

บทความวิจัย (Research Articles)

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการลงโทษทางร่างกาย ตามสมควร*

The Best Interests of the Child and Reasonable Corporal
Punishment

ปณณวัชร อภิโชติเฉลิมรัฐ**

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Punnawat Absichotchaloeemrat

Master Student in Private Law, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 4 กรกฎาคม 2564; วันที่แก้ไขบทความ 17 กันยายน 2564; วันที่ตอบรับบทความ 25 กันยายน 2564

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน 62 ประเทศทั่วโลกได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจปกครองโดยวิธีลงโทษทางร่างกายต่อเด็ก ซึ่งได้ห้ามการลงโทษทางร่างกายทุกรูปแบบและส่งเสริมในเรื่องการห้ามตีหรือการใช้ความรุนแรงกับเด็ก ในขณะเดียวกันมีบางประเทศกลับเห็นว่าการลงโทษเด็ก หากได้กระทำไป “ตามสมควร” และ “ในระดับปานกลาง” ถือเป็น การกระทำที่ดำเนินไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก จุดยืนที่หนักแน่นและแตกต่างกันของประเทศ

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการลงโทษทางร่างกายตามสมควร” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีรองศาสตราจารย์ ดร.มาตลาภณ์ เสริมธากุล เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; เนติบัณฑิตไทย; อีเมลติดต่อ punnawat.abs@dome.tu.ac.th

ทั้งสองกลุ่มก่อให้เกิดคำถามในประเด็นที่สำคัญว่าสิ่งใดที่เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง บทความนี้จึงมุ่งศึกษาแนวทางการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (2) ภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เพื่อค้นหาแนวทางปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในประเทศไทยและต่างประเทศ พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับประเทศไทย

โดยผลการศึกษาพบว่า กลุ่มประเทศที่ยังคงอนุญาตให้มีการลงโทษทางร่างกายเด็กได้ คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กสอดคล้องกับหลักพิจารณาว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็น “สิ่งสำคัญลำดับแรก” (primary consideration) ที่มาจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 แต่กลุ่มประเทศที่ได้ดำเนินการปฏิรูปกฎหมายการลงโทษเด็กคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กสอดคล้องกับหลักพิจารณาว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็น “สิ่งสำคัญที่สุด” (paramount consideration) ที่มาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบว่า แนวทางการให้ความคุ้มครองเด็กในประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักพิจารณาว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็น “สิ่งสำคัญลำดับแรก” แต่ประเทศไทยยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่จะสามารถให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ บทความนี้จึงได้เสนอแนะให้มีการกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยการบัญญัติเป็นมาตรา 1567/1 โดยการพัฒนารายการของการกระทำที่เฉพาะเจาะจงเพื่อป้องกันการลงโทษที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก และกำหนดแนวทางในการประเมินการลงโทษตามสมควรที่ใช้บังคับร่วมกันระหว่างหน่วยงาน

คำสำคัญ: การลงโทษทางร่างกาย, ตามสมควร, หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

Abstract

Sixty two nations worldwide have amended laws on parental authority, specifically related to corporal punishment. Some nations continue to view as lawful “moderate” and “reasonable” acts committed in the best interest of the child. Remaining strong controversies raise the question of defining the best interest of the child. This study focuses on the child protection from corporal punishment right enacted in Thai Civil Law’s Section 1567 (2) under the concept of “the best interest of child”. The goal was to suggest appropriate solutions for Thailand.

The study found that the states still permit corporal punishment as in the best interest of the child according to the “primary consideration” of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC; 1989). Other groups embracing legal reform follow the “paramount consideration” of the Declaration of the Rights of the Child by the United Nations in 1959. By comparison, Thai law protects children by following the primary consideration but lacks comprehensive and effective legal reform on corporal punishment. For the reasons stated above, this study proposes that legal reform allowing reasonable corporal punishment be implemented by adding Section 1567/1 to the Civil and Commercial Code. This includes the development of the list of specific acts to prevent potential harm to children together with the establishment of guidelines for reasonable evaluation to be applied by all related departments.

Keywords: Corporal Punishment, Reasonable, The Best Interests of the Child

1. บทนำ

การลงโทษทางร่างกายเป็นวิธีการลงโทษประการหนึ่งซึ่งได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายจากบิดามารดาและผู้ปกครองทั่วโลกในฐานะเครื่องมือสำหรับการอบรมสั่งสอนแก้ไขและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของเด็กเพื่อพัฒนาเด็กให้เจริญเติบโตเป็นคนดีของสังคม อย่างไรก็ตาม การลงโทษทางร่างกายเป็นการกระทำที่กำกับพฤติกรรมของเด็กอันเป็นการใช้ปัจจัยภายนอก ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลร้าย สร้างความหวาดกลัว และพฤติกรรมเคารพความรุนแรงต่อตัวผู้ถูกกระทำอันเป็นผลร้ายต่อตัวเด็ก เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการพัฒนาเด็กประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มาตรา 1567 (2) บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอน” การยอมรับมุมมองที่มีสมมติฐานว่า “ผู้ปกครองอาจกลายเป็นผู้ทำร้ายเด็กเสียเอง” สอดคล้องกับสถานการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับเด็กในปัจจุบัน ซึ่งพบว่าความรุนแรงส่วนใหญ่มาจากการกระทำของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง แม้ว่าสิ่งนั้นจะมีจุดเริ่มต้นมาจากแรงจูงใจหรือเจตนาดีที่ต้องการอบรมสั่งสอนบุตรผู้เยาว์

ในปัจจุบันหลายประเทศทั่วโลกได้ห้ามการลงโทษทางร่างกายทุกรูปแบบและส่งเสริมในเรื่องการห้ามตีหรือการใช้ความรุนแรงกับเด็ก เช่น สวีเดน (1979) เยอรมนี (2000) ฝรั่งเศส (2019) ญี่ปุ่น (2020) สาธารณรัฐเกาหลี (2021) รวมถึงสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือในบางดินแดน¹ เช่น สกอตแลนด์ (2019) และเวลส์ (2020)² อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลายประเทศทั่วโลกยังมีความเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการลงโทษทางร่างกายตามสมควร การค้นหาแนวทางการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กอันเป็นหลักการทั่วไปในการให้ความคุ้มครองเด็กที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในปัจจุบัน ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 3 (1)

¹ สหราชอาณาจักรประกอบด้วยอังกฤษ เวลส์ สกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ ซึ่งแต่ละแห่งมีอำนาจในการตรากฎหมายของตนเอง แม้ว่ารัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรจะยังคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและมีสิทธิที่จะออกกฎหมายในเรื่องใด ๆ ก็ตาม

² End Corporal Punishment, **Legality of corporal punishment worldwide** [Online], 28 July 2021. Source: <https://endcorporalpunishment.org/global-progress/global-table-of-legality/>

แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทสังคมไทยจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่จะสามารถช่วยทำให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีประสิทธิภาพเพียงพอ

2. แนวคิดเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child)

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ผ่านคำพิพากษาของศาล กฎหมายลักษณะครอบครัว และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลี้ยงดูเด็กมาเป็นระยะเวลายาวนาน โดยถูกรับรองไว้ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับและได้รับการเสนอให้มีการกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งเป็นตราสารระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักการสำคัญของอนุสัญญาฯ ที่เป็นเครื่องมือในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในทุก ๆ กรณี³ และถือเป็นกรอบระหว่างประเทศเพื่อห้ามการลงโทษเด็กประการหนึ่ง ผลประโยชน์สูงสุดเป็นหลักการตีความใหม่และเป็นที่ถกเถียงกันในทางกฎหมายระดับสากลว่า “อะไรคือประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก ซึ่งก่อให้เกิดคำถามที่ไม่สิ้นสุดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และคุณค่าของชีวิต”⁴ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ขยายหลักการดังกล่าวเพื่อให้ครอบคลุมทุกการตัดสินใจทั้งหมดที่มีผลกระทบต่อเด็ก ประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องเป็นข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรกในทุกการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ใช่เพียงแค่การดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการเท่านั้น แต่ยังรวมถึงสถาบันภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ผู้ร่างอนุสัญญาไม่เพียงแต่ขยายขอบเขตของหลักการดังกล่าวเท่านั้น แต่ยังทำให้เกิดหลักการที่ครอบคลุมอย่างทั่วถึงและเป็นหลักการสำคัญต่อการปฏิบัติงานโดยรวมของอนุสัญญา คณะกรรมการสิทธิเด็กได้พัฒนาหลักการนี้โดยนิยามความหมายประโยชน์สูงสุดของ

³ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 5.

⁴ Michael D.A. Freeman, Upholding the Dignity and Best Interest of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children [Online], 2 August 2021. Source: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol73/iss2/9>

ดีกว่าเป็น “หลักการทั่วไป” ซึ่งชี้ว่าการตีความอนุสัญญาทั้งฉบับ⁵ หลักการดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการตีความที่ได้รับการพัฒนาขึ้นเพื่อจำกัดการขยายอำนาจของผู้ใหญ่ที่มีอยู่เหนือเด็ก เช่น ผู้ปกครอง ครู อาจารย์ หมอ ผู้พิพากษา หรือผู้อื่น ซึ่งมีพื้นฐานมาจากการรับรู้ว่าผู้ใหญ่เป็นเพียงบุคคลที่อยู่ในฐานะผู้ตัดสินใจแทนเด็ก เนื่องจากเด็กยังขาดประสบการณ์และวิจารณญาณที่เพียงพอ⁶

2.1 ความหมายและขอบเขตของคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก”

ข้อ 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ได้กำหนดว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”⁷

2.1.1 “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก” (In All Actions Concerning Children)

ตามข้อ 3 (1) หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กจะนำไปใช้ในการดำเนินการทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ คณะกรรมการสิทธิเด็กได้ตั้งข้อสังเกตว่าคำว่า “การกระทำ” ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงแต่เพียงการตัดสินใจเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบรรดาการกระทำ

⁵ Thomas Hammarberg, THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD – WHAT IT MEANS AND WHAT IT DEMANDS FROM ADULTS [Online], 2 August 2021. Source: <https://rm.coe.int/16806da95d>

⁶ Jean Zermatten, **The Best Interests of the Child** [Online], 2 August 2021. Source: https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_best-interest-child2009.pdf

⁷ Article 3 (1) Convention on the Rights of the Child

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

การปฏิบัติ ข้อเสนอแนะ การให้บริการ กระบวนการต่าง ๆ และมาตรการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง”⁸ นอกจากนี้ การเพิกเฉยหรือความล้มเหลวในการดำเนินการและการละเว้นก็ถือเป็น “การกระทำ” ตามความมุ่งประสงค์ของมาตรา 3⁹ แนวทางการปฏิบัติที่กว้างขวางนี้มีความเหมาะสมเนื่องจากการยกเว้น “การไม่กระทำการ” ถือเป็นการยอมให้เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น การละเลยเด็ก ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 3 (2) ที่กำหนดพันธกรณีเชิงบวกต่อรัฐภาคีในการใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งหมดเพื่อประกันการดูแล การคุ้มครองและความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก ความหมายทั่วไปของวลีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าควรตีความบทบัญญัติอย่างกว้าง เช่นเดียวกับที่มีผู้ชี้ให้เห็นว่าการใช้คำในลักษณะพหูพจน์ (Children) แทนคำในลักษณะเอกพจน์ (Child) บ่งบอกถึงเจตนารมณ์ของหลักการในการที่จะบรรจุเป้าหมายที่ครอบคลุมอย่างกว้างขวางมากกว่าอย่างแคบ¹⁰

คำว่า “เกี่ยวกับ” มักจะถูกตีความโดยคณะกรรมการสิทธิเด็กว่ามีความหมายเหมือนกันกับคำว่า “มีผลกระทบ” ซึ่งรับรองความสอดคล้องกับข้อ 12 ของอนุสัญญาที่ให้สิทธิเด็กในการแสดงความคิดเห็นในทุกเรื่อง “ที่มีผลกระทบ” ต่อพวกเขา คณะกรรมการได้จำแนกความแตกต่างในการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดไปใช้เป็น 2 ระดับ¹¹ ดังนี้

ประการแรก คำว่า “เกี่ยวกับ” หมายถึง มาตรการและการตัดสินใจโดยตรงเกี่ยวกับเด็ก กลุ่มเด็กหรือเด็กทั่วไป ซึ่งรวมถึงการตัดสินใจโดยตรงเกี่ยวกับเด็กคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ตัวอย่างเช่น ในเรื่องการดูแล การติดต่อ หรือในเรื่องที่เกี่ยวกับกระบวนการทางการแพทย์สำหรับเด็ก การศึกษาของเด็กหรือวิธีการอบรมสั่งสอนเด็ก

⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, para 17.

⁹ Ibid., para 18.

¹⁰ John Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: a commentary*, (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 77.

¹¹ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, para 19.

ประการที่สอง หลักการนี้ใช้กับมาตรการที่มีผลกระทบต่อเด็กแต่ละคน กลุ่มเด็กหรือเด็กทั่วไป แม้ว่าจะไม่ใช่เป้าหมายโดยตรงของมาตรการก็ตาม แต่การตัดสินใจดังกล่าวสามารถส่งผลกระทบต่อเด็ก รวมถึงเรื่องนโยบายการวางแผนตัดสินใจจนถึงนโยบายทางเศรษฐกิจที่หลากหลาย ซึ่งอาจไม่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน แต่สามารถส่งผลกระทบต่อเด็ก

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิเด็กยังชี้แจงด้วยว่า “ไม่ได้หมายความว่าในทุกการกระทำของรัฐจำเป็นต้องประกอบด้วยกระบวนการที่สมบูรณ์และกระทำอย่างเป็นทางการ” ในการประเมินและกำหนดถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กตามที่คณะกรรมการได้ระบุไว้ “การตัดสินใจจะส่งผลกระทบอย่างใหญ่หลวงต่อเด็กหรือกลุ่มเด็ก ระดับการคุ้มครองที่เพิ่มมากขึ้นและขั้นตอนโดยละเอียดในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กคือสิ่งที่เหมาะสม” ดังนั้นคำว่า “เกี่ยวกับ” จะต้องได้รับการพิจารณาโดยสถานการณ์แต่ละกรณีเพื่อให้เห็นถึงผลกระทบของบรรดาการกระทำทั้งปวงต่อเด็ก¹²

2.1.2 “ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ” (Whether Undertaken by Public or Private Social Welfare Institutions, Courts of Law, Administrative Authorities or Legislative Bodies)

ข้อ 3 (1) กำหนดให้สถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก คณะกรรมการสิทธิเด็กได้ให้คำแนะนำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานเหล่านี้ในความคิดเห็นทั่วไปของข้อ 3 โดยเน้นว่า “ข้อกำหนดนี้ไม่ควรถูกพิจารณาอย่างแคบ” และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (เช่น การดูแล สุขภาพ สิ่งแวดล้อม การศึกษา ธุรกิจ การพักผ่อนและสันทนาการ ฯลฯ) แต่ยังรวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพ (เช่น การจดทะเบียนแจ้งเกิด การคุ้มครองจากความรุนแรงในทุกกรณี เป็นต้น) รวมถึงหน่วยงานเอกชนซึ่งมีบทบาทในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของเด็กไม่ว่าจะได้แสวงหาผลกำไรหรือไม่ก็ตาม¹³ คณะกรรมการได้ระบุด้วยว่า “แม้ผู้ปกครองจะไม่ได้ถูกกล่าวถึงอย่างชัดเจนในข้อ 3 (1) แต่ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก “จะเป็นข้อคำนึงพื้นฐาน

¹² Ibid., para 20.

¹³ Ibid., para 26.

ของผู้ปกครอง” ตามข้อ 18 (1)¹⁴ แห่งอนุสัญญา¹⁵ ในเรื่องนี้มีผู้เห็นว่า จุดอ่อนของข้อ 18 (1) อยู่ที่การใช้คำว่า “จะ” (will) ซึ่งขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ที่ใช้คำว่า “ต้อง” (shall) ในข้อ 3 (1) ซึ่งกล่าวถึงการดำเนินการของสถาบัน ศาลยุติธรรม ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องเป็นข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรก¹⁶ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าภายใต้เงื่อนไขของอนุสัญญาหน่วยงานเอกชนและผู้ปกครองจะไม่ใช้ภาควิชาของอนุสัญญา แต่เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องใช้มาตรการภายในที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้แน่ใจว่าหน่วยงานเอกชนและผู้ปกครองได้ดำเนินการบนพื้นฐานของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก รัฐภาคีจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการดังกล่าว และผู้ปกครองจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดผลประโยชน์สูงสุดของบุตรหลานของตน ซึ่งคณะกรรมการได้แนะนำให้รัฐภาคีบังคับใช้กฎหมายที่เหมาะสมในการฝึกอบรมสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพที่ทำงานร่วมกับเด็ก และการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับข้อ 3 แก่เด็กและครอบครัว¹⁷ นอกจากนี้ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กยังได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราอื่นในอนุสัญญาฯ ซึ่งจะต้องถูกนำมาอ้างอิงในสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจง ได้แก่ การแยกเด็กออกจากครอบครัว (ข้อ 9) การอุปถัมภ์เด็ก (ข้อ 20) การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ข้อ 21) การลิดรอนเสรีภาพ (ข้อ 37) และสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านกฎหมายและการปฏิบัติต่อสิทธิของเด็กในกระบวนการยุติธรรม (ข้อ 40)

¹⁴ Article 18 (1) Convention on the Rights of the Child

“States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.”

¹⁵ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, para 25.

¹⁶ Michael D.A. Freeman, **Upholding the Dignity and Best Interest of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children**, p. 217.

¹⁷ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, para 15.

2.1.3 “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก” (The Best Interest of the Child Shall Be A Primary Consideration)

ไม่มีคำอธิบายหรือระบุเกี่ยวกับการบังคับใช้หรือหน้าที่อย่างชัดเจนหรือมีกฎเกณฑ์ที่แน่ชัดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กในอนุสัญญา โดยระบุแต่เพียงว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”¹⁸ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเริ่มจากการมุ่งเน้นไปยังคำว่า “สูงสุด” ในช่วงเวลาแห่งการร่างอนุสัญญามีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งถูกโต้แย้งว่า “ประโยชน์สูงสุด” หมายถึง สิ่งที่สูงที่สุดในทุกสถานการณ์ ประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นอาจจะบดบังประโยชน์อื่นใด เมื่อพิจารณาถึงการตีความตามตัวอักษรของข้อโต้แย้งดังกล่าว เด็กอาจจะถูกพิจารณาเป็นข้อยกเว้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดสิทธิที่ขัดแย้งกับผู้ใหญ่หรือหน่วยงานทางสังคมอื่น ๆ อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งสถานะดังกล่าวนั้นอยู่นอกเหนือการควบคุมและไม่ชัดเจนของผู้ร่างอนุสัญญา หากพิจารณาข้อ 3 (1) และข้อ 5 ของอนุสัญญาที่ระบุถึงความรับผิดชอบ สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา จะพบหลักฐานที่ชี้ชัดว่าเด็กไม่ได้รับการพิจารณาให้เกินไปกว่าปัจเจกชนคนหนึ่ง แต่เป็นเพียงหนึ่งในสมาชิกของครอบครัวและชุมชน ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของรัฐ¹⁹

เมื่อพิจารณารวมกัน คำว่า “ผลประโยชน์” และ “สูงสุด” หมายถึง เป้าหมายสูงสุดเพื่อความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก ดังที่ถูกระบุไว้ในอนุสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนของอารัมภบทและข้อ 3 ของอนุสัญญา²⁰ ซึ่งในข้อ 3 (2) ของอนุสัญญาช่วยแสดงให้เห็นถึงคำอธิบายของหลักประโยชน์สูงสุดว่า รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเพื่อทำให้มั่นใจว่าเด็กจะได้รับการคุ้มครองและดูแลเท่าที่จำเป็นต่อความเป็นอยู่ที่ดี โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครอง ผู้ดูแล หรือบุคคลอื่นใดที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมาย และต้องมีมาตรการทางกฎหมายและทางบริหารที่จำเป็นและเหมาะสม และข้อ 3 (3) ระบุให้รัฐภาคีจะต้องทำให้แน่ใจว่าสถาบัน หน่วยงานบริการและหน่วยงานอำนวยความสะดวกที่รับผิดชอบในการดูแลหรือคุ้มครองเด็กจะต้องมีมาตรฐานที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งกำหนดโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

¹⁸ Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child*, p. 7.

¹⁹ Ibid., p. 10.

²⁰ Ibid., p. 11.

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในด้านความปลอดภัย ด้านสุขภาพ ตามจำนวนและความเหมาะสมของเจ้าหน้าที่ตลอดจนการกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพ²¹

คำว่า “เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”²² แสดงให้เห็นถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะหนึ่งในข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรก ซึ่งแนวคิดทั่วไปของประโยชน์สูงสุดไม่อาจเพียงพอในตัวเอง แนวคิดดังกล่าวจะต้องนำมาพิจารณาร่วมกันกับกฎเกณฑ์บรรทัดฐานประการอื่นด้วย บทบัญญัตินี้ได้กล่าวถึงคำว่าหนึ่งในข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรกและไม่ใช่ว่าข้อพิจารณาที่สำคัญเพียงหนึ่งเดียวเท่านั้น ซึ่งแท้จริงแล้วในสถานการณ์ที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องทำการตัดสินใจ สิ่งสำคัญเฉพาะเจาะจงบางอย่างจะต้องถูกนำมาคำนึงร่วมกันกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก การพิจารณาจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เป็นไปได้ทั้งหมดจากการตัดสินใจนั้นต่อเด็กหรือกลุ่มเด็ก ดังนั้น ประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงไม่จำเป็นต้องอยู่เหนือประโยชน์อื่น ๆ ในแต่ละกรณี ยกตัวอย่างเช่น ประโยชน์ของผู้ปกครอง ประโยชน์ของเด็กคนอื่น ประโยชน์ของผู้ใหญ่ ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐ²³

เกี่ยวกับ “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” มีผู้อธิบายไว้²⁴ ดังนี้

Adiva Sifris และทีมงาน ได้อธิบายว่า หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก คือ หลักการที่ศาลจะนำไปใช้ในการพิจารณาคดีและตระหนักถึง โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมและ

²¹ ข้อ 3 (2) และข้อ 3 (3) เกี่ยวข้องกับหลักการทั่วไปและแนวคิดของ “สวัสดิภาพ” ของเด็ก ซึ่งไม่ใช่แนวคิดของกระบวนการของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ถือเป็นจุดอ้างอิงที่สำคัญในการตีความพันธกรณีทั่วไปหรือโดยรวมที่มีอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

²² อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจง ผู้ร่างตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ใช้คำว่า “ที่สุด” (the) เมื่อกล่าวถึงความสูงสุดของผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่น ข้อ 21 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งระบุว่า “รัฐภาคีที่ยอมรับและ/หรืออนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะต้องทำให้แน่ใจว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องเป็นข้อพิจารณาที่มีความสำคัญที่สุด...” และข้อ 23 (2) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ซึ่งระบุว่า “รัฐภาคีจะต้องทำให้แน่ใจว่าสิทธิและความรับผิดชอบของคนพิการ ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุด...” ในกรณีเหล่านี้ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะกลายเป็นปัจจัยชั้นนำเพียงประการเดียวเมื่อพิจารณาถึงแนวทางแก้ไขปัญหามาตรฐานที่สูงกว่าจะมีผลบังคับใช้

²³ Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child*, p. 11.

²⁴ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, *หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก*, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), หน้า 257-258.

โอกาสที่ดีที่สุดต่อคุณภาพชีวิตของเด็ก โดยนำมาปรับใช้ได้อย่างยืดหยุ่นและหลากหลายตามแต่กรณีที่เกิดขึ้น

Benjamin D. Garber ได้อธิบายว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง ประโยชน์ในการพัฒนาขั้นพื้นฐาน เช่น ประโยชน์ทางร่างกาย อารมณ์ จิตวิทยาและสติปัญญาของเด็ก

Jean Zermatten ได้อธิบายว่า หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญในทางกฎหมาย โดยการปรับใช้หลักการนี้ผู้ใหญ่ที่มีหน้าที่ดำเนินการตัดสินใจในฐานะตัวแทนของเด็กจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือความผาสุกของเด็กเป็นสำคัญ

Joan B. Kelly ได้อธิบายว่า หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง สิ่งที่มีองค์ประกอบหลายประการอันพึงประสงค์ของเด็กที่จะทำให้เด็กนั้นมีการปรับตัวและพัฒนาตนเองได้อย่างยั่งยืน

Robert H. Mnookin ได้อธิบายว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง สิ่งที่เป็นผลร้ายต่อเด็กน้อยที่สุด

นักวิชาการไทยหลายท่านได้อธิบายความหมายของประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ²⁵ ได้อธิบายว่าหมายถึง “สิ่งที่ดีที่สุดเพื่ออนาคตของผู้เยาว์ ไม่ว่าสิ่งนั้นจะเป็นอนาคตในการศึกษา ในทางศีลธรรม ในการได้รับการดูแลเลี้ยงดู ในการอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดีงาม ฯลฯ”

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล²⁶ ได้อธิบายว่าหมายถึง “สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานะที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอดภายใต้กรอบของอนุสัญญาที่ให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก”

รองศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล²⁷ ได้อธิบายว่าหมายถึง “การคำนึงถึงประโยชน์ ความผาสุกและสวัสดิภาพ รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เด็กควรได้รับการปกป้อง

²⁵ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12502/2558 ประโยชน์สูงสุดของบุตรผู้เยาว์, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 46 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2560), หน้า 874.

²⁶ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, ดุลพาห, ปีที่ 41 ฉบับที่ 5 (กันยายน - ตุลาคม 2537), หน้า 19.

คุ้มครองเป็นสำคัญ” และได้อธิบายเพิ่มเติมว่า น่าจะหมายความว่า “...การพิจารณาให้การกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดต้องไม่ขัดต่อหลักพื้นฐานในการคุ้มครองเด็กที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ นี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การกระทำหรือไม่กระทำในทางตรงกันข้ามกับหลักการพื้นฐานนั้นจะเป็นประโยชน์แก่เด็กในสถานการณ์นั้นยิ่งกว่า” ด้วย²⁸

ลักษณะของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กแสดงให้เห็นถึงความยืดหยุ่นและกว้างขวาง ตลอดจนศักยภาพและจุดอ่อนที่แท้จริงของหลักการนี้ เนื่องจากแนวคิดนี้ไม่ได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความแตกต่างของเวลาและสถานที่และจากอัตวิสัยที่หลากหลาย แนวคิดนี้จึงอาจทำให้ความเข้าใจเรื่องสิทธิเด็กสูญเปล่าและก่อให้เกิดข้อโต้แย้งที่ร้ายแรง ในแง่นี้อาจเป็นประโยชน์ต่อรัฐหรือครอบครัวที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็ก ซึ่งส่งผลให้แนวคิดนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก อย่างไรก็ตาม มีผู้อธิบายว่า “การขาดความแน่นอนหรือความไม่แน่นอนปรากฏในหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก การขาดความแน่นอนดังกล่าว ซึ่งบางคนอาจมองว่ามีความยืดหยุ่นและความเป็นธรรมเป็นสิ่งสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในแต่ละกรณี ซึ่งเป็นสิ่งที่หลักประโยชน์สูงสุดควรจะต้องมี”²⁹ ความยืดหยุ่นของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กทำให้หลักการนี้สามารถนำไปปรับใช้ในเวลาและสถานที่ที่แตกต่างกันในแต่ละสภาพสังคม วัฒนธรรมและระบบกฎหมาย หลักการนี้เป็นแนวคิดครอบจักรวาลที่นำไปปรับใช้ได้กับทุกที่และเป็นประโยชน์ ซึ่งใช้บังคับได้จริงในฐานะ “เครื่องมือสารพัดประโยชน์” (the jack of all trades) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เชื่อมโยงระหว่างแนวคิดทฤษฎีและการปฏิบัติ”³⁰

อย่างไรก็ตาม Michael D.A. Freeman ได้อธิบายว่า “ผลประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปตามความเชื่อพื้นฐานของปัจเจกชนและมีขอบเขตที่ไม่ชัดเจน โดยความรุนแรงต่อเด็กนั้นเป็นเรื่องหนึ่งที่ได้รับฉันทามติในระดับสากล” ซึ่งสอดคล้องกับที่มีผู้เห็นว่า “อาจมีการสอดแทรกอคติใด ๆ อันเกิดจากความหวาดกลัวทางศาสนา ความเชื่อหรือลัทธิ เข้าไปในหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตัวอย่างเช่น “อคติที่มีต่อพวก

²⁷ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก, หน้า 6.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 260.

²⁹ Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child*, p. 18.

³⁰ Ibid.

รกร่วมเพศ” และ “การโจมตีวัฒนธรรมการขลิบอวัยวะของเด็ก โดยการอ้างถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งอาจสะท้อนให้เห็นถึงความเกลียดชังหรือการต่อต้านลัทธิหรือศาสนาหรือความเชื่อใดความเชื่อหนึ่งก็ได้” หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยังสะท้อนให้เห็นถึงความหมายเชิงครอบงำ ดังที่ Irene Théry นักสังคมศาสตร์ชาวฝรั่งเศสอธิบายว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเพียงข้อแก้ตัวสำหรับแนวความคิดที่ทรงอิทธิพล ข้อแก้ตัวสำหรับการตัดสินใจส่วนบุคคล ข้อแก้ตัวสำหรับครอบครัวยุค และเป็นเรื่องนโยบายทางสังคมโดยทั่วไปที่ซึ่งกฎหมายถูกใช้ในฐานะที่เป็นเพียงเครื่องมือสำหรับการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเด็ก”³¹ และอาจมีความแตกต่างระหว่างประโยชน์สูงสุดของเด็กในปัจจุบันกับประโยชน์ที่มุ่งหวังในอนาคต ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้ก่อให้เกิดความขัดแย้ง สิ่งใดก็ตามที่ทำให้เด็กอายุ 7 ปี มีความสุข อาจขัดแย้งหรือส่งผลร้ายต่อตัวเด็กเองเมื่ออายุ 21 ปี เมื่อการไม่ลงโทษอบรมสั่งสอนนำไปสู่ความประพฤติที่อาจไม่ใช่ประโยชน์สูงสุดของเด็ก³² หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นแนวคิดทางกฎหมายสมัยใหม่ที่ยังไม่มีการศึกษาอย่างครอบคลุม เนื่องจากมีเนื้อหาค่อนข้างคลุมเครือและมีหน้าที่อย่างหลากหลาย การนำแนวคิดนี้ไปประยุกต์ใช้ในประเด็นที่เจาะจงจึงมีความเหมาะสมและการอธิบายรายละเอียดอย่างเป็นระบบในวิชานิติศาสตร์จะต้องสอดคล้องกับความต้องการที่เป็นรูปธรรม³³

³¹ Michael D.A. Freeman, *Upholding the Dignity and Best Interest of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children*, p. 217.

³² Robert H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy* [Online], 3 August 2021. Source: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3457&context=lcp>

³³ Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child*, p. 5.

2.2 การนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้

2.2.1 การประเมินและสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สูงสุดของเด็กและประโยชน์อื่น ๆ

คณะกรรมการสิทธิเด็กได้อธิบายว่ารัฐต่าง ๆ จะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นทั้งหมดเพื่อนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไปปรับใช้อย่างรอบคอบ คำแนะนำนี้ประกอบด้วยหน้าที่ 3 ประการ³⁴ ดังนี้

ประการแรก หน้าที่ที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ถูกนำไปปรับใช้อย่างเหมาะสมทุกการกระทำที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ ซึ่งการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อโดยตรงและโดยอ้อมต่อเด็ก

ประการที่สอง หน้าที่ที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหารรวมถึงนโยบายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กได้แสดงให้เห็นถึงการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก

ประการที่สาม หน้าที่ที่จะต้องให้แน่ใจว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้รับการประเมินและถือว่าเป็นหนึ่งในสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรกในการตัดสินใจและการดำเนินงานของภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

คณะกรรมการยังได้ระบุถึงมาตรการเฉพาะหลายประการซึ่งรัฐจะต้องนำมาใช้เพื่อให้แน่ใจว่ามีการกำหนดกฎเกณฑ์และระบบการกำกับดูแลที่สามารถรับประกันได้ว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเป็นหนึ่งในข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรกในทุกการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเด็ก มาตรการเหล่านี้รวมถึงกรอบทางกฎหมายที่เหมาะสมและกระบวนการร้องเรียนซึ่งต้องดำเนินการควบคู่ไปกับการรวบรวมข้อมูล การจัดเตรียมและกลั่นกรองข้อมูลแก่ผู้ประกอบวิชาชีพที่มีผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อเด็กและจัดให้มีการฝึกอบรมแก่เด็กเพื่อให้ตระหนักถึงสิทธิภายใต้ข้อ 3 ตลอดจนมาตรการสำหรับเด็กเพื่อให้รับรู้สิทธิของตนเองและการรับรู้เกี่ยวกับหลักการผลประโยชน์สูงสุด³⁵

³⁴ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, paras 13-14.

³⁵ Ibid., paras 15 (a)–(h).

แม้จะมีขอบเขตที่กว้างแต่มาตรการเหล่านี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับมุมมองใดมุมมองหนึ่ง โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก คณะกรรมการสิทธิเด็กเรียกร้องให้มีกระบวนการสำหรับการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อเด็กในทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อช่วยส่งเสริมให้หน่วยงานที่รับผิดชอบมีความเข้าใจถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก³⁶ โดยคณะกรรมการระบุว่า “เมื่อใดก็ตามที่ต้องมีการตัดสินใจซึ่งมีผลกระทบต่อเด็ก กลุ่มเด็กหรือเด็กทั่วไป กระบวนการพิจารณาเหล่านี้จะต้องรวมถึงการประเมินผลกระทบทั้งทางบวกและทางลบที่เกี่ยวข้องกับเด็ก การประเมินและกำหนดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องมีกระบวนการรับรองในแต่ละขั้นตอน ซึ่งการให้เหตุผลสำหรับการตัดสินใจจะต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิของเด็กได้รับการพิจารณาอย่างชัดเจน ในการนี้รัฐภาคีจะต้องชี้แจงได้ว่าการตัดสินใจดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นถึงการเคารพสิทธิของเด็กอันถือเป็นสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง ปัจจุบันไต่บ้างที่ถูกนำมาพิจารณาและชี้แจงน้ำหนักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเมื่อเทียบกับประโยชน์อื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเชิงนโยบายหรือในประเด็นปัญหาตามแต่ละกรณี”³⁷ คณะกรรมการสิทธิเด็กได้พยายามเสนอวิธีการที่จะบรรเทาความไม่แน่นอนและการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดมาใช้ในทางที่ผิด ซึ่งคณะกรรมการได้เน้นย้ำว่าหลักการนี้มีความเป็น “พลวัต” และ “ยืดหยุ่น” และการประเมินผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องกระทำเป็นรายกรณีและปฏิบัติตาม 2 ขั้นตอน³⁸ ดังนี้

ประการแรก ในบริบทของแต่ละกรณี การค้นหาคำประกอบที่เกี่ยวข้องในการประเมินผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะทำให้เป็นรูปธรรมและสามารถกำหนดน้ำหนักความสัมพันธ์ของแต่ละบุคคล

ประการที่สอง ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายและนำไปปรับใช้ในทางที่ถูกต้อง

³⁶ John Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: a commentary*, p. 82.

³⁷ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, para 6 (c).

³⁸ Ibid., para 46.

ในการระบุงค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับการประเมิน คณะกรรมการได้จัดทำรายการโดยย่อและไม่มีลำดับชั้น ซึ่งรวมถึงมุมมองของเด็ก อัตลักษณ์ส่วนตัวของเด็ก สภาพแวดล้อมในครอบครัวที่เด็กเติบโตและการรักษาความสัมพันธ์ การดูแล การปกป้อง และการให้ความปลอดภัยแก่เด็กในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยง รวมถึงสิทธิในการศึกษาและสุขภาพของเด็ก³⁹ ในส่วนที่เกี่ยวกับความสมดุลขององค์ประกอบเหล่านี้ คณะกรรมการได้อธิบายว่า “การประเมินประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นการประเมินขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบที่หลากหลาย น้ำหนักของแต่ละองค์ประกอบมีความสัมพันธ์กับองค์ประกอบอื่น ๆ”⁴⁰ ในส่วนของการประเมินประนอมความขัดแย้งระหว่างองค์ประกอบต่าง ๆ คณะกรรมการได้อธิบายว่า “องค์ประกอบต่าง ๆ จะต้องถ่วงดุลซึ่งกันและกันเพื่อที่จะค้นหาแนวทางของประโยชน์สูงสุดของเด็ก”⁴¹ หลักการของสิทธิมนุษยชนต่างพึ่งพาซึ่งกันและกัน ซึ่งกำหนดว่าการตัดสินใจจะไม่ถือว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเมื่อผลลัพธ์ที่ปรากฏออกมาขัดแย้งกันภายใต้อนุสัญญาหรือขัดแย้งกับตราสารสิทธิมนุษยชนอื่น⁴² แนวคิดของการพึ่งพาซึ่งกันและกันของหลักการเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงแนวทางการนำหลักประโยชน์สูงสุดมาปรับใช้ของคณะกรรมการสิทธิเด็ก ผลพวงก็คือองค์ประกอบใดที่ขัดแย้งกับสิทธิของเด็กภายใต้อนุสัญญาจะไม่สามารถนำมาพิจารณาว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก⁴³ ข้อพิจารณาสำคัญสำหรับการตัดสินใจเพื่อระบุถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กภายใต้แนวคิดของหลักการนี้คือ กระบวนการที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจจะต้องดำเนินการ ซึ่งอาจช่วยให้สามารถโต้แย้งข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่ว่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ไม่สามารถระบุได้อย่างชัดเจน ก่อให้เกิดดุลยพินิจที่ไม่อาจตรวจสอบได้ในแง่ของการใช้อำนาจ และเป็นช่องว่างของกฎหมายสำหรับการแสวงหาประโยชน์ของผู้อื่น

³⁹ Ibid., paras 52-79.

⁴⁰ Ibid., para 80.

⁴¹ Ibid., para 81.

⁴² Ibid., paras 6 and 32.

⁴³ John Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: a commentary*, p.

2.2.2 แนวทางการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นไม่ได้เป็นประโยชน์เพียงหนึ่งเดียวเสมอไปและไม่ได้อยู่เหนือประโยชน์อื่น ๆ แต่อาจมีประโยชน์อื่นใดที่มีความสำคัญเทียบเท่ากันอยู่ด้วยในแต่ละสถานการณ์ ซึ่งประโยชน์ของเด็กจะต้องเป็นวัตถุประสงค์ของการพิจารณาที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจจะต้องแสดงให้เห็นว่าประโยชน์ของเด็กนั้นได้รับการประเมินและการพิจารณาในฐานะหนึ่งในข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรก การใช้คำว่า “คำนึงถึงเป็นลำดับแรก” (a primary consideration) จึงเป็นการบัญญัติให้เกิดเป็นหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาในการตัดสินใจทั้งปวงซึ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กที่นำไปสู่การเปรียบเทียบเชิงคุณค่าระหว่างกฎเกณฑ์อื่น ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าอาจมีประโยชน์อื่นนอกเหนือจากประโยชน์ของเด็กที่จะต้องนำมาประกอบการพิจารณาร่วมกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างผลลัพธ์ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของเด็กและประโยชน์อื่น ๆ ผลประโยชน์เหล่านี้อาจขัดแย้งกันได้ การยกประโยชน์ของเด็กให้เหนือกว่าประโยชน์อื่นใดทั้งปวงย่อมไม่ใช่เรื่องที่เหมาะสม แต่อาจส่งผลให้เป็นการยกสถานะของเด็กให้เกินเลยไปกว่าความมุ่งหมายที่ต้องการ ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อการปกป้องคุ้มครองเด็กและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิใด ๆ ซึ่งเด็กมีอยู่แล้วในปัจจุบัน⁴⁴

เมื่อแนวทางการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่สำคัญที่สุดนั้นมิได้ถูกลบล้างไปโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 แต่ยังคงถูกนำมาปรับใช้ในบางสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจงผ่านการประเมินคุณค่าของผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับเด็ก ยกตัวอย่างเช่น ในสถานการณ์การขัดกันของผลประโยชน์ (conflict of interest) สถานการณ์ที่เด็กอาจตกอยู่ในอันตราย (dangerous situation) กรณีที่เด็กจะได้รับผลกระทบจากสถานการณ์นั้น (effect of danger) หรือกรณีที่ระยะเวลาที่ยันตรายหรือความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นได้ (period of danger or damage) ซึ่งผลร้ายอาจเกิดขึ้นเป็นที่ประจักษ์หรือเป็นเพียง

⁴⁴ Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child*, p. 11.

ผลที่อาจเกิดขึ้นได้กับเด็ก เป็นต้น จึงนำไปสู่แนวทางการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กผ่านการประเมินหลักประโยชน์สูงสุดที่แตกต่างกัน 2 แนวทาง⁴⁵ ดังนี้

แนวทางแรก การพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะเป็น “สิ่งที่มีความสำคัญที่สุด” (paramount consideration)

แนวทางที่สอง การพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะเป็น “สิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก” (primary consideration)

รองศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล⁴⁶ ได้อธิบายว่า หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้ง 2 แนวทางนั้นมีข้อแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ในกรณีที่ใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรกจะต้องชั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างประโยชน์สูงสุดของเด็กกับประโยชน์หรือสิทธิอื่นที่อยู่แวดล้อม ซึ่งอาจส่งผลให้ประโยชน์สูงสุดของเด็กมีน้ำหนักน้อยกว่าประโยชน์อื่น ๆ แต่การพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดจะใช้แก่กรณีที่มุ่งต่อการคุ้มครองประโยชน์ของเด็กเหนือสิ่งอื่นใด โดยผู้มีอำนาจตัดสินใจและศาลไม่จำเป็นต้องหดยิบยกประโยชน์อื่น ๆ มาพิจารณาหรือชั่งน้ำหนักความสำคัญในเชิงเปรียบเทียบเลย

มีข้อสังเกตที่สำคัญว่า ในระหว่างที่มีการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 คณะกรรมการร่างฯ ไม่ได้มีการพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้แต่อย่างใด ซึ่งผู้สังเกตการณ์ของประเทศที่เข้าร่วมได้กล่าวถึง “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ในระหว่างการพิจารณาข้อ 3 แห่งอนุสัญญาว่าเป็นสิ่งที่อยู่รอบกายเด็ก (all – round) อันได้แก่ การพัฒนาทางกายภาพ จิตวิญญาณ ศีลธรรม และสังคม ซึ่งคณะกรรมการร่างต้องการให้หลักประโยชน์สูงสุดถูกใช้ในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไปในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กภายในบริบทแวดล้อมของแต่ละรัฐภาคี อย่างไรก็ตาม ลักษณะที่กว้างขวางและขาดความชัดเจนของหลักประโยชน์สูงสุดกลับนำไปสู่ปัญหาในการปรับใช้และการตีความให้เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองเด็ก⁴⁷ และในกรณีที่จะต้องพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของ

⁴⁵ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก, หน้า 263-265.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 265-266.

⁴⁷ จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989, หน้า 24.

เด็กในฐานะ “สิ่งที่มีความสำคัญที่สุด” หรือ “สิ่งที่มีความสำคัญลำดับแรก” ล้วนแล้วแต่ต้องผ่านการประเมินและกำหนดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นรายกรณีโดยอาศัยปัจจัยทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง การปรับใช้และการตีความหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยอาศัยปัจจัยที่แตกต่างกัน และไม่อาจมีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนที่จะสามารถอธิบายได้ว่าสิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่จะต้องทำการประเมินโดยการชั่งน้ำหนักปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแบบองค์รวม ทั้งในระดับบุคคล ครอบครัว สังคม ไปจนถึงระดับประเทศ

3. แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กจากการลงโทษทางร่างกายตามสมควรในระดับสากล

ในปี ค.ศ. 2006 คณะกรรมการสิทธิเด็กได้มีมติให้ออกความคิดเห็นทั่วไปเกี่ยวกับการขจัดความรุนแรงต่อเด็ก ความคิดเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ฉบับที่ 8⁴⁸ มีวัตถุประสงค์เพื่อแนะนำรัฐภาคีในการทำความเข้าใจบทบัญญัติของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทุกรูปแบบ ความคิดเห็นทั่วไปนี้มุ่งเน้นไปที่การลงโทษทางร่างกายและการลงโทษในรูปแบบอื่น ๆ ที่โหดร้ายหรือย่ำยัศศักดิ์ศรี ซึ่งปัจจุบันรูปแบบการใช้ความรุนแรงต่อเด็กเป็นที่ยอมรับและปฏิบัติกันอย่างแพร่หลาย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่น ๆ รับรองสิทธิของเด็กในการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งระบุว่า รัฐภาคีจะต้องดำเนินการขจัดความรุนแรงต่อเด็ก คณะกรรมการสิทธิเด็กได้นัยย้ำถึง “ภาระหน้าที่ของรัฐภาคีทั้งหมดที่จะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วเพื่อห้ามและจัดการลงโทษทางร่างกายและการลงโทษเด็กในรูปแบบอื่น ๆ ที่โหดร้ายหรือย่ำยัศศักดิ์ศรีและเพื่อร่างมาตรการทางกฎหมาย และการสร้างความตระหนักและการศึกษาอื่น ๆ ที่รัฐต้องดำเนินการ”⁴⁹ การจัดสิ่งนี้ในครอบครัว ในโรงเรียนและสถานที่อื่น ๆ ไม่เพียงแต่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐภาคีภายใต้อนุสัญญา แต่ยังเป็นกลยุทธ์หลักในการลดและป้องกันความ

⁴⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment (Arts. 19; 28, Para. 2; and 37, inter alia), 2 March 2007, CRC/C/GC/8.

⁴⁹ Ibid., para 2.

รุนแรงในสังคมทุกรูปแบบ⁵⁰ คณะกรรมการได้แนะนำให้ห้ามการลงโทษทางร่างกายทั้งหมดในครอบครัวและสถานที่อื่น ๆ ไปยังรัฐต่าง ๆ ในทุกทวีปและได้รับการตอบรับโดยมีหลายรัฐที่กำลังดำเนินการออกกฎหมายที่เหมาะสมและมาตรการอื่น ๆ เพื่อยืนยันสิทธิของเด็กในการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความสมบูรณ์ทางร่างกาย และการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย⁵¹ ซึ่งคณะกรรมการได้กำหนดนิยามความหมายการลงโทษทางร่างกายไว้ว่า

“การลงโทษใด ๆ ที่ใช้กำลังทางกายภาพและต้องการที่จะทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความไม่สบายตัวในระดับหนึ่ง แต่ก็เบาบาง ซึ่งส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการตี (“การทุบ”, “การตบ”, “การตีกัน”) เด็ก โดยใช้มือหรืออุปกรณ์เสริม เช่น แส้ ไม้ เข็มขัด รองเท้า ช้อนไม้ หรืออื่น ๆ แต่ก็ยังรวมถึง เช่น การเตะ การเขย่า การทุบเด็ก การขีดข่วน การหยิก การกัด การดึงผม หรือตบข้อเท้า หรือบังคับให้เด็กอยู่ในท่าทางที่ไม่สบายตัว การใช้ไฟเผา การใช้น้ำร้อนลวก การบังคับให้กิน (เช่น ใช้สบู่อ้างปากเด็ก หรือบังคับให้กินของเผ็ดร้อน) นอกจากนี้ ยังมีการลงโทษรูปแบบอื่นนอกเหนือจากการลงโทษทางกายภาพ ซึ่งเป็นการกระทำที่โหดร้ายและลดทอนคุณค่าและไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา การกระทำเหล่านี้รวมถึง ยกตัวอย่างเช่น การลงโทษโดยการถูถูกดูแคลน เหยียดหยาม ลดทอนคุณค่า การโยนความผิด การข่มขู่ การทำให้กลัว หรือล้อเลียนเด็ก”⁵²

เมื่อคณะกรรมการสิทธิเด็กได้เริ่มจัดการลงโทษทางร่างกาย ผ่านการตรวจสอบการดำเนินการของรัฐภาคี ตัวแทนของรัฐได้เสนอแนะว่าการลงโทษทางร่างกายที่กระทำ “ตามสมควร” หรือ “อยู่ในระดับปานกลาง” ถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก คณะกรรมการได้กล่าวถึงข้อโต้แย้งดังกล่าวโดยระบุถึงข้อกำหนดของอนุสัญญาว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นควรเป็นหนึ่งในข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรกในบรรดาการกระทำที่พ้องเกี่ยวกับเด็กตามข้อ 3 (1)” อีกทั้ง ข้อ 18 ยังได้กำหนดไว้ว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเป็นข้อคำนึงพื้นฐานของผู้ปกครอง “แต่การตีความประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นจะต้องเป็นไปตามความหมายโดยรวมของอนุสัญญา รวมถึงพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทุกรูปแบบและความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้น้ำหนักกับความเห็นของเด็ก ทั้งนี้ ต้องไม่ใช่เพื่อเป็นข้ออ้าง

⁵⁰ Ibid., para 3.

⁵¹ Ibid., para 5.

⁵² Ibid., para 11.

สำหรับการปฏิบัติที่ขัดแย้งกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของเด็ก ซึ่งรวมไปถึงการตีและการลงโทษด้วยวิธีการที่โหดร้ายหรืออำยัศักดิ์ศรี”⁵³

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคณะกรรมการสิทธิเด็กจะได้ตอบกลับข้อโต้แย้งดังกล่าวและได้แสดงให้เห็นว่าการตีความประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องสอดคล้องกับอนุสัญญาทั้งฉบับโดยรวม ซึ่งรวมถึงพันธกรณีในการปกป้องเด็กจากความรุนแรงทุกรูปแบบด้วย แต่แนวทางการตีความหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กของคณะกรรมการกลับยังไม่เป็นที่ยอมรับในบางประเทศ แม้ประเทศเหล่านั้นจะได้เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญาไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ว่ามีความหมาย ขอบเขต และสาระสำคัญอย่างไร จึงก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้และการตีความเกี่ยวกับการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ทำให้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยังมีความคลุมเครือต่อการนำไปปฏิบัติของรัฐภาคี จนมีผู้กล่าวว่า การปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นอาจจะยังไม่เกิดประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง⁵⁴ แม้ว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างอนุสัญญาจะมีความมุ่งหมายให้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักการทั่วไปในการพิจารณาเพื่อปรับใช้กับสถานการณ์ บริบทหรือปัจจัยที่แตกต่างกันตามแต่กรณีของรัฐภาคี โดยไม่กำหนดนิยามของคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในประเด็นเกี่ยวกับการลงโทษทางร่างกายตามสมควรกลับนำไปสู่ข้อโต้แย้งอย่างกว้างขวางในระดับสากล เนื่องจากการขาดคำแนะนำที่เป็นรูปธรรมในการปรับใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ชัดเจนนั้นได้นำไปสู่กระบวนการพัฒนากฎหมายในแนวทางที่แตกต่างกันของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โดยมีผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้ออ้างที่สำคัญในการดำเนินการ

ในปัจจุบัน 62 ประเทศทั่วโลกได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการใช้อำนาจปกครองโดยวิธีลงโทษทางร่างกายต่อเด็ก ซึ่งได้ห้ามการลงโทษทางร่างกายทุกรูปแบบ และส่งเสริมในเรื่องการห้ามตีหรือการใช้ความรุนแรงกับเด็ก ในเรื่องนี้มีผู้ที่ไม่เห็นด้วยบางกลุ่มได้โต้แย้งว่า การตีเด็กที่เป็นการทำร้ายร่างกายกับการตีด้วยความรักมีความแตกต่างกันอย่างมาก การห้ามการลงโทษทางร่างกายเป็นข้อห้ามที่มากเกินไปจนกลายเป็นสิ่งที่เรียกว่าการให้ความ

⁵³ Ibid., para 26.

⁵⁴ จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989, หน้า. 22.

คุ้มครองเกินควรแก่เหตุ⁵⁵ การลงโทษทางร่างกายตามสมควรได้รับการปกป้องโดยมีข้อโต้แย้งว่าการลงโทษทางร่างกายสอนให้เด็กรู้ว่าอะไรคือสิ่งที่ถูกหรือสิ่งที่ผิด ดังนั้น จึงเป็นผลดีต่อเด็กในระยะยาว ซึ่งแนวทางนี้ไม่ใช่แนวทางที่ได้รับการสนับสนุนจากคณะกรรมการสิทธิเด็กภายใต้อนุสัญญา เนื่องจากข้อแก้ตัวสำหรับการกระทำที่ละเมิดสิทธิของเด็กนั้นไม่อาจยอมรับได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก⁵⁶ อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางของคณะกรรมการสิทธิเด็ก แนวทางทั้งสองประการได้แสดงให้เห็นถึงการให้น้ำหนักองค์ประกอบในการประเมินและกำหนดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แตกต่างกัน ขณะที่คณะกรรมการสิทธิเด็กมุ่งให้ความสำคัญกับสวัสดิภาพของเด็กเหนือสิ่งอื่นใด โดยยึดถือการตีความผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในแนวทางที่จะต้องสอดคล้องกับอนุสัญญาทั้งฉบับโดยรวม แต่คณะกรรมการกลับไม่ได้ชี้แจงถึงสิทธิของผู้ปกครองที่มีอยู่เดิมในกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ และผลประโยชน์อื่นที่อาจได้รับการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควร ในทางตรงกันข้าม แนวทางที่ให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระภายในครอบครัว ที่เห็นว่าไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับวิธีการเลี้ยงดูบุตรของพ่อแม่ ตราบใดที่เด็กนั้นไม่มีความเสี่ยงต่อการถูกทารุณกรรมกลับไม่ได้ให้ความสำคัญกับภาระผูกพันที่มีอยู่ในอนุสัญญาหรือตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่น ๆ เท่าที่ควร

4. มาตรการเกี่ยวกับการลงโทษทางร่างกายตามสมควรในกฎหมายไทย

การลงโทษทางร่างกายเป็นสิ่งที่ขบถด้วยกฎหมายครอบครัว มาตรา 1567 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ระบุว่า บิดามารดามีสิทธิที่จะทำโทษบุตร “ตามสมควร” เพื่อว่ากล่าวสั่งสอน แม้ว่ามาตรา 26 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 จะระบุห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก แต่ไม่ได้ห้ามการลงโทษทางร่างกายอย่างชัดเจน การตีความบทบัญญัติที่ต่อต้านความรุนแรงและการทารุณกรรมในประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญ ไม่ได้ห้ามมิให้ผู้ปกครอง

⁵⁵ ความริเริ่มระดับโลกในการยุติการลงโทษเด็กทุกรูปแบบและองค์การช่วยเหลือประเทศสวีเดน, การห้ามการลงโทษเด็กทางร่างกายและจิตใจทุกรูปแบบ [ออนไลน์], 4 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/faqs/FAQ-TH-updated-2019.pdf>

⁵⁶ Thomas Hammarberg, THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD – WHAT IT MEANS AND WHAT IT DEMANDS FROM ADULTS, p. 4.

ลงโทษทางร่างกายในการเลี้ยงดูบุตรทั้งหมด การลงโทษทางร่างกายยังคงเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมายครอบครัว สถานดูแลทางเลือก และสถานรับเลี้ยงเด็ก⁵⁷

การประเมินการลงโทษทางร่างกายที่อาจนำไปสู่การทำร้ายหรือการทารุณกรรมเด็ก อันถือว่าเป็นความรุนแรงต่อเด็กยังขาดแนวทางที่ชัดเจนเพียงพอสำหรับการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว แม้ว่ากฎหมายจะได้ห้ามมิให้ผู้ปกครองทำร้ายหรือทารุณกรรมเด็ก แต่ขณะเดียวกัน การลงโทษทางร่างกายยังคงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายหากสิ่งนั้นไม่เกินไปจนถึงขั้นเป็นการทำร้ายหรือการทารุณกรรมในที่สุด มุมมองที่เชื่อว่าตีเพราะรักจึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการพิจารณาถึงความเหมาะสมในสถานการณ์ที่ยุ่ยากซับซ้อน เนื่องจากความชอบด้วยกฎหมายของการลงโทษทางร่างกายมักจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องปฏิเสธที่จะเข้าไปแทรกแซงครอบครัวในช่วงต้นของการลงโทษทางร่างกายและจำเป็นต้องรอจนกว่า “ผลร้าย” จะปรากฏแก่เด็กเสียก่อน เว้นแต่การลงโทษนั้นจะรุนแรงจนเป็นที่ประจักษ์ชัดพอที่จะจัดว่าเป็นการทำร้ายหรือการทารุณกรรมเด็ก ในมุมมองนี้การลงโทษทางร่างกายยังไม่ได้ถูกมองว่าเป็น “ความเสี่ยง” หรือ “ปัจจัยเกื้อหนุน” ที่อาจนำไปสู่การทำร้ายหรือการทารุณกรรมอันเป็นความรุนแรงต่อเด็ก ซึ่งเป็นปัญหาในระบบงานคุ้มครองเด็กของหลายประเทศทั่วโลกที่ยังคงอนุญาตให้มีการลงโทษตามสมควรได้ รวมถึงประเทศไทย

5. มาตรการเกี่ยวกับการลงโทษทางร่างกายตามสมควรในกฎหมายต่างประเทศ

สิทธิในการลงโทษทางร่างกายตามสมควรได้รับการรับรองในกฎหมายของหลายประเทศทั่วโลกซึ่งถูกเรียกแตกต่างกันไป ในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาสิทธิดังกล่าวปรากฏในชื่อของสิทธิในการลงโทษสั่งสอน สิทธิในการอบรมสั่งสอนทางวินัย หรือในบางครั้งเรียกว่าการลงโทษตามสมควร ในเยอรมนีเรียกว่า สิทธิในการลงโทษทางร่างกาย หรือในฝรั่งเศสและสวิตเซอร์แลนด์เรียกว่า สิทธิในการแก้ไข สิทธิดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายสำหรับข้อหาทางอาญาจากการทำร้ายเด็กโดยผู้ปกครอง ซึ่งปรากฏอยู่ในลักษณะของกฎหมายที่อนุญาตให้ใช้สิทธิลงโทษตามสมควรและข้อต่อสู้ทางกฎหมายว่าด้วยการลงโทษตามสมควรในกระบวนการ

⁵⁷ End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in Thailand** [Online], 20 August 2021. Source: <http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/Thailand.pdf>

พิจารณาคดีเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบเมื่อบุคคลนั้นถูกตั้งข้อหาว่าทำร้ายหรือทารุณกรรมเด็ก โดยทั่วไปกฎหมายอนุญาตให้มีการลงโทษ “ตามสมควร” และ “ในระดับปานกลาง”⁵⁸ และกำหนดวัตถุประสงค์สำหรับการใช้สิทธิดังกล่าวไว้ให้ต้องเป็นการลงโทษเพื่ออบรมสั่งสอนหรือแก้ไขความพฤติกรรมของเด็ก อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการลงโทษทางร่างกายตามควรได้ถูกห้ามโดยเด็ดขาดในกฎหมายของหลายประเทศ เช่น สวีเดน (1979) เยอรมนี (2000) ฝรั่งเศส (2019) ญี่ปุ่น (2020) สาธารณรัฐเกาหลี (2021) รวมถึงสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือในบางดินแดน เช่น สกอตแลนด์ (2019) และเวลส์ (2020)⁵⁹

5.1 กลุ่มประเทศที่ไม่มีกฎหมายห้ามการลงโทษทางร่างกายเด็ก

5.1.1 อังกฤษ

ในอังกฤษ การลงโทษทางร่างกายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิในการลงโทษทางร่างกายตามสมควรที่กระทำโดยผู้ที่มีความสัมพันธ์กับเด็กเพื่ออบรมสั่งสอนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ปกครองที่เป็นประโยชน์ต่อทั้งผู้ปกครองและเด็กเมื่อใช้อย่างเหมาะสม การลงโทษตามสมควรได้รับการรับรองตามกฎหมายในฐานะเครื่องมือที่ใช้อบรมสั่งสอน โดยมีวัตถุประสงค์และความเชื่อว่าจะมีความจำเป็นเพื่อการพัฒนาเด็กหรือกำจัดความชั่วร้ายที่มีอยู่ในตัวเด็ก กฎหมายคอมมอนลอว์อนุญาตให้ผู้ปกครองสามารถกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็กได้ในลักษณะ “ตามสมควร” และ “ในระดับปานกลาง” ข้อต่อสู้ว่าด้วยการลงโทษตามสมควรจากข้อหาทำร้ายร่างกายและอาชญากรรมอื่น ๆ นี้ได้รับการรับรองไว้ในคดี R v Hopley⁶⁰ ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1860 Sir Alexander Cockburn หัวหน้าผู้พิพากษาของศาล the Court of Queen’s Bench กล่าวถึงข้อสรุปการตัดสินคดีนี้ว่า “ตามกฎหมายอังกฤษเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับพ่อแม่หรือครู (ที่เป็นตัวแทนของผู้ปกครองและได้รับมอบอำนาจจากผู้ปกครอง) ที่จะใช้กำลังตามสมควรเพื่อแก้ไขความชั่วร้ายในตัวเด็ก ตราบเท่าที่การลงโทษนั้น

⁵⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment (Arts. 19; 28, Para. 2; and 37, inter alia), 2 March 2007, CRC/C/GC/8, para 34.

⁵⁹ End Corporal Punishment, **Legality of corporal punishment worldwide**.

⁶⁰ R v Hopley (1860) 2 F & F 202

ตามสมควรและในระดับปานกลาง...”⁶¹ อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ไม่มีคำจำกัดความของคำว่า “การลงโทษตามสมควรและในระดับปานกลาง”

ในช่วงเวลาต่อมา ข้อต่อสู้ทางกฎหมายว่าด้วยการลงโทษตามสมควรโดยบิดามารดาสามารถใช้ได้ในบางสถานการณ์ที่จำกัดเท่านั้น มาตรา 58⁶² ของพระราชบัญญัติเด็ก ค.ศ. 2004 (Children Act 2004) ได้ระบุเกี่ยวกับการลงโทษเด็กตามสมควร โดยคำนึงถึงปัจจัย ด้านอายุ ลักษณะนิสัย ความผิดที่ได้กระทำและลักษณะของผู้กระทำ แม้ว่าจะมีการถกเถียง ทางด้านทัศนคติในสังคมเกิดขึ้นเมื่อลักษณะของสิทธิในการลงโทษอบรมสั่งสอนเป็นการกระทำ ต่อเนื้อตัวร่างกายก็ตาม แต่เอกสารการให้คำปรึกษาของอังกฤษได้ยึดถือจุดยืนนี้ โดยสรุปว่า ในปัจจุบันอังกฤษไม่มีแนวโน้มที่จะปฏิรูปกฎหมายในเรื่องดังกล่าว บิดามารดา ยังคงได้รับการ สันนิษฐานตามกฎหมายในการใช้การลงโทษทางร่างกายที่เหมาะสมเป็นเครื่องมือในการอบรม

⁶¹ Ibid.

⁶² Section 58 Reasonable punishment Children Act 2004

(1) In relation to any offence specified in subsection (2), battery of a child cannot be justified on the ground that it constituted reasonable punishment.

(2) The offences referred to in subsection (1) are—

(a) an offence under section 18 or 20 of the Offences against the Person Act 1861 (c. 100) (wounding and causing grievous bodily harm);

(b) an offence under section 47 of that Act (assault occasioning actual bodily harm);

(c) an offence under section 1 of the Children and Young Persons Act 1933 (c. 12) (cruelty to persons under 16).

(3) Battery of a child causing actual bodily harm to the child cannot be justified in any civil proceedings on the ground that it constituted reasonable punishment.

(4) For the purposes of subsection (3) “actual bodily harm” has the same meaning as it has for the purposes of section 47 of the Offences against the Person Act 1861.

(5) In section 1 of the Children and Young Persons Act 1933, omit subsection (7).

สั่งสอนบุตร แม้ว่าจะมีความกังวลเพิ่มมากขึ้นเกี่ยวกับข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบในเรื่องของสิทธิการลงโทษทางร่างกายตามสมควร⁶³

5.1.2 สหรัฐอเมริกา

การลงโทษทางร่างกายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายภายในครอบครัวของทุกรัฐ กฎหมายยืนยันสิทธิของผู้ปกครองในการลงโทษทางร่างกายต่อเด็กและการตีความบทบัญญัติทางกฎหมายเกี่ยวกับความรุนแรงและการทารุณกรรมไม่ได้ห้ามการลงโทษทางร่างกายทั้งหมดในการเลี้ยงดูบุตร บิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือผู้ดูแลอาจใช้กำลังตามสมควรเพื่อควบคุมหรือแก้ไขเด็ก ในขณะที่มีการถกเถียงกันอยู่ว่าการลงโทษทางร่างกายเป็นเรื่องผิดกฎหมาย ชาวอเมริกันส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย โดยมองว่าการลงโทษทางร่างกายเป็นการอบรมสั่งสอนของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายต่อเด็กและมีความเชื่อว่าการลงโทษทางร่างกายเป็นสิ่งที่เหมาะสม โดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติเหล่านี้จะใช้คำว่า “ตามสมควร” เพื่ออธิบายการลงโทษทางร่างกายที่ยอมรับได้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายบางส่วนใช้คำว่า “เกินกว่าเหตุ” เพื่ออธิบายการลงโทษทางร่างกายที่เกินขอบเขตที่จะยอมรับได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายของเขตโคลัมเบียระบุว่า การทารุณกรรม ไม่รวมถึงการลงโทษทางร่างกายที่กระทำโดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลของเด็ก โดยมีเงื่อนไขว่าลักษณะของการลงโทษทางร่างกายเป็นไปตามสมควรตามธรรมเนียมปฏิบัติและอยู่ในระดับปานกลาง กฎหมายยกตัวอย่างการกระทำที่เฉพาะเจาะจงที่ไม่สามารถยอมรับได้ว่าเป็นการลงโทษทางร่างกายตามสมควร ได้แก่ การใช้ไฟเผา การกัดหรือการใช้ของมีคมกับเด็ก การใช้กำปั้นทุบตีเด็ก การทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บโดยการเขย่า เตะหรือทุบเด็ก การทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 18 เดือน บาดเจ็บโดยเจตนา รบกวนการหายใจของเด็ก และข่มขู่เด็กด้วยอาวุธอันตรายหรือใช้อาวุธดังกล่าวกับเด็ก⁶⁴ ในทำนองเดียวกัน

⁶³ Department for Children, Schools and Families, **Review of section 58 of the Children’s Act 2004** [Online], 28 August 2021. Source: <https://www.gov.uk/government/publications/review-of-section-58-of-the-childrens-act-2004>

⁶⁴ D.C. Code § 16-2301(23)(B) (2001 & Supp. 2007)

(i) The term “abused”, when used with reference to a child, does not include discipline administered by a parent, guardian or custodian to his or her child; provided, that the discipline is reasonable in manner and moderate in degree and otherwise does not constitute cruelty. For the purposes of this paragraph, the term “discipline” does not include:

กฎหมายของรัฐฟลอริดา⁶⁵ กำหนดให้การลงโทษทางร่างกายที่ไม่เหมาะสมหรือรุนแรงเกินไป ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บทางร่างกายหรือการบาดเจ็บทางจิตใจอาจถือได้ว่าเป็นการทารุณกรรมหรือไม่เหมาะสมเมื่อส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บใด ๆ ตามที่ระบุไว้ ซึ่งการบาดเจ็บที่ระบุมีตั้งแต่ เคล็ดขัดยอก กระตุกเคลื่อนไหวหรือความเสียหายของกระดูกอ่อนไปจนถึงการตกเลือดในกะโหลกศีรษะหรือการบาดเจ็บต่ออวัยวะภายในอื่น ๆ⁶⁶

5.2 กลุ่มประเทศที่มีกฎหมายห้ามมิให้มีการลงโทษทางร่างกาย

5.2.1 สกอตแลนด์

สกอตแลนด์เป็นดินแดนส่วนแรกในสหราชอาณาจักรที่ห้ามการลงโทษทางร่างกาย คำสั่งห้ามการลงโทษทางร่างกายได้รับการสนับสนุนอย่างท่วมท้นด้วยคะแนนเสียง 84 ต่อ 29 โดยรัฐสภาแห่งสกอตแลนด์ เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 2019 รัฐสภาของสกอตแลนด์ได้รับรองร่างพระราชบัญญัติเด็ก (การคุ้มครองที่เท่าเทียมกันจากการทำร้าย) (สกอตแลนด์) หรือ The Children (Equal Protection from Assault) (Scotland) Act การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้

(I) burning, biting, or cutting a child;

(II) striking a child with a closed fist;

(III) inflicting injury to a child by shaking, kicking, or throwing the child;

(IV) nonaccidental injury to a child under the age of 18 months;

(V) interfering with a child's breathing; and

(VI) threatening a child with a dangerous weapon or using such a weapon on a child. For purposes of this provision, the term "dangerous weapon" means a firearm, a knife, or any of the prohibited weapons described in § 22-4514.

(ii) The list in sub-subparagraph (i) of this subparagraph is illustrative of unacceptable discipline and is not intended to be exclusive or exhaustive.

⁶⁵ FLA. STAT. ANN. § 39.01(4) (West 2003 & Supp. 2008).

⁶⁶ Doriane Lambelet Coleman, Kenneth A. Dodge, and Sarah Keeton Campbell, **Where and How to Draw the Line Between Reasonable Corporal Punishment and Abuse** [Online], 28 August 2021. Source: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=lcp>

เด็ก ๆ ในสกอตแลนด์ได้รับความคุ้มครองจากการถูกทำร้ายเช่นเดียวกับผู้ใหญ่⁶⁷ แม้ว่าการสำรวจความคิดเห็นชี้ให้เห็นว่าคนส่วนใหญ่ในสกอตแลนด์ไม่เห็นด้วยกับการสั่งห้ามลงโทษทางร่างกาย โดยโต้แย้งว่ากฎหมายปัจจุบันเพียงพอแล้ว และการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจเสี่ยงต่อการทำให้ผู้ปกครองกลายเป็นอาชญากรก็ตาม

5.2.2 เยอรมนี

สิทธิในการลงโทษทางร่างกายในวัฒนธรรมทางกฎหมายของเยอรมนีมีประวัติยาวนาน แต่เมื่อเวลาผ่านไปสิทธิดังกล่าวก็ถูกจำกัดมากขึ้นจนในที่สุดก็ถูกแทนที่ด้วยการห้ามใช้ความรุนแรง ดังนั้น สิทธิของผู้ปกครองในการลงโทษจึงเป็นคำทางกฎหมายสำหรับช่วงเวลาในอดีต ในปี ค.ศ. 2000 เยอรมนีห้ามมิให้มีการลงโทษทางร่างกายในครอบครัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1631 (2) กำหนดให้เด็ก ๆ มีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูโดยไม่ใช้ความรุนแรง ห้ามมิให้มีการลงโทษทางร่างกาย การบาดเจ็บทางจิตใจ และมาตรการที่ทำให้เสื่อมเสียอื่น ๆ มาตราดังกล่าวได้รับการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติห้ามความรุนแรงในการเลี้ยงดูเด็ก (the Act to Prohibit Violence in the Upbringing of the Child) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กของเยอรมนียังได้รับการแก้ไขเพื่อให้เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ส่งเสริมวิธีที่ครอบครัวสามารถแก้ไขความขัดแย้งโดยไม่ต้องใช้ความรุนแรง มาตรา 16 (1) ของประมวลกฎหมายสังคมเล่มที่ 8 (Social Code) ได้รับการแก้ไขเพื่อให้มีการส่งเสริมการแก้ปัญหาความขัดแย้งโดยไม่ใช้ความรุนแรงภายในครอบครัว โดยระบุเกี่ยวกับมาตรการช่วยเหลือครอบครัวที่กำหนดให้มีการช่วยเหลือมารดา บิดา และผู้ปกครองคนอื่น ๆ ให้ปฏิบัติหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรได้ดีขึ้น นอกจากนี้ ผู้ปกครองมีหน้าที่หาหนทางแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในครอบครัวโดยไม่ใช้ความรุนแรง และในกรณีที่มีการฝ่าฝืนอาจมีการดำเนินคดีผ่านบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย⁶⁸

⁶⁷ End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in the United Kingdom** [Online], 30 August 2021. Source: <http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/UK.pdf>

⁶⁸ End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in the Germany** [Online], 30 August 2021. Source: <http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/Germany.pdf>

5.2.3 ฝรั่งเศส

ในช่วงเวลาก่อนหน้านี้การลงโทษทางร่างกายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายในครอบครัวภายใต้ “สิทธิในการแก้ไข” ตามกฎหมายจารีตประเพณีของฝรั่งเศส การตีความประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่ง และกฎหมายเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวและความรุนแรงต่อเด็ก ซึ่งปกป้องเด็กจากความรุนแรงและการละเมิดไม่ได้ห้ามการลงโทษทางร่างกาย ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2013 เป็นต้นมา มีความพยายามอย่างต่อเนื่องในการห้ามการลงโทษเด็กอย่างมีประสิทธิภาพภายในครอบครัว จนมาถึงในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2019 ร่างกฎหมายที่มีชื่อว่า “กฎหมายว่าด้วยการห้ามใช้ความรุนแรงในการอบรมเลี้ยงดูบุตรหลาน” ได้รับการรับรองโดยสภานิติบัญญัติและได้ให้ความคุ้มครองเด็กทุกคนในฝรั่งเศสจากการละเมิดทางร่างกาย ซึ่งทำให้ฝรั่งเศสกลายเป็นประเทศที่ 56 ที่บรรลุข้อห้ามทางกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบในการลงโทษเด็กทุกสถานการณ์ กฎหมายดังกล่าวได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 371-1 ของประมวลกฎหมายแพ่งให้รวมถึง “การใช้อำนาจปกครองโดยปราศจากความรุนแรงทางร่างกายหรือจิตใจ” เป็นที่ชัดเจนในระหว่างการอภิปรายในที่ประชุมสภานิติบัญญัติว่าสิ่งนี้ถูกตีความว่าห้ามมิให้มีการลงโทษเด็กทางร่างกายทั้งหมด⁶⁹

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การยอมรับว่าการลงโทษทางร่างกายเด็กเป็นสิ่งที่ชอบธรรมถือเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้กระบวนการพัฒนากฎหมายของไทยมีความแตกต่างกับหลายประเทศทั่วโลก พัฒนาการทางกฎหมายตลอดช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาในอดีตได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามของนานาประเทศที่ต้องการจะจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการลงโทษทางร่างกายเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กอย่างเพียงพอ สำหรับในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา สิทธิการลงโทษทางร่างกายได้รับการขจัดเกลารและจำกัดตดทอนขอบเขตจนทำให้สิทธิดังกล่าวอยู่ในลักษณะที่เรียกว่า “ตามสมควร” หรือเป็นสิ่งที่ “ยอมรับได้” ของสังคม ลักษณะของสิทธิดังกล่าวจึงเป็นภาพสะท้อนของการประนีประนอมระหว่างสิทธิของบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และสิทธิของเด็ก รวมถึงการใช้อำนาจของรัฐ ในลักษณะ

⁶⁹ End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in France** [Online], 30 August 2021Source: <http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/France.pdf>

ที่กฎหมายได้รับรองการใช้สิทธิเพื่อประโยชน์ของพ่อแม่พร้อมกับปกป้องคุ้มครองสิทธิของเด็ก กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กบนพื้นฐานของความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างบิดามารดากับบุตรผู้เยาว์ ซึ่งนำไปสู่การสะท้อนที่บิดเบี้ยวในสังคมจนก่อให้เกิดวลีที่ว่า “เจ็บปวดแต่ไม่บาดเจ็บ” ที่ใช้สำหรับการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการลงโทษทางร่างกายกับการทำร้ายและการทารุณกรรม แต่กระนั้นผู้คนในสังคมและผู้ที่เกี่ยวข้องก็ให้การยอมรับว่าการทำโทษเฉียนตี ถ้ากระทำพอสมควรแก่เหตุถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการอบรมสั่งสอนไม่ใช่การทำร้ายและการทารุณกรรมเด็ก แม้ว่าจะมีลักษณะที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเด็กเช่นเดียวกันก็ตาม ด้วยเหตุผลว่าเป็นการอบรมสั่งสอนเด็ก อย่างไรก็ตาม ประเทศเหล่านี้ก็ได้พัฒนากฎหมายของตนให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นกว่าเดิม โดยความมุ่งมั่นที่จะทำให้การใช้สิทธิของบิดามารดาหรือผู้ปกครองนั้นอยู่ในขอบเขตที่เรียกว่าตามสมควรอย่างแท้จริง เพื่อให้กฎหมายสามารถทำหน้าที่คุ้มครองเด็กได้อย่างเพียงพอ ควบคู่ไปกับการให้ความสำคัญกับสิทธิของบิดามารดาบนพื้นฐานของวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีดั้งเดิม ซึ่งแนวทางของประเทศเหล่านี้สอดคล้องกับแนวทางการประเมินผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะ “สิ่งที่ความสำคัญลำดับแรก” (primary consideration) ที่มาจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

ขณะที่ 62 ประเทศทั่วโลก เช่น สหราชอาณาจักรในบางดินแดนอย่างสกอตแลนด์ เวลส์ เยอรมนี ฝรั่งเศส และอีกหลายประเทศในยุโรป รวมถึงในเอเชียบางประเทศกลับเห็นว่าสวัสดิภาพของเด็กเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดเหนือสิ่งอื่นใด และกฎหมายที่อนุญาตให้ลงโทษทางร่างกายเด็กเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการบรรลุเป้าหมายที่ต้องการให้เด็กเป็นศูนย์กลางของการตัดสินใจสำหรับการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็กทั้งหมด ประกอบกับแรงผลักดันจากหน่วยงานและพันธมิตรระหว่างประเทศ จึงทำให้ประเทศเหล่านี้ปฏิรูปกฎหมายโดยการห้ามการลงโทษทางร่างกายเด็กทุกรูปแบบในลักษณะที่กฎหมายได้รับรองสิทธิเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่เพียงผู้เดียว แทนที่จะประนีประนอมประเทศเหล่านี้กลับยกเลิกสิทธิของบิดามารดาและส่งเสริมให้บิดามารดาใช้วิธีการอื่นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการพัฒนาเด็กแทนการลงโทษเฉียนตี ซึ่งแนวทางของประเทศเหล่านี้สอดคล้องกับแนวทางการประเมินผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะ “สิ่งที่มีความสำคัญที่สุด” (paramount consideration) ที่มาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959

จากที่ได้ศึกษาถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรภายใต้แนวคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในกฎหมายต่างประเทศพบว่า

หลายประเทศได้ให้ความสำคัญคุ้มครองเด็กจากการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรในแนวทางที่แตกต่างกันระหว่างการพิจารณาคำningประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะเป็นสิ่งที่สำคัญลำดับแรก และการพิจารณาคำningถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อแนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรในระบบกฎหมายและสังคมครอบครัวไทยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์เชิงอำนาจ ทั้งทัศนคติของผู้คนในสังคม และผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด หรือแม้กระทั่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังแสดงถึงความโน้มเอียงว่าเด็กเป็นสมบัติของพ่อแม่ การให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาคำningถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กในแนวทางที่คำนึงถึงสิทธิของพ่อแม่และเด็กร่วมกัน โดยการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ของบิดามารดาหรือผู้ปกครองและผลประโยชน์ของเด็กประกอบกัน ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงอยู่ในฐานะหนึ่งในข้อพิจารณาที่มีความสำคัญลำดับแรกเท่านั้น ซึ่งมาตรา 1567 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความสอดคล้องกับหลักพิจารณาว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญลำดับแรกอยู่แล้ว แต่เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้วพบว่า ประเทศไทยยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่จะสามารถให้ความสำคัญคุ้มครองเด็กจากการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้กฎหมายสามารถให้ความสำคัญคุ้มครองเด็กได้อย่างเพียงพอและแก้ปัญหาช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิดังกล่าวบนพื้นฐานของการคำนึงถึงสิทธิของพ่อแม่และผู้ปกครองตามกฎหมายร่วมกับสิทธิของเด็ก ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิลงโทษทางร่างกายตามสมควรเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยการบัญญัติเป็นมาตรา 1567/1 โดยการพัฒนารายการของการกระทำที่เฉพาะเจาะจงเพื่อป้องกันการลงโทษที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก และกำหนดแนวทางในการประเมินการลงโทษตามสมควรที่ใช้บังคับร่วมกันระหว่างหน่วยงานตามแนวทางของการบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

มาตรา 1567/1 “การใช้สิทธิของบิดามารดาตามมาตรา 1567 (2) ที่กระทำต่อร่างกายของบุตร โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะเห็นสมควรสั่งเป็นประการอื่นเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์⁷⁰

(1) ลักษณะ วิธีการ ความรุนแรง และเหตุผลในการทำโทษ
(2) อายุและพัฒนาการทางด้านร่างกายและจิตใจ อุปนิสัยส่วนบุคคล เพศสภาพและสุขภาพของผู้เยาว์

(3) แรงจูงใจและความจำเป็นในการทำโทษ

(4) พฤติกรรมในการทำโทษที่กระทำเป็นอาชญา

การทำโทษทางร่างกายที่มีลักษณะเกินสมควรแก่เหตุ ย่อมถือเป็นการละเมิดหรือการทารุณกรรม เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) ใช้ไฟฟ้า กัด หรือใช้ของมีคมกับผู้เยาว์

(2) ใช้กำปั้นทุบตีผู้เยาว์ ทำให้ผู้เยาว์ได้รับบาดเจ็บโดยการเขย่า ตะหรือทุบผู้เยาว์

(3) ทำให้ผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 เดือน บาดเจ็บโดยเจตนา

(4) รบกวณการหายใจของผู้เยาว์

(5) ข่มขู่ผู้เยาว์ด้วยอาวุธอันตรายหรือใช้อาวุธดังกล่าวกับผู้เยาว์”

⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 19 กำหนดให้บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะเมื่อได้ทำการสมรส และมาตรา 1566 วรรคแรก กำหนดให้บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา ดังนั้น การใช้คำว่า “ผู้เยาว์” แทนคำว่า “เด็ก” จึงมีความสอดคล้องและเหมาะสมกับกฎหมายไทยมากกว่า

รายการอ้างอิง

- ความริเริ่มระดับโลกในการยุติการลงโทษเด็กทุกรูปแบบและองค์การช่วยเหลือประเทศ
สวีเดน, การห้ามการลงโทษเด็กทางร่างกายและจิตใจทุกรูปแบบ [ออนไลน์], แหล่งที่มา:
<https://endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/faqs/FAQ-TH-updated-2019.pdf>

- จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก
ตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

- ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12502/2558 (ประโยชน์สูงสุดของบุตร
ผู้เยาว์, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 46 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2560).

- มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์
สูงสุดของเด็ก, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562).

- วชิรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด
ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, ดุลพาห, ปีที่ 41 ฉบับที่ 5 (กันยายน - ตุลาคม 2537).

- Department for Children, Schools and Families, **Review of section 58
of the Children's Act 2004** [Online], Source: [https://www.gov.uk/government/
publications/review-of-section-58-of-the-childrens-act-2004](https://www.gov.uk/government/publications/review-of-section-58-of-the-childrens-act-2004)

- Doriane Lambelet Coleman, Kenneth A. Dodge, and Sarah Keeton Campbell,
**Where and How to Draw the Line Between Reasonable Corporal Punishment
and Abuse** [Online], Source: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.
cgi?article=1568&context=lcp](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=lcp)

- End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in France**
[Online], Source: [http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country
reports/France.pdf](http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/France.pdf)

- End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in the
Germany** [Online], Source: [http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/
uploads/country-reports/Germany.pdf](http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/Germany.pdf)

- End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in Thailand** [Online], Source: <http://www.endcorporalpunishment.org/wp-content/uploads/country-reports/Thailand.pdf>

- End Corporal Punishment, **Corporal punishment of children in the United Kingdom** [Online], Source: <http://www.endcorporalpunishment.org/wpcontent/uploads/countryreports/UK.pdf>

- End Corporal Punishment, **Legality of corporal punishment worldwide** [Online], Source: <https://endcorporalpunishment.org/global-progress/global-table-of-legality/>

- Jean Zermatten, **The Best Interests of the Child** [Online], Source: https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_best-interest-child2009.pdf

- John Tobin, **The UN Convention on the Rights of the Child: a commentary**, (Oxford : Oxford University Press, 2019).

- Michael D.A. Freeman, **Upholding the Dignity and Best Interest of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children** [Online], Source: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol73/iss2/9>

- Robert H. Mnookin, **Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy** [Online], Source: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3457&context=lcp>

- Thomas Hammarberg, **THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD – WHAT IT MEANS AND WHAT IT DEMANDS FROM ADULTS** [Online], Source: <https://rm.coe.int/16806da95d>