ไปที่โรงครัวและห้องน้ำภายในวัดศรีบุญเรืองที่ผู้เสียหายที่ 1 เล่นชิงช้าอยู่เพื่อกระทำอนาจาร เมื่อจำเลยกระทำอนาจารผู้เสียหายที่ 1 แล้ว ส. มาเรียก จำเลยก็ปล่อยผู้เสียหายที่ 1 กลับไปโดยดี โดยมีได้มีการหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้เสียหายที่ 1 แต่อย่างไร การที่จะเป็นความผิดฐานพรากรเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อการอนาจาร จะต้องเป็นการพาไปหรือแยกเด็กออกไปจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลของบิดามารดาหรือผู้ปกครองเด็กถูกรบกวนหรือถูกรบกวนกระเทือน ซึ่งคำว่า "พรากร" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า จากไป พาเอาไปจาก แยกออกจากกัน หรือเอาออกจากกัน ดังนั้น การกระทำของจำเลยดังกล่าวยังไม่เข้าลักษณะพาหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลของผู้ปกครองเด็ก

<sup>215</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2541 เล่ม 3, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2541), น. 102.

<sup>216</sup> เนติบัณฑิตสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2554 ตอนที่ 12, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2554), น. 2488.

<sup>217</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2555 เล่ม 12, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2555), น. 30.

อันทำให้ความปกครองดูแลของผู้ปกครองเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนสิทธิ จึงไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม”

แต่ในคำพิพากษาบางเรื่อง<sup>218</sup>กลับพิจารณาว่า แม้สถานที่ที่จะอยู่ละแวกใกล้เคียงกัน ก็เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลให้ถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ไม่รู้เห็นยินยอม เป็นกระกระทำโดยการพรากแล้ว เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 22840-22841/2555<sup>219</sup> “คำว่า “พราก” ในความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 หมายความว่า พาไปหรือแยกเด็กออกไปจากอำนาจปกครองดูแลทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ไม่รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กจะไปอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่เด็กยอมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตลอดเวลา คดีนี้ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 และที่ 3 กำลังเล่นกับเพื่อนในซอยซึ่งเป็นที่ตั้งบ้านของผู้เสียหายที่ 1 และที่ 3 จำเลยได้กักมือเรียกผู้เสียหายที่ 1 และที่ 3 ไปที่บ้านจำเลยแล้วจำเลยได้กระทำอนาจารผู้เสียหายที่ 1 และที่ 3 ดังนี้ อำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 1 และที่ 3 จึงยังคงอยู่ที่ผู้เสียหายที่ 2 และที่ 4 การที่จำเลยชักชวนผู้เสียหายที่ 1 และที่ 3 โดยมีได้รับอนุญาตหรือยินยอมจากผู้เสียหายที่ 2 และที่ 4 ย่อมทำให้อำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 และที่ 4 ที่มีต่อผู้เสียหายที่ 1 และที่ 3 ถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยผู้เสียหายที่ 2 และที่ 4 ไม่รู้เห็นยินยอมด้วย การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล คดีปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3419/2559<sup>220</sup> “บ้านที่เกิดเหตุอยู่ห่างจากบ้านผู้เสียหายที่ 2 ประมาณ 30 เมตร ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 เล่นขายของอยู่กับเพื่อนในบริเวณนั้น จำเลยดึงแขนผู้เสียหายที่ 1 ขึ้นบ้านและข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ถือได้ว่าขณะนั้นผู้เสียหายที่ 1 ยังอยู่ในความปกครองและการดูแลของผู้เสียหายที่ 2 ผู้เป็นนาย การกระทำของจำเลยเป็นการแยกสิทธิใน

<sup>218</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 22840-22841/2555, 3419/2559

<sup>219</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2555 เล่ม 12, (ม.ป.ท. ม.ป.พ, 2555), น. 357.

<sup>220</sup> เนติบัณฑิตสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2559 ตอนที่ 3, (ม.ป.ท. ม.ป.พ, 2559),



การปกครองและดูแลผู้เสียหายที่ 1 ไปจากผู้เสียหายที่ 2 จึงเป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 317 วรรคสาม”

ปัญหาการพิจารณากรณีแยกจากสถานที่นี้ เป็นกรณีที่ศาลตีความคำว่าพรากแตกต่างกัน โดยมองว่าการที่เด็กและผู้เยาว์อยู่ที่บ้านหรือบริเวณบ้านของจำเลยอยู่แล้วเพียงแต่พาเด็กไปในห้องหรือห้องน้ำไม่อยู่ในความหมายของคำว่าพราก แต่คำพิพากษาอีกส่วนหนึ่งที่วินิจฉัยว่าไม่เป็นการพรากเห็นว่า การที่จำเลยพาเด็กและผู้เยาว์ออกไปจากที่ตั้งบ้านแม้จะเป็นบริเวณใกล้เคียงกันก็เป็น การพรากแล้ว จึงเป็นประเด็นปัญหาว่าการพรากจะเกิดขึ้นเมื่อใด ควรใช้เกณฑ์ใดมาพิจารณา

หากวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาโดยนำคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือแล้ว กรณีจะถือเป็นการพรากต่อเมื่อการใช้สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลได้รับความเสียหาย ซึ่งความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อ เด็กหรือผู้เยาว์และผู้ใช้อนาจปกครองถูกแยกให้อยู่คนละสถานที่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง มิใช่เพียงช่วงเวลาประเดี๋ยวประด๋าว จนทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่อาจใช้สิทธิในการศึกษาอบรมดูแล ในกรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลทราบว่าเด็กอยู่ในความดูแลของบุคคลที่สาม จะถือว่าเป็นการพรากเด็กในกรณีนี้ก็ต่อเมื่อเด็กได้ถูกพรากไปจากบุคคลที่สามที่ดูแลเด็กอยู่ ในกรณีที่เด็กไม่ได้อยู่ในสถานที่ที่อยู่ในความดูแลของผู้ปกครอง แต่อยู่ในสถานที่ที่ผู้ปกครองรับทราบเช่น ในโรงเรียน เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ จะถือว่าเป็นการพรากก็ต่อเมื่อเด็กถูกพรากออกไปจากสถานที่ดังกล่าว เช่น เอาเด็กออกจากโรงเรียน เป็นต้น<sup>221</sup>

หากนำเอาแนวความคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาปรับใช้กับคำพิพากษาข้างต้น จะทำให้การวินิจฉัยคดีและการพิจารณาของศาลมีความเป็นภาวะวิสัยมากขึ้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1102/2541 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12123/2554 หากพิจารณาตามหลักคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายข้างต้นแล้ว การกระทำของจำเลยจะเป็นความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลให้ได้รับความเสียหาย และสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลจะเสียหายเมื่อเด็กหรือผู้เยาว์และบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลถูกแยกให้อยู่คนละสถานที่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง จนทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่อาจใช้สิทธิในการศึกษาอบรมดูแลได้ และหากเด็กหรือผู้เยาว์ไม่ได้อยู่ในสถานที่ที่อยู่ในความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลรับทราบสถานที่ที่เด็กหรือผู้เยาว์อยู่ จะเป็นการพรากก็ต่อเมื่อเด็กถูกพรากออกไปจากสถานที่ดังกล่าว จึงต้องพิจารณาว่า บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1102/2541 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่

<sup>221</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 136*, น. 121.

12123/2554 รักรู้หรือไม่ว่าเด็กหรือผู้เยาว์อยู่ที่บ้านของจำเลย แม้ว่าจะไปบ้านหลังดังกล่าวบ่อยครั้งก็ตามก็มิได้เป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายล่วงหน้าแต่อย่างใด หากเด็กหรือผู้เยาว์ถูกเรียก ถูกชักชวน หรือถูกนำออกจากบ้านโดยมิได้อยู่ในความรับรู้ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ก็ต้องถือว่าเป็นการพรากแล้ว ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 22840-22841/2555 ที่เด็กถูกนำออก ออกจากกลางซอยที่เกิดเหตุที่อยู่ในความรับรู้ของผู้ปกครอง แม้บ้านของจำเลยจะอยู่ในซอยที่เกิด เหตุก็ตาม หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3419/2559 ที่เด็กถูกจำเลยดึงแขนขึ้นบ้าน ไปข่มขืนกระทำ ข้ำเรา ขณะเด็กเล่นขายของอยู่กับเพื่อนในบริเวณบ้านของบิดามารดาห่างจากบ้านประมาณ 30 เมตร ตามความรับรู้ของบิดามารดา

แต่หากเด็กหรือผู้เยาว์อยู่ในสถานที่ที่อยู่ในความรับรู้ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล การกระทำของจำเลยยังไม่เป็นการทำให้สิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลได้รับความเสียหาย ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4948/2555 หากพิจารณาตามหลักคิดเรื่องคุณธรรม ทางกฎหมายแล้ว ผลจะเป็นไปในทำนองเดียวกับผลที่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้ตัดสินไว้ว่า การกระทำ ของจำเลยไม่เข้าองค์ประกอบในส่วนของกรพรากเด็กแต่อย่างใด เพราะผู้เสียหายที่ 1 ยังคงอยู่ใน บริเวณวัดตามความรับรู้ของนางสมพรซึ่งเป็นผู้ดูแล แต่อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาคดีนี้ การที่ศาลพูดทำนองว่า ไม่เป็นพรากเด็กเพราะเมื่อนางสมพรมาเรียก จำเลยก็ปล่อยผู้เสียหายที่ 1 กลับไปโดยดี โดยมีได้มีการหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้เสียหายแต่อย่างใด เหมือนกับว่าถ้ามีการหน่วง เหนี่ยวกักขังแล้ว จึงจะเป็นความผิดฐานพรากเด็กแต่เมื่อคดีนี้ไม่มีการหน่วงเหนี่ยวกักขังแล้วจึง ไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็ก ในประเด็นนี้ศาลฎีกาเยอรมันเคยตัดสินไว้ในคดีหนึ่งว่า การจะเป็น ความผิดฐานพรากเด็กนั้นไม่จำเป็นว่า การกระทำที่เป็นการพรากเด็กนั้นต้องเข้าลักษณะของการ หน่วงเหนี่ยวกักขัง และหากพิจารณาจากหลักในเรื่องสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองจะเห็นว่า ความผิด ฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังและความผิดฐานพรากเด็กมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองต่างกันเพราะ ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง ประสงค์คุ้มครองเสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงที่ของบุคคล ในขณะที่ความผิดฐานพรากเด็กประสงค์คุ้มครองสิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแล แม้การพราก จะไม่เข้าลักษณะเป็นหน่วงเหนี่ยวกักขัง หากทำให้สิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลของ ผู้ปกครองได้รับการกระทบกระเทือนก็ย่อมเป็นความผิดฐานพรากเด็ก เหตุผลหลักที่คดีนี้ไม่เป็น ความผิดฐานพรากเด็กจึงอยู่ที่สิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลไม่ได้รับการกระทบกระเทือน แต่ไม่ใช่เพราะไม่มีการหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้เสียหายที่ 1<sup>222</sup>

3) การตีความคำว่า พราก โดยนำเรื่องที่เด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำเอง เพราะถูก ชักชวนด้วยวาจามาเป็นข้อพิจารณา

<sup>222</sup> เพิ่งอ้าง, น.121.

การนำตัวเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยวิธีใช้กำลังทางกายภาพเป็นสิ่งชัดเจนว่าการกระทำนั้นย่อมเป็นการพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการพูดชักชวนให้เด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำเองเพียงอย่างเดียว โดยมิได้มีการใช้กำลังจะเป็นการพรากเด็กและผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลหรือไม่ จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า มีการวินิจฉัยผลของคำพิพากษาแตกต่างกันข้อเท็จจริงที่คล้ายกันทั้งพิพากษาว่าเป็นการพรากและไม่เป็นการพราก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าไม่เป็นการพราก<sup>223</sup> ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่าการพรากผู้เยาว์จะต้องมีการกระทำที่ยิ่งกว่าการพูดชักชวน เนื่องจากการพูดชักชวน เด็กหรือผู้เยาว์ตัดสินใจไม่ไปตามที่พูดชักชวน การที่เด็กหรือผู้เยาว์ยอมมาหาเองโดยผู้กระทำไม่ได้ไปรับหรือพาออกมาจากบ้าน จึงไม่เป็นการพราก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11196/2555<sup>224</sup> “การพรากเป็นคนละอย่างกับการพูดชักชวนและการพรากมีความหมายคนละอย่างกับการพูดและไม่ใช้การพูด หากจำเลยพูดแต่ไม่ได้พรากรหรือพาผู้เสียหายไปจำเลยย่อมไม่ผิดฐานพรากผู้เยาว์ เพราะการพรากผู้เยาว์จะต้องมีการกระทำที่ยิ่งกว่าการพูดชักชวน เนื่องจากการพูดชักชวน เด็กหรือผู้เยาว์ตัดสินใจไม่ไปตามที่พูดชักชวนได้ จนกว่าจะมีการพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปตามทิศทางที่พูดชักชวนไว้ จึงจะมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ได้ สอดคล้องกับพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่ให้คำนิยามคำว่า พราก หมายถึง ต้องมีการกระทำที่พาไป ที่โจทก์ฎีกาว่า จำเลยพูดชักชวนผู้เสียหายที่ 1 จนผู้เสียหายที่ 1 ยอมออกมาจากบ้านมาหาจำเลย การกระทำของจำเลยเป็นการพรากผู้เยาว์แล้ว ข้อเท็จจริงได้ความเพียงจำเลยพูดชักชวนผู้เสียหายที่ 1 จนผู้เสียหายที่ 1 ใจอ่อนยอมมาหาจำเลยเองโดยจำเลยไม่ได้ไปรับหรือพาผู้เสียหายที่ 1 ออกมาจากบ้าน การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560<sup>225</sup> การกระทำที่เป็นการพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลนั้น ต้องมีลักษณะเป็นการพาไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลที่มีผลกระทบบกระเทือนหรือรบกวนต่ออำนาจปกครองหรือสิทธิในลักษณะเดียวกับสิทธิของผู้ใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 ได้แก่ กำหนดที่อยู่ของเด็ก ทำโทษเด็กตามสมควรเพื่อว่ากล่าวตักเตือน ให้เด็กทำางานตาม

<sup>223</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11196/2555, 11527/2557, 94/2560

<sup>224</sup> เนติบัณฑิตสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2555 ตอนที่ 10, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2555), น. 2354.

<sup>225</sup> เนติบัณฑิตสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2560 ตอนที่ 5, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2560), น. 1111.

สมควรแก่ความสามารถ เรียกเด็กคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักเด็กไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ กระทบกระเทือนหรือรบกวนต่อหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่เด็กตามมาตรา 1567 เป็นต้น ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้เสียหายที่ 1 ไปที่บ้านของจำเลย เป็นเพราะ ม. ชักชวนไป โดยจำเลยไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ แม่เหตุคดีนี้จะเกิดขึ้นภายในบ้านของจำเลย ก็ถือไม่ได้ว่าจำเลย กระทำการอันเป็นการพราศเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากผู้เสียหายที่ 2 หรือมีการกระทำ อันเป็นการกระทบกระเทือนหรือรบกวนต่ออำนาจปกครองหรือสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของผู้เสียหายที่ 2 ดังกล่าว ที่โจทก์อ้างว่า จำเลยกระทำความผิดก็ด้วยเรื่องที่ชวนผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปใน ห้องนอนของตนเพื่อการอนาจารนั้น ก็ต้องแยกเจตนาและการกระทำออกเป็นสองส่วน ได้แก่ จำเลยชวนผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปในห้องนอนส่วนหนึ่ง และจำเลยกระทำไปเพื่อการอนาจารอีกส่วน หนึ่ง โดยต้องพิจารณาเสียก่อนว่าจะชวนเข้าไปในห้องนอนดังกล่าวเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกหรือไม่ แล้วจึงจะพิจารณาต่อไปได้ว่าจำเลยกระทำไปเพื่อการอนาจารที่มีผลให้ต้องรับ โทษหนักขึ้นตามมาตรา 317 วรรคสามหรือไม่ ความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกเพียงเป็นการ พราศเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรหรือความยินยอมของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ย่อมเป็นความผิดสำเร็จได้ในตัวเอง หากต้องเป็นการกระทำเพื่อกำไรหรือ เพื่อก่อนการอนาจารอันเป็นอีกองค์ประกอบหนึ่งของความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามประกอบด้วยไม่ กล่าวคือ แม้ไม่มีการกระทำอันเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม ก็มีความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกได้โดยสมบูรณ์ จึงจะนำเรื่องเป็นการกระทำเพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 วรรคสาม ย้อนกลับมาถือเป็นเหตุให้การกระทำนั้นปราศจากเหตุอันสมควรหรือต้องได้รับความยินยอมจาก บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตามมาตรา 317 วรรคแรกหาได้ไม่ กรณีเห็นได้ชัดแจ้งอยู่แล้วว่า เพียงการชวนให้บุคคลใดเข้าไปในห้องนอนของตนเท่านั้น เมื่อไม่เอาองค์ประกอบความผิดตาม มาตรา 317 วรรคสาม ที่ว่าเป็นไปเพื่อการอนาจารมาพิจารณาประกอบด้วย ก็ย่อมถือไม่ได้โดยตัวเองว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร กลับกันเป็นผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปโดยไม่ถือว่า ปราศจากเหตุอันสมควรอีกต่างหาก ในกรณีผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งมีอายุ 14 ปีแล้วจะเข้าไปหรือไม่ ย่อมมี อิสระตัดสินใจได้เองตามสมควร มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าไม่ว่าผู้ใดชวนผู้เสียหายที่ 1 ไปที่ใดหรือ เข้าไปภายในหรือบริเวณใดของบ้านหรือสถานที่ธรรมดาทั่วไป ก็ต้องขอหรือกลับไปขอความ ยินยอมจากผู้เสียหายที่ 2 ทุกครั้งไป ซึ่งขัดต่อสภาพความเป็นจริงอย่างเห็นได้ชัด ข้อเท็จจริงข้างต้น จึงรับฟังไม่ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรก เมื่อการกระทำของ จำเลยไม่เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกเสียแล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำเพื่อ การอนาจารอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามหรือไม่อีกต่อไป

แตกต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาอีกส่วนหนึ่งที่เห็นว่าเป็นการพรางแล้ว<sup>226</sup> โดยให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่ากฎหมายมิได้จำกัดวิธีการพราง ไม่ต้องพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายชักชวน หากกระทบต่ออำนาจปกครองก็เป็นการกระทำโดยพรางได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2492/2552<sup>227</sup> “ความผิดฐานพรางผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ถึงมาตรา 319 กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล มิใช่ตัวผู้เยาว์ผู้ถูกพราง ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้ใดมาก่อนการรับกวนหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระทั่งต่ออำนาจปกครองไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย ไม่ว่าผู้เยาว์จะไปอยู่ที่แห่งใด หากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่อยู่ ผู้เยาว์ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลตลอดเวลา นอกจากนี้ กฎหมายมิได้จำกัดว่าพรางโดยวิธีการอย่างไร และไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายออกจากบ้าน ไปเอง โดยมีผู้ชักนำ หรือไม่มีผู้ชักนำก็ตาม ก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น การที่ผู้เยาว์ไปหาจำเลยที่บ้าน ไม่ว่าใครจะเป็นฝ่ายนัดหมายชักชวนกันก่อนแล้วจำเลยร่วมประเวณีกับผู้เยาว์ โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากบิดามารดาของผู้เยาว์ย่อมทำให้อำนาจปกครองดูแลบุตรผู้เยาว์ถูกพรางจากไปโดยปริยาย และการที่ผู้เยาว์โทรศัพท์หาจำเลยว่าจะหนีออกจากบ้าน ไปพัวพันและนัดพบจำเลย เมื่อพบกันจำเลยไม่ยอมให้ผู้เยาว์ไปตามลำพัง แต่จำเลยขอไปด้วย โดยเปิดห้องพักอยู่ด้วยกัน 2 คืน ผู้เยาว์เป็นคนชำระค่าห้องพักและค่าใช้จ่าย ทั้งผู้เยาว์ยังให้เงินจำเลยเป็นค่าใช้จ่ายในการหลบหนีด้วยก็ตาม แต่จำเลยได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายทุกคืน พฤติการณ์จำเลยมิใช่การไปเป็นเพื่อนแต่เป็นการพรางผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารทั้งสองกรณี”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10284/2555<sup>228</sup> คำว่า "พราง" ในความผิดฐานพรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควรตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 หมายความว่า พาไปหรือแยกเด็กออกไปจากอำนาจปกครองดูแล โดยไม่จำกัดว่าจะกระทำด้วยวิธีใด ทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กถูกรบกวนหรือถูกกระทบกระทั่งอื่น โดยบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กไม่รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กจะไปอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่ เด็กย่อมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตลอดเวลา ดังนี้ การพรางเด็กไม่ว่าผู้พรางเด็กจะเป็นฝ่ายชักชวน โดยมีเจตนามุ่งหมายที่

<sup>226</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2492/2552, 198/2554, 1055/2555, 5484/2555, 10284/2555, 14795/2555, 764/2556, 2973/2556, 10282/2558, 8141/2559, 4287/2560

<sup>227</sup> เนติบัณฑิตยสภา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 181*, น. 2152.

<sup>228</sup> ศาลฎีกา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 159*.

จะกระทำชำเราเด็กเพียงอย่างเดียวก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น คดีนี้เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 อยู่บ้าน จำเลยโทรศัพท์ชักชวนผู้เสียหายที่ 1 ให้ไปหาที่บ้านจำเลย แล้วจำเลยพาผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปที่ห้องนอนของจำเลย และกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ดังนี้ อำนาจปกครองผู้เสียหายที่ 1 จึงยังคงอยู่ที่ผู้เสียหายที่ 2 การที่จำเลยชักชวนผู้เสียหายที่ 1 ไปที่บ้านของจำเลยแล้วกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือยินยอมจากผู้เสียหายที่ 2 ย่อมทำให้อำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 ที่มีต่อผู้เสียหายที่ 1 ถูกรวบรวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยผู้เสียหายที่ 2 ไม่รู้เห็นยินยอมด้วย การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากผู้ปกครองโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 764/2556<sup>229</sup> “ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ถึงมาตรา 319 กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มิใช่ตัวผู้เยาว์ที่ถูกพราก เพื่อมิให้ผู้ใดมาถือการรวบรวนหรือการกระทำใด ๆ กระทบกระถังต่ออำนาจปกครอง ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย นอกจากนี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าพรากโดยวิธีการใด และไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายออกจากบ้าน ไปเองหรือมีผู้ชักนำ ก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น การที่ผู้เยาว์เป็นฝ่ายโทรศัพท์ไปหาจำเลย จำเลยมาพบ แล้วพาผู้เยาว์ไปอยู่กับจำเลยที่บ้านเช่าที่กรุงเทพมหานคร และพาผู้เยาว์ไปอยู่กับจำเลยที่จังหวัดระยอง ระหว่างอยู่ด้วยกันจำเลยร่วมประเวณีกับผู้เยาว์โดยมิได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจาก โจทก์ร่วมทั้งสองซึ่งเป็นบิดามารดาผู้เยาว์ แม้ผู้เยาว์จะสมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลย ก็ย่อมทำให้อำนาจปกครองดูแลบุตรผู้เยาว์ถูกพรากจากไปโดยปริยาย เมื่อจำเลยพาผู้เยาว์ไปอยู่กับจำเลย จำเลยก็ได้พาผู้เยาว์ไปพบบิดามารดาหรือญาติผู้ใหญ่ของจำเลยเพื่อแจ้งให้ทราบว่าผู้เยาว์เป็นภริยาตน ประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภริยา ทั้งเมื่อจำเลยทราบว่าผู้เยาว์ตั้งครรภ์ก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้พาผู้เยาว์ไปฝากครรภ์ และเมื่อโจทก์ร่วมทั้งสองพาผู้เยาว์กลับมาบ้าน จำเลยก็ได้ให้นำญาติผู้ใหญ่ฝ่ายจำเลยมาติดต่อขอผู้เยาว์และจัดงานแต่งงานกับผู้เยาว์ตามประเพณี ทั้งที่ทราบว่าผู้เยาว์บุตรกับจำเลยจน โจทก์ร่วมที่ 2 ต้องพาผู้เยาว์ไปทำแท้ง แสดงให้เห็นว่าจำเลยมิได้มีเจตนาที่จะอยู่กินกับผู้เยาว์ฉันสามีภริยาจริง การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดาเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 วรรคแรก”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4287/2560<sup>230</sup> “ส.พ.ผู้เสียหายที่ 1 ไปให้จำเลยดูแลตัวประกอบการตัดสินใจ เมื่อจำเลยตกลงซื้อประเวณีจากผู้เสียหายที่ 1 จึงให้ผู้เสียหายที่ 1 นั่งรถไปโรงแรมเกิดเหตุ

<sup>229</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2556 เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2556), น. 76.

<sup>230</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2560 เล่ม 3, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2560), น. 132.

การที่ ส.เป็นธุระจัดหาบุคคลไปค้าประเวณีกับจำเลยเกิดจากการใช้หรือจ้างวานของจำเลยนั่นเอง มิใช่ ส.เป็นผู้พาผู้เสียหายที่ 1 ไปพบจำเลยเองโดยจำเลยมิได้พุดชักชวนหรือพาผู้เสียหายที่ 1 ไป ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 ถึงมาตรา 319 กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้ใดมาก่อนการรบกวนหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระทั่งต่ออำนาจปกครองไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย ไม่ว่าผู้เยาว์จะไปอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่ ผู้เยาว์ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตลอดมา นอกจากนี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นการพรางโดยวิธีการอย่างไร และไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายออกจากบ้านไปเองโดยมีผู้ชักนำหรือไม่มีผู้ชักนำหากผู้กระกระทำทำให้บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลขาดอำนาจในการปกครองดูแลผู้เยาว์แม้แต่เพียงชั่วคราวก็ตาม ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น พฤติการณ์ของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นการล่วงละเมิดอำนาจการปกครองของผู้เสียหายที่ 2 แล้ว โดยไม่จำต้องคำนึงว่าผู้เสียหายที่ 1 เป็นฝ่ายตกลงไปกับจำเลยเองหรือมีเจตนาจะค้าประเวณีหรือไม่ก็ตาม ทั้งการที่ผู้เสียหายที่ 2 ไปแจ้งความแสดงว่าผู้เสียหายที่ 2 ยังเอาใจใส่ดูแลผู้เยาว์และไม่ได้เต็มใจยินยอมให้ผู้เสียหายที่ 1 ไปกับจำเลย ไม่ทำให้อำนาจการปกครองของผู้เสียหายที่ 2 ลื่นไป การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม”

การที่ผลของคำพิพากษามีความแตกต่างกันเช่นนี้ เนื่องมาจากคำพิพากษาที่พิพากษาว่าไม่เป็นการพราง ตีความคำว่าพรางโดยเคร่งครัดว่าต้องมาจากการกระทำทางกายภาพเท่านั้น เมื่อการชักชวนมิได้มีการกระทำทางกายภาพจึงไม่ถือเป็นการพราง แต่ศาลกลับพิจารณาการตัดสินใจของเด็กที่สามารถไม่ไปตามที่พุดชักชวนมาใช้ในการพิจารณา การตีความเช่นนี้เป็นการตีความที่พิจารณาเพียงการตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่มิได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่กันในการตีความ

ปัญหาตามกรณีนี้ หากนำคุณธรรมทางกฎหมายมาช่วยในการตีความเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การพุดชักชวนเด็กหรือผู้เยาว์ให้มาที่บ้านผู้กระทำเอง โดยเจตนากระทำชำเราเด็กหรือผู้เยาว์ แม้จะไม่มีมีการกระทำทางกายภาพ เช่น การพาไปก็ตาม แต่เมื่อการพรางเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการให้การศึกษา อบรมดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล การพุดชักชวนโดยมีเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแยกเด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ย่อมเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย เพราะหากตีความว่าการพรางไม่รวมถึงการพุดชักชวนเพราะเด็กมีอิสระในการตัดสินใจ การตีความเช่นนี้จะทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ไม่อาจใช้สิทธิในการอบรมดูแลเด็กที่ยังขาดประสบการณ์ในชีวิต และควร

อยู่ภายใต้การอุปถัมภ์ดูแล ปกป้องของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ให้บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล เป็นผู้ช่วยกลั่นกรองในตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ได้ ดังนั้น หากไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลแล้ว การกระทำในลักษณะเช่นนี้ ย่อมเป็นละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นการพาดพิงกฎหมายแล้ว

ปัญหาการตีความความผิดฐานพาดพิงเด็กและพาดพิงผู้เยาว์ที่ได้กล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากศาลได้ตีความกฎหมายอาญาโดยคำนึงถึงการตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ควบคู่กันอย่างเป็นระบบ และใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญในการตีความเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ทางกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพาดพิงเด็กและพาดพิงผู้เยาว์นั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการมุ่งคุ้มครองสิทธิในการอุปถัมภ์ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล มิใช่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ การพิจารณาจึงมีหลักว่า หากมีการกระทำใด ๆ ที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในการอุปถัมภ์ดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ทำให้การใช้สิทธิที่จะให้การศึกษารับอุปถัมภ์ดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ได้รับความเสียหาย การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานพาดพิงเด็กและพาดพิงผู้เยาว์ การใช้คุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายเช่นนี้จะทำให้ใช้เหตุผลในคำวินิจฉัยได้ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และมีความเป็นภาวะวิสัยมากขึ้นไม่ว่าข้อเท็จจริงหรือสภาพสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปเช่นใด

#### 4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานพาดพิงเด็กพาดพิงผู้เยาว์ตามกฎหมายประเทศไทยกับต่างประเทศ

จากการศึกษาความผิดฐานพาดพิงเด็กพาดพิงผู้เยาว์ในต่างประเทศ ซึ่งกล่าวไว้ในบทที่ 3 เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานพาดพิงเด็กพาดพิงผู้เยาว์ของประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

4.3.1 กฎหมายแต่ละประเทศใช้ถ้อยคำเพื่อบัญญัติความรับผิดฐานนี้แตกต่างกัน โดยประเทศอังกฤษถ้อยคำที่ว่า Abduction of children in care ตามมาตรา 59 ของ Children Act 1989 และ Offence of abduction of child by parent, etc/ Offence of abduction of child by other persons ตาม Child Abduction Act 1984, ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี ใช้ถ้อยคำที่ว่า Abduction of minors from the care of their parents etc ตามมาตรา 235 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ส่วนประเทศญี่ปุ่นใช้ถ้อยคำของความรับผิดว่า Kidnapping of Minors ตามมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ซึ่งคำว่า Abduction และ Kidnapping แม้จะใช้ถ้อยคำต่างกัน หากแต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในแต่ละประเทศแล้ว เป็นกรณีที่ทำให้เด็กหรือผู้เยาว์พ้นจากอำนาจปกครองเช่นเดียวกัน



#### 4.3.2 ในส่วนขององค์ประกอบความผิดนั้น

- ผู้กระทำ ตามกฎหมายประเทศไทยกฎหมายไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นใคร แม้บิดามารดา หรือบิดา หรือมารดาที่ถูกเพิกถอนอำนาจปกครองก็อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ เช่นเดียวกับ ประเทศอังกฤษ, ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น

- การกระทำ ตามกฎหมายประเทศไทย คือ การพรากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ส่วนประเทศอังกฤษ การกระทำ คือ การพาไปจากผู้มีอำนาจปกครอง อาจเกิดจากการชักชวน ยุยง ส่งเสริมให้หลบหนีจากผู้ปกครอง คล้ายกับความผิดฐานพรากของประเทศไทย และการพราก แม้เพียงพรากไปชั่วระยะเวลาหนึ่งก็เป็นการกระทำความผิดแล้ว และการตัดสินใจจากความ ปกครองของบิดามารดาไป เพราะคำชักนำของผู้กระทำความผิดก็เป็นความผิดแล้วเช่นกัน

ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี เป็นการพรากเมื่อการใช้สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและ ดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลได้รับความเสียหาย เช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ส่วนใหญ่ของประเทศไทย ซึ่งกฎหมายเยอรมนีสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลจะได้รับความเสียหาย เมื่อเด็กและผู้ใช้อำนาจปกครองถูกแยกให้อยู่คนละ สถานที่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ในกรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลทราบว่าได้เด็กอยู่ในความ ดูแลของบุคคลที่สามจะถือว่าเป็นการพรากเด็กในกรณีนี้ก็ต่อเมื่อเด็กได้ถูกพรากไปจากบุคคลที่สาม ที่ดูแลเด็กอยู่ในกรณีที่เด็กไม่ได้อยู่ในสถานที่ที่อยู่ในความดูแลของผู้ปกครอง แต่อยู่ในสถานที่ที่ ผู้ปกครองรับทราบ ในกรณีเช่นนี้ จะถือว่าเป็นการพรากก็ต่อเมื่อเด็กถูกพรากออกไปจากสถานที่ ดังกล่าว และจะต้องพิจารณาช่วงระยะเวลาในการพรากประกอบด้วย ซึ่งต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป แตกต่างจากกฎหมายประเทศไทยที่เป็นความผิดสำเร็จทันทีที่การพรากเกิดขึ้น โดยมีได้คำนึง ช่วงระยะเวลาในการพรากเช่นกฎหมายเยอรมนี

ประเทศญี่ปุ่น ต้องเป็นการกระทำ คือ ใช้กำลัง ข่มขู่ น้อฉล หลอกลวง ซึ่งเป็นการ กระทำที่แคบกว่า การพรากตามกฎหมายประเทศไทย และกฎหมายญี่ปุ่นไม่จำเป็นต้องกระทำไปจาก บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลก็เป็นความผิด

- กรรมของการกระทำ ตามกฎหมายประเทศไทย แบ่งออกเป็น เด็กและผู้เยาว์ กฎหมาย อังกฤษให้ความคุ้มครองเด็กใน 3 กรณี คือ เด็กที่อยู่ในความดูแลของผู้มีหน้าที่รับผิดชอบดูแล, เด็กที่ ได้รับคำสั่งให้ดูแลถูกเงิน และเด็กซึ่งอยู่ในอารักขาของตำรวจ, กฎหมายเยอรมนี แบ่งเป็น เด็ก (child) และบุคคล (person) ที่กฎหมายกำหนดอายุไว้ แม้จะกำหนดอายุต่ำกว่า 18 ปีหากแต่มิได้ใช้ คำว่าผู้เยาว์เช่นกฎหมายประเทศไทย ส่วนกฎหมายญี่ปุ่น มิได้มีการแบ่งแยกเป็นกรณีของเด็ก และ ผู้เยาว์เหมือนกฎหมายประเทศไทย แต่ใช้คำรวมว่า ผู้เยาว์

4.3.3 การกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์นั้น ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ความรับผิดชอบพาดเด็กไปจากความดูแล (Abduction of Children in care) ตามพระราชบัญญัติ Children Act 1989 คือ บุคคลที่อายุไม่เกินกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ส่วนความผิดฐานพาดเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ออกนอกสหราชอาณาจักร โดยปราศจากความยินยอมตามพระราชบัญญัติ Child Abduction Act 1984 คือ บุคคลที่อายุไม่เกินกว่า 16 ปีบริบูรณ์ ตามกฎหมายเยอรมนี แบ่งเป็นบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี กับเด็ก ซึ่งตามกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เด็ก คือ บุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี ส่วนกฎหมายญี่ปุ่น ไม่ได้กำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์เอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายอื่น ผู้เยาว์น่าจะหมายถึง บุคคลอายุไม่เกิน 20 ปี เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายอังกฤษและกฎหมายญี่ปุ่น มิได้กำหนดความรับผิดชอบตามช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ดังเช่นกฎหมายของประเทศไทย ส่วนประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนี แม้จะกำหนดความรับผิดชอบตามช่วงอายุเช่นเดียวกับของไทย แต่กำหนดช่วงอายุแตกต่างกันกับประเทศไทย

4.3.4 คุณธรรมทางกฎหมาย กฎหมายอังกฤษ แม้จะเป็นประเทศในระบบ Common Law แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานพาดของประเทศไทยแล้ว เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิครอบครองดูแลของพ่อแม่ หรือผู้ปกครอง เช่นเดียวกับกฎหมายไทย ส่วนตามกฎหมายเยอรมนีนั้น ภายหลังจากปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาฉบับที่ 6 ความผิดฐานพาดผู้เยาว์จากความปกครองดูแล มีคุณธรรมทางกฎหมายอันเป็น วัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครอง คือ อำนาจปกครองหรืออำนาจปกครองอื่นๆ รวมถึงบุคคลที่ถูกพาดไปไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ก็ได้รับการคุ้มครองโดยตรงด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม เด็กไม่อาจที่จะให้ความยินยอมต่อการกระทำผิดได้เพราะความผิดฐานพาดผู้เยาว์นอกจากจะคุ้มครองเด็กแล้ว ยังคุ้มครองอำนาจปกครองตามกฎหมายครอบครัวของบิดามารดาด้วย ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่สิ่งทีกฎหมายมุ่งคุ้มครองในความผิดฐานพาดเด็กและพาดผู้เยาว์ มีวัตถุประสงค์หลักคือ สิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลเพียงประการเดียว โดยการคุ้มครองเด็กอาจถือเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็น วัตถุประสงค์รองลงมา แต่จะตีความให้วัตถุประสงค์รองกลายเป็นวัตถุประสงค์หลัก หรือทำให้วัตถุประสงค์หลักเสียไปไม่ได้

4.3.5 การอ้างความสำคัญผิดนั้น ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ผู้กระทำไม่สามารถยกความสำคัญในอายุของผู้เยาว์ขึ้นเพื่อแก้ตัวให้ไม่ต้องรับผิดชอบได้ ผู้กระทำยกขึ้นได้เพียงความสำคัญผิดว่าบิดามารดาอนุญาต หรือสำคัญผิดว่าผู้เยาว์ไม่มีผู้ปกครองดูแลเท่านั้น แตกต่างจากกฎหมายประเทศไทยที่ผู้กระทำสามารถอ้างความสำคัญผิดตามมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้การกระทำไม่เป็นความผิด ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือรับโทษน้อยลงได้ แต่อย่างไรก็ตาม

หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดได้ ตามมาตรา 321/1<sup>231</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา

4.3.6 การบัญญัติกฎหมาย กฎหมายอังกฤษรวมกฎหมายทั้งสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติไว้ในฉบับเดียวกัน แต่กฎหมายไทยแยกกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติออกจากกัน เช่นเดียวกับประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่น

#### 4.4 ความจำเป็นในการนำคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

แม้ที่ผ่านมาคำพิพากษาศาลฎีกาจะยอมรับหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาประกอบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาดังที่กล่าวไว้ในข้อ 4.1 ก็ตาม แต่ก็มีใช้ทุกกรณีที่จะตีความตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งสาเหตุอาจเนื่องมาจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ส่งผลให้เด็กหรือผู้เยาว์มิได้ใกล้ชิดบิดามารดาผู้ปกครอง ผู้ดูแลเช่นอดีต ประกอบกับวิวัฒนาการทางสังคมทำให้เด็กหรือผู้เยาว์มีอิสระและมีเสรีภาพในทางความคิดและการกระทำมากขึ้น รวมถึงเกิดพฤติกรรมทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจากอดีต ทำให้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องของการพรางเด็กหรือผู้เยาว์มีการเปลี่ยนแปลงไปจากแนวคำพิพากษาเดิม และในบางกรณีวินิจฉัยผลของคำพิพากษาแตกต่างกันในข้อเท็จจริงที่คล้ายกัน ส่งผลให้ผู้วิชัยกฎหมายอาจเกิดความสับสนในการวินิจฉัยความรับผิด ดังนั้น เพื่อให้การตีความด้วยคำในบทบัญญัติเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องทราบคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดแต่ละฐาน เพราะคุณธรรมทางกฎหมายคือสิ่งที่ความผิดในแต่ละฐานมุ่งคุ้มครอง และเป็นเครื่องมือในการค้นหาเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย ได้เป็นอย่างดี และเมื่อเข้าใจคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในความผิดแต่ละฐานแล้ว แม้ว่าสภาพสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปเพียงใดก็ตาม ผู้ใช้กฎหมายก็ยังคงสามารถตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้เข้ากับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงได้อย่างตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและเป็นไปในแนวทาง ทำให้ไม่เกิดการลักลั่นของคำพิพากษา และเกิดความเป็นธรรมต่อผู้เสียหายรวมถึงผู้กระทำความผิด

<sup>231</sup> มาตรา 321/1 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 312 ตีรวรยศสอง และมาตรา 317 หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้นเป็นส่วนหนึ่งของความผิดทุกฐานในกฎหมายอาญา ซึ่งในความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์นั้นมียุทธธรรมทางกฎหมายคือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม และดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หรือที่ตามคำพาดษาศาลฎีกาส่วนใหญ่มักใช้คำว่า “อำนาจปกครอง” โดยเหตุที่กฎหมายอาญาต้องคุ้มครองสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม และดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลนั้น เนื่องมาจากว่าบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายในการที่ปกครองดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ในความปกครองของตน ดังนั้น การที่บุคคลใดที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายนำตัวเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล จึงเป็นการล่วงละเมิด กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์แล้ว

เมื่อกฎหมายไม่อาจบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนได้ทุกกรณี จึงจำเป็นต้องมีการตีความกฎหมายเพื่อค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมาย การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความไปตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่กันไป จะตีความตามหลักใดเพียงหลักเดียวมิได้ โดยในการตีความให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น คุณธรรมทางกฎหมายมีส่วนสำคัญในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่แสดงถึงสิ่งที่กฎหมายอาญาแต่ละมาตรามุ่งคุ้มครองการตีความโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายจะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำ และทำให้ใช้กฎหมายได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ของประเทศไทยส่วนใหญ่นำเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิด กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองมิให้บุคคลที่ไม่มีสิทธิมาล่วงละเมิด ครอบงำ กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม และดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล แต่ในคำพิพากษาบางกรณียังมีตีความคำว่า “พราก” ที่มีได้คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยพบปัญหาในการตีความการกระทำโดยพรากถึงความมีอยู่ของสิทธิในการให้ศึกษาอบรมดูแล กรณีเด็กพลัดหลง กรณีเด็กหนีออกจากบ้าน กรณีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไล่เด็กออกจากบ้าน ประเด็นว่า ขณะเกิดกรณีดังกล่าวบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ยังมีสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลอยู่หรือไม่ หากบิดามารดา

ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลยังมีสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรม และดูแลแล้ว เมื่อมีผู้มาพาเด็กหรือผู้เยาว์ไป การกระทำของเขาข่อมเป็นการพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ซึ่งกรณีที่เคยปรากฏในคำพิพากษากรณีที่เด็กพลัดหลงจากมารดา และปรากฏข้อเท็จจริงว่ามารดา ยังติดตามหาอยู่ อันเป็นการแสดงถึงอำนาจปกครอง แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่เป็นการพราง เป็นการตีความ ที่มีได้คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย เพราะเมื่อมารดายังมีอำนาจปกครอง มิได้สละสิทธิที่จะให้ การศึกษาอบรมและดูแลเด็ก การเอาตัวเด็กไว้จึงเป็นการรบกวนสิทธิหรือแยกสิทธิของบิดามารดา เป็นการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานพรางเด็ก การกระทำของจำเลยจึงเป็นการ พรางในความหมายของกฎหมาย หากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้วินิจฉัยตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ คุ้มครองอำนาจปกครองดูแลแล้ว การกระทำของจำเลยเป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองของบิดา มารดาและเป็นกระทำไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร ข่อมเป็นความผิดฐานพรางเด็กตามมาตรา 317

ปัญหาในการตีความกรณีของเด็กหนีออกจากบ้าน ประเด็นวินิจฉัยถึงความมีอยู่ของอำนาจ ปกครองหรือสิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแล ขณะเด็กและผู้เยาว์หนีออกจากบ้านแตกต่างกัน ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าไม่เป็นการพรางให้เหตุผลว่า การที่เด็กหรือผู้เยาว์สมัครใจออกมาด้วย ตนเอง เป็นการออกมาจากความปกครองดูแลโดยเด็ดขาด แม้บิดามารดาติดตามอยู่ก็ไม่ถือว่าอยู่ในความ ปกครองดูแล ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าเป็นการพรางให้เหตุผลว่า แม่เด็กหรือผู้เยาว์จะหนีออก จากบ้านหรือสมัครใจออกไปเอง แต่ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา อำนาจปกครองมิได้ สิ้นสุดลง การพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปโดยบิดามารดามีได้อนุญาต เป็นการพรางไปเสียจากความปกครอง ดูแล เมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานพรางเด็กพรางผู้เยาว์ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในการให้ การศึกษาอบรมและดูแลเป็นหลัก จึงควรต้องพิจารณาถึงความรู้สึกของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือ ผู้ดูแลเป็นสำคัญ แม้เด็กหรือผู้เยาว์จะหลบหนีไป แต่การที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ยังมี พฤติการณ์ที่ยังใช้อำนาจปกครองอยู่ เช่น มีการอุปการะเลี้ยงดู มีการติดตามหาตัวเด็กหรือผู้เยาว์อยู่ เป็นต้น แสดงให้เห็นชัดเจนถึงการใช้อำนาจปกครอง และอำนาจปกครองของบิดามารดานั้นเป็นอำนาจที่ กฎหมายกำหนดมาให้แก่บุคคลที่มีฐานะเป็นบิดามารดาเพื่อทำหน้าที่อำนวยความสะดวกให้แก่บุตร จะสิ้นสุดไปเฉพาะตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเท่านั้น การตีความว่าเด็กหรือผู้เยาว์ สมัครใจออกมาด้วยตนเองเป็นการออกมาจากความปกครองดูแลโดยเด็ดขาดไม่ถือว่าอยู่ในความปกครอง ดูแลจึงเป็นการตีความที่มีได้คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย

ปัญหาในการตีความกรณีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ไล่เด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบ้าน ซึ่งกรณีที่เคยปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่าไม่เป็นการพราง โดยให้เหตุผลประกอบว่าจะเป็นการ พรางได้ ผู้เยาว์ต้องอยู่ในความปกครองดูแลของผู้หนึ่งผู้ใดขณะที่พราง กรณีนี้หากพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว กรณีบิดามารดา ผู้ปกครองไล่ออกจากบ้านมิได้ทำให้อำนาจ ปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครองสิ้นสุด อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองจะสิ้นสุดก็ด้วย

เหตุตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น แม้ว่าบิดามารดา ผู้ปกครองจะไล่เด็กและผู้เยาว์ออกจากบ้านก็ตาม หากมีผู้ทำให้สิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลได้รับความเสียหาย ย่อมเป็นการพรากรเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแลแล้ว การให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยเช่นนี้จึงไม่เป็นการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องมีการพิจารณาถึงอิสระของเด็กที่จะหนีไปจากสถานที่ที่เด็กอยู่ได้ อันเป็นนัยว่าเด็กให้ความยินยอม ซึ่งในความผิดฐานพรากรเด็กนั้น ความยินยอมของเด็กไม่ใช่ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำ การที่ศาลนำเอาข้อเท็จจริงในส่วนความเป็นอิสระหรือไม่ของเด็กมาพิจารณาจึงไม่เป็นไปตามแนวคิดเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายที่ควรพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เป็นหลัก

การตีความคำว่า “พรากร” กับการแยกเด็กหรือผู้เยาว์จากสถานที่ที่ไม่ชัดเจน เช่น กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์มักมาที่บ้านของผู้กระทำเป็นประจำ หรืออยู่ในละแวกเดียวกันหรือบริเวณใกล้เคียงกันกับผู้กระทำ หากมีการกระทำชำเราหรืออนาจารเด็กหรือผู้เยาว์ คำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินทั้งกรณีที่เป็นการกระทำโดยการพรากรและไม่ใช้การกระทำโดยการพรากร เนื่องจากพิเคราะห์ว่ามีได้มีการพาไปหรือแยกออกไปจากความปกครองดูแล กรณีเช่นนี้ การนำเอาคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในปรับใช้ จะทำให้การวินิจฉัยและพิจารณาคดีมีความเป็นภาวะวิสัยเพิ่มมากขึ้น กล่าวคือ จะถือเป็นการพรากรต่อเมื่อสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลได้รับความเสียหายจากการแยกเด็กหรือผู้เยาว์ให้อยู่คนละสถานที่จนบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลไม่อาจใช้สิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลได้ บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลต้องรับทราบสถานที่ที่เด็กหรือผู้เยาว์อยู่ หากมีการนำเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากสถานที่ที่บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล รับทราบโดยปราศจากความยินยอม ย่อมเป็นการพรากรแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยกรณีเด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำเอง เพราะถูกชักชวนด้วยวาจาแตกต่างกัน บางเรื่องเห็นว่า การพรากรผู้เยาว์จะต้องมีการกระทำที่ยิ่งกว่าการพุดชักชวน เนื่องจากการพุดชักชวน เด็กหรือผู้เยาว์ตัดสินใจไม่ไปตามที่พุดชักชวน การที่เด็กหรือผู้เยาว์ยอมมาหาเองโดยผู้กระทำ ไม่ได้ไปรับหรือพาออกมาจากบ้าน จึงไม่เป็นการพรากร การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เป็นความผิดฐานพรากรผู้เยาว์ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาอีกส่วนหนึ่งวินิจฉัยว่า กฎหมายมิได้จำกัดวิธีการพรากร ไม่ต้องพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายชักชวน หากกระทบต่ออำนาจปกครองก็เป็นการกระทำโดยพรากรได้ หากตีความตามคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว การพุดชักชวนเด็กหรือผู้เยาว์ให้มาที่บ้านผู้กระทำเอง โดยเจตนากระทำชำเราเด็กหรือผู้เยาว์ แม้จะไม่มีมีการกระทำทางกายภาพ เช่น การพาไปก็ตาม แต่เมื่อการพรากรเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการให้การศึกษา อบรมดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล การพุดชักชวนเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อกระทำชำเราหรือเพื่อการอนาจาร เป็นการแยกเด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล อันเป็นผลร้ายต่อเด็กหรือผู้เยาว์แล้ว ย่อมเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย เพราะหากตีความว่า “การพรากรไม่รวมถึงการพุดชักชวน เพราะมองว่าเด็กหรือ

ผู้เยาว์มีอิสระในการตัดสินใจที่จะไม่ไปตามที่พูดชักชวนได้” การตีความเช่นนี้จะทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ไม่อาจใช้สิทธิในการอบรมดูแลเด็กที่ยังขาดประสบการณ์ในชีวิต และควรอยู่ภายใต้ การอบรมดูแล ปกป้องของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ให้บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล เป็นผู้ช่วย กลับกรองในตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ได้ ดังนั้น หากไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลแล้ว การกระทำในลักษณะเช่นนี้ ย่อมเป็นละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นการพาดพิงตาม กฎหมายแล้ว

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ในการศึกษาความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์ตามมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 โดยนำเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาช่วยในการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อให้การ ตีความเป็นไปตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมาย พบว่า หากศาลตีความ โดยคำนึงถึงคุณธรรม ทางกฎหมายจะมีส่วนช่วยค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมาย และสามารถตีความ ได้ถูกต้องตรงตาม เจตนารมณ์ของกฎหมาย และยังทำให้การตีความในแต่ละเรื่องเกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยความรับ ผิดของผู้กระทำ

ผู้วิจัยเห็นว่า ในการวินิจฉัยความรับผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์นั้น หากเกิดปัญหาใน การวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำ และจำต้องตีความกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายต้องตีความตาม ลายลักษณ์อักษรและตีความตามเจตนารมณ์ควบคู่กัน ซึ่งในการตีความตามเจตนารมณ์ ผู้ใช้กฎหมาย ควรนำคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการตีความเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยมี แนวทางพิจารณาว่า ความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิให้ การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล มิใช่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองเด็กหรือ ผู้เยาว์ การกระทำจึงเป็นความผิดเมื่อสิทธิในการศึกษาอบรมและดูแลถูกล่วงละเมิด กระทบกระเทือน จนได้รับความเสียหาย ซึ่งความเสียหายจะเกิดขึ้นเมื่อมีการแยกเด็กและผู้เยาว์ให้อยู่คนละสถานที่จน บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ไม่อาจใช้สิทธิในการศึกษาอบรมดูแลได้ บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลต้อง รับทราบสถานที่ที่เด็กหรือผู้เยาว์อยู่ การให้ความยินยอมหรืออนุญาตของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือ ผู้ดูแล ทำให้การกระทำนั้น ไม่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย หากมีการล่วงละเมิดต่อสิทธิในการให้ การศึกษาอบรมและดูแลนำเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากสถานที่ที่บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล รับทราบโดย ปราศจากความยินยอม ย่อมเป็นการพรางแล้ว แต่กรณีจะเป็นความผิดฐานพรางเด็กตามมาตรา 317 ความผิดฐานพรางผู้เยาว์ตามมาตรา 318 และมาตรา 319 นอกเหนือจากการกระทำดังกล่าวต้องเป็นการ กระทบต่อสิทธิในการให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล อันเป็นคุณธรรม ทางกฎหมายให้ได้รับความเสียหายหรือถูกกระทบกระเทือนแล้ว การพรางเด็กยังต้องเป็นกรณี ที่ ปราศจากความยินยอม ย่อมเป็นการพรางแล้ว ส่วนการพรางผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่ยินยอมตามมาตรา 318

กฎหมายพิจารณาการตัดสินใจของผู้เยาว์ประกอบด้วย แต่ถ้าหากผู้เยาว์ให้ความยินยอมแล้ว การกระทำจะเป็นความผิดตามมาตรา 319 เมื่อเป็นการกระทำเพื่อหาทำไรหรือเพื่อการอนาจาร หากใช้คุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นแนวทางในการพิจารณาเช่นนี้จะทำให้ผู้ใช้กฎหมายมีแนวทางที่แน่นอนในการวินิจฉัย ส่งผลต่อความเป็นเอกภาพของคำพิพากษา และดำรงรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมของกระบวนการยุติธรรมต่อไป

จากประเด็นปัญหาการตีความคำว่า พราก ในคำพิพากษาศาลฎีกาบางกรณีที่มีการวินิจฉัยโดยมิได้คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย รวมถึงมีการวินิจฉัยผลของคำพิพากษาแตกต่างกันในข้อเท็จจริงที่คล้ายกัน ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการพิจารณาแต่ละกรณี ดังนี้

**ก. กรณีเด็กพลัดหลง** หากพิจารณาโดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายแล้ว แม้เด็กพลัดหลง บิดามารดายังมีสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลเด็ก การที่บิดามารดายังคงติดตามหาตัวเด็กอยู่ อันเป็นพฤติการณ์ของการใช้อำนาจปกครอง การเอาตัวเด็กไว้จึงควรถือว่าเป็นการรบกวนสิทธิหรือแยกสิทธิของบิดามารดา เป็นการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานพรากเด็ก กรณีผู้ดูแล หากยังไม่สละสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล เช่น เป็นการพลัดหลงในระยะเวลาไม่นาน ยังคงติดตามหาตัวเด็กอยู่ การเอาตัวเด็กไว้ต้องถือว่าเป็นการพรากเด็กในความหมายของกฎหมาย ส่วนการพรากดังกล่าว หากเป็นการพรากเด็ก ผู้กระทำจะกระทำโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่นั้นก็ต้องพิจารณาเป็นประเด็นต่อไป

**ข. กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้าน** แม้เด็กหรือผู้เยาว์หนีไปก็ยังคงต้องถือว่าเด็กหรือผู้เยาว์นั้นยังคงอยู่ภายใต้อำนาจปกครองอยู่ หากพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ที่มุ่งหมายคุ้มครองสิทธิให้การศึกษาอบรมและดูแลเป็นสิ่งสำคัญ การติดตามหาเด็กและผู้เยาว์เป็นสิ่งที่แสดงถึงการใช้อำนาจปกครองอย่างชัดเจน และการไม่ได้ใช้อำนาจปกครองหรือการที่เด็กหรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแลมิใช่เหตุที่ทำให้อำนาจปกครองของบิดามารดาสิ้นสุดลงตามกฎหมาย ระหว่างที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้าน ไปจึงต้องถือว่าเด็กหรือผู้เยาว์นั้นยังอยู่ภายใต้สิทธิให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา การพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปขณะเด็กและผู้เยาว์หนีออกจากบ้าน โดยมิได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล การกระทำนั้นย่อมเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์แล้ว

**ค. กรณีบิดามารดา หรือผู้ปกครองไล่เด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบ้าน** มิได้ทำให้อำนาจปกครองหรือความปกครองตามกฎหมายสิ้นสุดลง หากพิจารณาโดยใช้คุณธรรมทางกฎหมายแล้ว เมื่อมีผู้ทำให้สิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลได้รับความเสียหาย ย่อมเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากความปกครองดูแล แต่สำหรับกรณีผู้ดูแล สิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลเกิดขึ้นตามความเป็นจริง มิได้เกิดโดยผลของกฎหมาย การที่ผู้ดูแลไล่เด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบ้าน โดยเด็ดขาด มิได้มีพฤติการณ์อุปการะเลี้ยงดูอื่นใดอีกต่อไป มีผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ดูแลต่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลหมดไปแล้ว หากมีผู้



มาเอาตัวเด็กหรือผู้เยาว์ไป ขณะผู้ดูแลมิได้มีสิทธิให้การศึกษาอบรมดูแลแล้ว จึงไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

**ง. การตีความกรณีการนำเด็กไปโดยที่เด็กมีอิสระหรือมีเสรีภาพที่จะออกไปจากสถานที่ได้** ซึ่งได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เด็กสามารถออกจากสถานที่ได้ สามารถไม่ไปตามที่จำเลยพาไปได้ จำเลยมิได้มีการใช้กำลัง ไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย หรือจำเลยมิได้หวังเหนี่ยวรั้งเป็นการนำความยินยอมของเด็กมาเป็นหลักในการพิจารณาแทนการคุ้มครองสิทธิให้การศึกษาอบรมและดูแล หากพิจารณาตามคุณธรรมทางกฎหมายแล้วต้องพิจารณาสีทธิให้การศึกษาอบรมและดูแลเป็นวัตถุประสงค์หลัก เมื่อขณะเกิดเหตุเด็กยังอยู่ภายใต้สิทธิในการอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แม้เด็กจะมีอิสระที่จะออกจากสถานที่นั้น ๆ หรือไม่ได้อยู่ในความควบคุมของผู้กระทำที่แสดงว่าเด็กและผู้เยาว์ให้ความยินยอมก็ตาม การพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปย่อมเป็นการล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการพรากไปจากความปกครองดูแลแล้ว

**จ. การตีความกรณีนำเรื่องการแยกจากสถานที่มาเป็นข้อพิจารณา** หากนำคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดี ต้องพิจารณาว่าขณะนำตัวเด็กหรือผู้เยาว์ไป เด็กหรือผู้เยาว์อยู่ในสถานที่ที่บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลรับทราบหรือไม่ แม้จะอยู่บริเวณใกล้เคียงกันก็ตาม หากมิได้รับทราบ การนำตัวเด็กหรือผู้เยาว์ไปย่อมทำให้สิทธิในการให้การศึกษาอบรมดูแลได้รับความเสียหายแล้ว แต่หากอยู่ในสถานที่ตามความรู้ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล มิได้มีการแยกเด็กหรือผู้เยาว์ให้อยู่คนละสถานที่ที่บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลรับทราบ จึงมิได้ทำให้สิทธิในการให้การศึกษารวมดูแลได้รับความเสียหาย การกระทำนั้นไม่เป็นการพราก

**ข. การตีความกรณีเด็กหรือผู้เยาว์มาหาผู้กระทำเอง** เพราะถูกชักชวนด้วยวาจา นั้น แม้จะไม่มีกรกระทำทางกายภาพก็ตาม แต่หากพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว เมื่อการพรากเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการให้การศึกษา อบรมดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล จึงไม่จำกัดวิธีการพราก การพูดชักชวน โดยมีเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแยกเด็กหรือผู้เยาว์ออกจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ย่อมเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย หากไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลแล้ว การกระทำในลักษณะเช่นนี้ ย่อมเป็นการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปเสียจากความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลตามกฎหมายแล้ว



บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- กุมพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 2.  
กรุงเทพมหานคร: แอดวานซ์มีเดีย, 2527.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- คณิต ณ นคร. พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.
- คณิต ณ นคร. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.”  
วารสารอัยการ. ปีที่ 3. ฉบับที่ 25. (มกราคม 2523).
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3.  
กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2519.
- จินดา ชัยรัตน์. ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบิดามารดากับบุตร. พระนคร : เจริญชัย, 2493.
- จิตติ ดิงศภัทย์. “การตีความกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 14. ฉบับที่ 4. (ธันวาคม 2527).
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.  
พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 14.  
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.  
พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2562.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและ  
เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- พินัย ไชยแสงสุขกุล. นิติปรัชญา ภาค 1 เล่มที่ 1 ว่าด้วยทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมาย.  
กรุงเทพมหานคร : บริษัทสามเจริญพานิช, 2539.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 9.  
กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- รัตนอุทัยดี (เปล่ง). หลวง. กฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติ และประกาศ ซึ่งตั้งขึ้นในรัชกาลของ  
พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ผู้ทรงธรรมอันประเสริฐ เล่ม 2 ร.ศ. 113.  
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์วิชาการบ้านหม้อ, ม.ป.ป.

รศ. เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดา และบุตร. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.

รศ. เมธาวิกุล. “บุตรนอกสมรส.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.

ราชครูต จันทรโชติ. “ความผิดฐานพรากเด็กพรากผู้เยาว์: ศึกษากรณีเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนไม่มี บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2545.

เรดิรี่ ศิริรัตน์. “ปัญหาการกำหนดอายุเหื่อในประมวลกฎหมายอาญา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

วิษย์ จีรแพทย์. “การออกแบบกฎหมายในกรอบจริยธรรมและศีลธรรม.”

ข่าวเนติบัณฑิตยสภา. ปีที่ 19. ฉบับที่ 210. (มกราคม 2550).

วัชรินทร์ ป้างเอกวิญญูสกุล. “กฎหมายคุ้มครองเด็กถูกระงับทำทารุณกรรมจากผู้ปกครอง.” (2545).

สมชัย ศิริบุตร. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 หน่วยที่ 11. พิมพ์ครั้งที่ 11.

กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2535.

สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญาเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548.

สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1.

กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515.

สอาด นาวิเจริญ. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.

กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2517.

ลัญชัย ลัจจวานิช. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความคิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ความคิด เกี่ยวกับทรัพย์สิน และความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง. พิมพ์ครั้งที่ 7.

กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2528.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน.

กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดเจริญรัฐการพิมพ์, 2558.

สุป็น พูนพัฒน์. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2540.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

พุทธศักราช 2508. พระนคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551.

- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. “กฎหมายลักษณะอาญา ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย.”  
วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 16. ฉบับที่ 2. (มิถุนายน 2529).
- สมหวัง วิริยะผล. “ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา.”  
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11.  
กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- หยุด แสงอุทัย. การศึกษาวิชากฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : ประกายพริก, 2546.
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 6.  
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548.
- อัคราท จุฬารัตน. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : กฎหมายไทย, 2542.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 5.  
กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. “นิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย.”  
วารสารสุทธิปริทัศน์. ปีที่ 33. ฉบับที่ 101. (กรกฎาคม - กันยายน 2562).
- นันทน์ชนัน ชูโต. “ความรับผิดชอบบิดามารดาตามกฎหมายลักษณะละเมิด.”  
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

### ภาษาต่างประเทศ

- Carl Constantin Lauterwein. The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing. New York: Routledge, 2016.
- Glanville Williams. Textbook of Criminal law. 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.
- J.C.Smith & Hogan. Criminal law. 10th ed. London: Butterworths, 2002.
- Kadish and Paulsen. Criminal Law and Its Processes: Case and Materials. 3rd ed.  
Boston: Little. Brown, 1975.
- Peter W. Low. John Calvin Jeffrues. Jr.and Richard J. Bonnie.  
Criminal Law: Case and Materials. New York: The Foundation Press, 1982.
- Wayne R. LaFave and Austin W. Scott. Jr. Handbook on Criminal Law.  
Minnesota: West Publishing, 1972.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล  
ประวัติการศึกษา

เมธิยา วงศ์สิงห์  
พ.ศ. 2552 นิติศาสตรบัณฑิต  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
พ.ศ. 2553 เนติบัณฑิตไทย  
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา  
นิติกร บริษัท ทำอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน)

ตำแหน่งงานและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

