

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา: ศึกษาบทบาทพนักงานอัยการตาม
มาตรา 86 ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและ
วิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

ชัยวิทย์ ฤทธิพิชัยวัฒน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2557

**Special measures in lieu of criminal proceedings: Study prosecutor under
Section 86 of the Juvenile and Family Court and Procedure for Youth
and Family Act 2553**



Chaiwit Ritpichaiwat

**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

2014

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา: ศึกษาบทบาทพนักงานอัยการตามมาตรา 86 ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553
ชื่อผู้เขียน	ชัยวิทย์ ฤทธิพิชัยวัฒน์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งเป็นบทบัญญัติใหม่ มีลักษณะเป็นการที่ศาลเข้ามามีบทบาทควบคุมการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการมากจนอาจทำให้เกิดความล่าช้าและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เด็กหรือเยาวชนในการที่จะเข้าสู่แผนฟื้นฟูได้เร็วขึ้น ดังคำที่ว่าความยุติธรรมที่ล่าช้า คือความไม่ยุติธรรม อีกทั้งยังไม่เป็นการคุ้มครองสิทธิเด็กเท่าที่ควรทั้งเป็นกระบวนการที่เย็นเยือกจากหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ อันมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้คดีเสร็จสิ้น โดยเร็วและกลับคืนคนดีสู่สังคม

ดังนั้นเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปด้วยความมีประสิทธิภาพในการที่จะเข้าไปแก้ไขปัญหาผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน จึงเห็นควรที่จะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ดังนี้

1. เพิ่มบทบาทพนักงานอัยการให้มีดุลยพินิจเด็ดขาดในการยุติคดี เช่นเดียวกับมาตรา 63 เดิม โดยศาลอาจมีบทบาทในการร่วมมือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นอัยการ โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 86 ให้ศาลทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาหรือทำความเข้าใจหรือให้คำแนะนำ แก่กระบวนการนั่งประชุมล้อมวงในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นอัยการ

2. แก้ไขในส่วนอัตราโทษการใช้ดุลยพินิจการเข้าสู่มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการไม่ควรจำกัดอัตราโทษห้าปี แต่ให้ขยายอัตราโทษได้ โดยหากเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกเกินกว่าห้าปีขึ้นไป อัยการอาจใช้ดุลยพินิจให้มีการประชุมกลุ่มครอบครัวได้หากเห็นว่าเพื่อประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน ผู้กระทำผิดอาจกลับตนเป็นคนดีได้และ

ยอมรับสารภาพผิดอีกทั้งบิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี ให้คำมั่นเป็นหนังสือว่าสามารถดูแลเด็กและเยาวชนนั้นได้อย่างแท้จริง

3. แก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 86 วรรคสองตอนท้าย เมื่อพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนและให้ดำเนินการตามแผนดังกล่าวได้ทันที พร้อมทั้งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นคนรายงานให้ศาลทราบ

4. แก้ไขการสังคดีโดยสั่งไม่ฟ้องเป็นสั่งไม่ฟ้องแบบมีเงื่อนไขแทนและกำหนดให้มีกระบวนการติดตามดูแล (After care) โดยคณะกรรมการติดตามสอดส่องเด็กและเยาวชนอันประกอบไปด้วยสหวิชาชีพ

Thesis Title Special measures in lieu of criminal proceedings: Study prosecutor
under Section 86 of the Juvenile and Family Court and Procedure for
Youth and Family Act 2553

Author Chaiwit Ritpichaiwat

Thesis Adviser Associate Professor Atchareeya Chuteenun

Department Law

Academic year 2556

ABSTRACT

The Juvenile and Family Court and Procedure for Youth and Family Act 2553, which is a new provision. The words that justice delayed. Is not fair It also does not protect the rights of children as they should both be wrong winded process of justice, the principle of solidarity. The objective is to make the case completed quickly and returning people to society.

Therefore, to ensure that the work is a powerful solution to the offender as a juvenile. Therefore, the Act to amend the provisions of the Juvenile Court Law and Procedure, Youth and Families Act 2553 as follows.

One. Greater role prosecutor has absolute discretion in the settlement. As well as Section 63, the court may play a role in collaborating as part of incorporating the special prosecutor in the criminal proceedings. The amended provisions of Article 86, the court acts as a consultant, or an opinion or advice. The process of incorporating a circle meeting the special prosecutor in the criminal proceedings.

Two. Modify the penalty judgments into special measures in lieu of criminal proceedings the prosecutor should not be limited to a five-year rate. But the penalty has been extended If a case is imprisonment for a term exceeding five years or more. Prosecutors may use discretion for the family group conference if you believe it, for the benefit and welfare of children and youth. Offenders may return as a good person and a guilty plea to both parents. The governing authority Or guardian, as the case may Pledged in writing that can take care of children and young people as a result.

Three. Solved by more laws, the provisions of Section 86 paragraph two at the end. Agreed with the prosecutor on juvenile rehabilitation plan and the implementation of such plans immediately. And the director of the detention was reported to the courts.

Four. Corrected order by order, not filed a lawsuit against a conditional statement and instead requires that a monitoring process (after care) by the Committee on Children and Youth surveillance comprising multidisciplinary.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี โดยได้รับความกรุณาอย่างสูงจาก ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ประธานกรรมการ รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งให้ความเอ็นดูเอาใจใส่ข้าพเจ้าเป็นอย่างมาก รองศาสตราจารย์ ดร. ประธาน วัฒนวานิชย์ และ อาจารย์ ดร.อุทัย อาทิเวช กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือ และแนะนำแนวทางที่ชัดเจน ในการดำเนินการจัดทำวิทยานิพนธ์ ผู้ทำวิทยานิพนธ์ขอกราบ ขอบพระคุณทุกท่านเป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

หากงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดและบกพร่องประการใด ผู้ทำวิทยานิพนธ์ ขออ้อมรับความผิดพลาดนั้นแต่เพียงผู้เดียว

ชัยวิทย์ ฤทธิพิชัยวัฒน์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
สารบัญตาราง	๘
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	10
1.3 ขอบเขตของการวิจัย	10
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	10
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	11
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	11
2. หลักประกันสิทธิของเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมในคดีเด็กและ เยาวชน	12
2.1 หลักประกันสิทธิในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน	12
2.1.1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	12
2.1.2 กฎขึ้นต่ำอันเป็นมาตรฐานของสหประชาชาติสำหรับการบริหารงาน ยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง)	24
2.1.3 แนวทางขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันการ กระทำความผิดของเยาวชน(แนวทางริยาร์ด)	25
2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน	26
2.2.1 ทฤษฎีจิตวิเคราะห์.....	26
2.2.2 ทฤษฎีการเลียนแบบ.....	28
2.2.3 ทฤษฎีตราบาป.....	30
2.3 ความเป็นมาและแนวคิดในการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนในประเทศไทย.....	30
2.3.1 ประวัติและวิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน.....	30

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3.2 เจตนารมณ์ของการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนตามพระราชบัญญัติเยาวชนและครอบครัว.....	36
2.3.3 เป้าหมายของการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชน	36
2.3.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบของเด็กและเยาวชนในคดีอาญา	37
2.4 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีเด็กและเยาวชน.....	39
2.4.1 คุณสมบัติของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชน	39
2.4.2 การฟ้องคดีอาญา.....	39
2.4.3 การยุติคดีอาญา.....	40
2.5 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญากับอำนาจของพนักงานอัยการในการยุติคดีเด็กและเยาวชนในชั้นเจ้าพนักงาน.....	40
2.5.1 แนวคิดและความเป็นมาในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา.....	40
2.5.2 หลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญากับเด็กและเยาวชนในชั้นเจ้าพนักงาน	58
2.5.3 บทบาทของพนักงานอัยการกับอำนาจในการยุติคดีเด็กและเยาวชนในชั้นพนักงานอัยการ.....	64
3. หลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการในประเทศแคนาดาและประเทศสวีเดน	65
3.1 ประเทศแคนาดา.....	65
3.1.1 แนวคิดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ	66
3.1.2 รูปแบบของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ.....	70
3.1.3 บทบาทของพนักงานอัยการกับการยุติคดีเด็กและเยาวชนในชั้นเจ้าพนักงาน	75
3.1.4 การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ	76
3.2 ประเทศสวีเดน.....	78
3.2.1 แนวคิดของระบบยุติธรรมเด็กและเยาวชน.....	78

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.2.2 รูปแบบการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาโดย คณะกรรมการ.....	79
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบบทบาทพนักงานอัยการกับการยุติคดีเด็กและเยาวชนโดยใช้ มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นเจ้าพนักงานตามกฎหมายไทยและ กฎหมายต่างประเทศ.....	82
4.1 วิเคราะห์มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายใหม่ถือเป็น กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หรือไม่.....	82
4.2 วิเคราะห์ดุลยพินิจของผู้อำนวยการสถานพินิจและพนักงานอัยการกับการ แก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนเปรียบเทียบมาตรา 63 เดิมและมาตรา 86 แห่ง พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553.....	86
4.3 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดแนวทางเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพของ องค์กรในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก และเยาวชนในชั้นก่อนฟ้องวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมาย หลังการสั่งไม่ฟ้อง ของพนักงานอัยการ	103
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	107
5.1 บทสรุป.....	107
5.2 ข้อเสนอแนะ	108
บรรณานุกรม.....	110
ประวัติผู้เขียน	117

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
1.1	จำนวนและร้อยละของคดีเด็กและเยาวชนที่เป็นการกระทำผิดซ้ำเมื่อเปรียบเทียบกับคดีที่ถูกดำเนินคดีโดยสถานพินิจฯ.....	2
2.1	สรุปข้อแตกต่างระหว่างการไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Victim Offender Mediation Continuum: From Least to Most Restorative Impact).....	48

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในแต่ละประเทศจะมีการใช้มาตรการเบี่ยงเบนคดีออกจากศาลหรือมาตรการทางเลือก โดยพนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่รัฐ แต่ก็อาจจะมีการเรียกชื่อมาตรการดังกล่าวแตกต่างกันในแต่ละประเทศ เช่น การไกล่เกลี่ยทางอาญา การยอมความ การอำนวยการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ยุติธรรมชุมชน ความตกลงทางอาญา การชะลอการฟ้อง หรือการต่อรองคำรับสารภาพ เป็นต้น แต่ละมาตรการก็อาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ขึ้นอยู่กับว่ามีวัตถุประสงค์ประการใดเป็น วัตถุประสงค์หลัก เช่น เน้นเรื่องประสิทธิภาพในการลดปริมาณหรือบริหารจัดการคดี หรือต้องการ ให้คดียุติลงเพื่อเกิดความสันติสุขขึ้นในสังคมโดยเร็ว ในบางประเทศอาจมีการใช้มาตรการทางเลือก อยู่หลายมาตรการตามความเหมาะสม¹

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศก็มีวิวัฒนาการ ซึ่งเป็นผลมาจากความเปลี่ยนแปลงดังที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้ว การเปลี่ยนแปลงอาจจะมีมาจาก ปัจจัยทั้งที่เกี่ยวกับการเมืองการปกครอง หรือความจำเป็นในการปรับปรุงโครงสร้างหรือกลไกใน การปฏิบัติงานให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น หรือความต้องการลดปริมาณคดีที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว จนรัฐไม่สามารถบริหารงานยุติธรรมทางอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือความจำเป็นในการ ลดภาระค่าใช้จ่ายของรัฐในการบริหารงานราชทัณฑ์ รวมทั้งการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม ในการดำเนินคดีตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ฯลฯ

¹ จาก คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (น . 4-39), โดย อุทัย อาทิเวช, 2556, กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองธรรม.

ตารางที่ 1.1² จำนวนและร้อยละของคดีเด็กและเยาวชนที่เป็นการกระทำผิดซ้ำเมื่อเปรียบเทียบกับคดีที่ถูกดำเนินคดีโดยสถานพินิจฯ

	2551	2552	2553	2554
จำนวนคดีที่จับกุมทั้งสิ้น	46,981	46,371	44,057	35,049
จำนวนคดีที่เป็นการกระทำผิดซ้ำ	6,606	6,294	5,559	4,125
ร้อยละของคดีที่เป็นการกระทำผิดซ้ำ	14.1	13.6	12.6	11.76

ที่มา: ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ปี พ.ศ. 2555.

ระบบยุติธรรมของเด็กและเยาวชน จากตารางที่ 1.1 ทำให้เห็นได้ว่า แม้รัฐจะมีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่เรียกว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาหรือการประหุงกลุ่มครอบครัวตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 พบว่าสถิติร้อยละของคดีของเด็กและเยาวชนกระทำผิดซ้ำลดลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้นคือจาก ร้อยละ 14.1 ในปี พ.ศ. 2551 ลดมาเหลือ 13.6 ในปี พ.ศ. 2552 และร้อยละ 12.6 ในปี พ.ศ. 2553 สดท้ายคงเหลือ 11.76 ในปี พ.ศ. 2554 นอกจากนี้ต้องไม่ลืมว่าสถิติการจับกุมดำเนินคดีและสถิติการกระทำผิดซ้ำที่หน่วยงานรัฐประมวลผลออกมาเป็นเพียงการนำสถิติที่มีการจับกุมตัวเด็กและเยาวชนมาดำเนินคดีได้เท่านั้น ซึ่งไม่รวมเด็กและเยาวชนที่กระทำ ความผิดแต่ยังไม่ถูกควบคุมตัวหรือเข้าระบบยุติธรรมอีกเป็นจำนวนมาก

ปัญหาของงานสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจำต้องร่วมมือแก้ไข บุคลากรทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้อำนวยการสถานพินิจและพนักงานอัยการสมควรจะได้ร่วมมือกันทบทวนปรับปรุงระบบการบริหารงานยุติธรรมและการลงโทษในรูปแบบของการบูรณาการ (Integrated Approach) โดยพิจารณาจากแนวทางการปฏิบัติงานที่ผ่านมาตลอดจนแสวงหาแนวทางใหม่ที่เหมาะสมมาใช้ในการบริหารงานยุติธรรมให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยใช้งบประมาณน้อยที่สุด³ อาทิ ทางเลือกใหม่ในการแก้ปัญหาคือพิพาท (Alternative

² กรมพินิจและคุ้มครองเด็ก. สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2554, จาก

www2.djop.moj.go.th/intranet/upload_circular

³ จาก “สรุปการศึกษาวิจัยเรื่องบทบาทของอัยการในมุมมองของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์,” โดย อุดม รัฐอมฤต, 2552, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 38(2). น. 328.

Dispute Resolutions) มาตรการทดแทนการฟ้องคดีอาญา (Alternative to Prosecutions) มาตรการใหม่อันเหมาะสมในการพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด (Alternative Sentencing) ตลอดจนมาตรการอื่น ๆ ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด (Treatment of the Offenders) รวมถึงการกักผู้กระทำความผิดออกจากศาลโดยใช้รูปแบบการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ในรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) ที่เรียกว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาที่ได้มีการเพิ่มเข้ามาในกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิด โดยมีภาระบรรเทาของผู้อยู่ที่จะใช้มาตรการดังกล่าวในการกักขังหรือกักไว้เป็นสองส่วน คือ ในชั้นก่อนฟ้องคือบทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการและในชั้นพิจารณาคดีเป็นบทบาทหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัว โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเฉพาะบทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการในชั้นก่อนฟ้องคดีเท่านั้น

การใช้กระบวนการยุติธรรมที่เรียกว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องมีหลักเกณฑ์ดังนี้⁴

⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 บัญญัติว่า “ในคดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ถ้าปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดีเมื่อคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิตใจ อาชีพฐานะ และเหตุแห่งการกระทำความผิดแล้ว หากผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง ให้จัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติและหากจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนอาจกำหนดให้บิดา มารดา ผู้ปกครองบุคคลหรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติด้วยก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปรับเปลี่ยนความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน บรรเทา ทดแทน หรือชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนและสังคม แล้วเสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา ทั้งนี้ การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนด้วย

เมื่อพนักงานอัยการได้รับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจตามวรรคหนึ่งแล้ว หากมีข้อสงสัยอาจสอบถามผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาได้ ถ้าพนักงานอัยการไม่เห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ให้สั่งแก้ไขแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือสั่งดำเนินคดีต่อไปและให้ผู้อำนวยการสถานพินิจแจ้งคำสั่งของพนักงานอัยการให้พนักงานสอบสวนและผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ หากพนักงานอัยการเห็นว่าแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชนแล้วเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมให้พนักงานอัยการเห็นชอบกับแผนดังกล่าว และให้มีการดำเนินการตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูดังกล่าวได้ทันทีพร้อมทั้งให้รายงานให้ศาลทราบ.”

1. คดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา ซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม

2. เด็กหรือเยาวชนนั้นต้องไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

3. เด็กหรือเยาวชนนั้นสำนึกในการกระทำผิดก่อนฟ้องคดี

4. เมื่อคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพ ฐานะ และเหตุแห่งการกระทำความผิดแล้ว ผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่า เด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้ โดยไม่ต้องฟ้อง ให้จัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติ โดยแผนนั้นต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนด้วย

อันที่จริงแล้วบทบาทของพนักงานอัยการ โดยทั่วไปพนักงานอัยการมีบทบาทหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นที่ประ โยชน์สาธารณะมิได้ บังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีอาญาที่มีพยานหลักฐานฟังว่ามี การกระทำความผิดในคดีใดคดีหนึ่งก็ตามแต่หากพนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีดังกล่าวไม่สมควรสั่งฟ้อง พนักงานอัยการก็มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องคดีได้ และเมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายอย่างเป็นทางการจะพบว่า อำนาจของพนักงานอัยการตามกฎหมายในการใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีนั้นเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อระบบงานบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และด้วยบทบาทหน้าที่ดังกล่าวทำให้พนักงานอัยการสามารถปรับใช้ดุลยพินิจให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงได้อย่างเหมาะสมที่สุดสำหรับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะราย อีกทั้งการให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางยังเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการใช้อำนาจ เพื่อกันกรองคดี และผันคดี (Diversion) บางประเภทออกจากระบบพิจารณาคดีของศาลซึ่งเป็นมาตรการสำคัญ

ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงแก่ศาลว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร

ศาลต้องมีคำสั่งตามวรรคสามภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงาน ทั้งนี้ ให้ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาออกข้อกำหนดเกี่ยวกับแนวทางในการดำเนินการของศาลด้วย

แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรานี้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนด้วย

ประการหนึ่งในการแก้ปัญหาคดีล้นศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵ นอกจากนั้นยังสามารถดำเนินคดีในศาลอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ “ทนายแผ่นดิน” ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในท้องสำนวน พนักงานอัยการต้องใช้ดุลยพินิจใคร่ครวญซึ่งน้ำหนักและพิจารณาถึงหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนการสอบสวนด้วยว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นสามารถจะรับฟังและเชื่อถือได้เพียงใดหรือไม่ อันเป็นการใช้อำนาจในลักษณะของตุลาการ ฉะนั้นพนักงานอัยการจึงเป็นองค์กรหลักที่สำคัญยิ่งในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการอำนวยความยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากเป็นตัวเชื่อมระหว่างการปฏิบัติงานของพนักงานสอบสวนและศาล เปรียบเสมือนผู้คุมจตุตศศาสตร์ซึ่งองค์การสหประชาชาติ ได้บัญญัติ “มาตรฐานองค์การสหประชาชาติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา” (United Nations Standards on Criminal Justice) ในเรื่อง “แนวทางว่าด้วยบทบาทของอัยการ” (Guidelines on the Role of Prosecutors 1990) ข้อ 17-19 โดยเฉพาะข้อ 19 ที่ว่า “ในประเทศที่อัยการมีอำนาจใช้ดุลยพินิจสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องเยาวชนนั้น อัยการพึงพิจารณาถึงทางเลือกอื่น ๆ ที่อาจใช้แทนการดำเนินคดีตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีเยาวชนนั้น โดยพิจารณาถึงธรรมชาติและความร้ายแรงของความผิด การคุ้มครองสังคม บุคลิกภาพ และประวัติของเยาวชนผู้นั้น” การที่องค์การสหประชาชาติโดยการประชุมใหญ่สหประชาชาติเรื่องการป้องกันอาชญากรรมครั้งที่ 7 เมื่อปี พ.ศ. 2528 ได้ให้การสนับสนุนหลักการดำเนินคดีอาญาโดยใช้ดุลยพินิจ เพราะในคดีบางประเภทกระบวนการยุติธรรมที่เป็นอยู่ไม่สามารถที่จะเข้าไปช่วยแก้ปัญหาได้ อาทิเช่น คดีความผิดโดยประมาท ความผิดระหว่างสมาชิกในครอบครัว ความผิดที่กระทำโดยเยาวชนหรือแม้กระทั่งกรณีความผิดร้ายแรง เป็นต้น หากได้มีการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสมและผู้เสียหายไม่ได้คิดใจเอาความ การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยกลไกทางอาญาที่เป็นอยู่อาจจะไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง ผู้เสียหาย หรือสังคมส่วนรวม แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้เกิดปัญหาหนักขึ้นอีก นอกจากนี้ การฟ้องคดีเหล่านี้ต่อศาลทั้ง ๆ ที่มีกระบวนการอื่นที่เหมาะสมกว่าที่จะดำเนินการยังก่อให้เกิดปัญหาคดีล้นศาลอีกด้วย แต่ถ้าพนักงานอัยการไม่ฟ้องคดีดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขอื่นแทนก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเชื่อมั่นในตนเองและเกิดความรู้สึกว่ายังมีโอกาสอีกครั้งหนึ่ง ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวได้ดียิ่งกว่าการลงโทษ⁶

⁵ สรุปรการศึกษาวิจัยเรื่องบทบาทของอัยการ ในมุมมองของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (น. 329). เล่มเดิม.

⁶ แหล่งเดิม. (น. 340-341).

บทบาทหน้าที่ของพนักงานอัยการจึงมีความสำคัญในคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำ ความผิด ภายใต้ปรัชญาและเจตนารมณ์ในการดำเนินคดี โดยคำนึงถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพและ อนาคตของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ ด้วยวิธีการแสวงหามาตรการต่าง ๆ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิ ให้แก่เด็กและเยาวชนที่เป็น ไปตามมาตรฐานสากลแห่งสหประชาชาติ และเพื่อประโยชน์สูงสุดของ เด็กและเยาวชน การใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการโดยนำตัวเด็กหรือเยาวชนเข้าสู่กระบวนการ ยุติธรรมทางอาญาหรือเข้าสู่การพิจารณาของศาล ต้องเป็นไปอย่างรอบคอบและเหมาะสม เน้นการ บำบัดแก้ไขฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนเป็นการเฉพาะ ไม่คำนึงถึงการลงโทษซึ่งมักจะใช้เป็นวิธีการ สุดท้ายเมื่อไม่สามารถดำเนินการแก้ไขได้ด้วยวิธีการอื่น นอกจากนี้พนักงานอัยการยังพิจารณาถึง สาเหตุแห่งการกระทำความผิด พฤติการณ์แห่งคดี ความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิด ความเสียหายที่ผู้เสียหายและสังคมได้รับ สถานภาพทางครอบครัวรวมตลอดไปถึงการให้โอกาส กลับตนเป็นคนดีและประโยชน์สูงสุดที่เด็กหรือเยาวชนจะพึงได้รับ⁷

ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 22 พฤษภาคม 2554 และมาตรา 9 บัญญัติให้ยกเลิก พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 เหตุผลสำคัญในการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็เพื่อ ให้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ และโครงสร้างใหม่ รวมทั้งส่วนของกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัว เพื่อให้ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก⁸ โดยมีการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดี อาญาทั้งในชั้นก่อนฟ้องคดีและหลังฟ้องคดีได้ซึ่งใช้หลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมเชิง สมานฉันท์ (Restorative Justice) และการหันเหเด็กหรือเยาวชนออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion) ทั้งนี้เพื่อลดตราบาปมิให้เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดต้องมีคำพิพากษาคิดตัวไป ในอนาคตอันจะส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตร่วมกับสังคมโดยไม่ถูกตั้งข้อรังเกียจ จึงมีข้อสังเกต เกี่ยวกับบทบาทของศาลเยาวชนและครอบครัวในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้น ก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 ซึ่งว่าด้วยการกำหนดมาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ทั้งนี้ เป็นการให้อำนาจแก่ผู้อำนวยการสถานพินิจจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู หากพิจารณาแล้วเห็นว่า

⁷ จรัสพงษ์ จัดสารพัคภัย. (2554). *แนวทางในการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและ ครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553*. สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2554, จาก www.nanju.ago.go.th/document/008.doc

⁸ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

เด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตัวเป็นคนดีได้โดยมุ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงเสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อให้พนักงานอัยการพิจารณาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับแผนดังกล่าวหากไม่เห็นชอบให้พนักงานอัยการมีอำนาจสั่งแก้ไขแผนหรือสั่งดำเนินคดีต่อไป และหากพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนก็สามารถที่จะดำเนินการตามแผนดังกล่าวได้ทันทีพร้อมทั้งให้รายงานให้ศาลทราบ และภายหลังหากปรากฏข้อเท็จจริงต่อศาลว่าการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร⁹

อย่างไรก็ดีจากการดำเนินงานบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา กลับพบปัญหาที่สำคัญอยู่สองประการ

ประการแรก ตามมาตรา 86 วรรคสอง ที่บัญญัติกรณีที่พนักงานอัยการได้รับแผนแก้ไขฟื้นฟูและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว หากอัยการไม่เห็นชอบกับแผนแก้ไขฟื้นฟูที่ส่งผู้อำนวยการสถานพินิจให้แก้ไขแผน หรือหากเห็นว่าควรดำเนินคดีต่อไป อัยการก็สามารถยื่นฟ้องเป็นคดีปกติต่อศาลได้ทันที สุดท้ายหากอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนกฎหมายก็ให้สถานพินิจดำเนินการตามแผนได้เลย เมื่อดำเนินการตามแผนเสร็จ มาตรา 86 วรรคสองตอนท้าย ซึ่งบัญญัติไว้ค่อนข้างคลุมเครือ กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติว่า “เมื่อพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนและให้ดำเนินการตามแผนดังกล่าวได้ทันที พร้อมทั้งรายงานให้ศาลทราบ” ในทางปฏิบัติมีปัญหาการตีความเกิดขึ้นด้วยข้อความว่า ... พร้อมทั้งรายงานให้ศาลทราบ ... มีความไม่ชัดเจนทางกฎหมายว่าใครจะเป็นคนรายงานให้ศาลทราบระหว่างผู้อำนวยการสถานพินิจหรือพนักงานอัยการ ในขณะนี้พบว่าในต่างจังหวัดมีแนวปฏิบัติ โดยพนักงานอัยการตกลงกับสถานพินิจว่าการรายงานให้ศาลทราบควรเป็นหน้าที่ของสถานพินิจ ไม่ใช่หน้าที่ของพนักงานอัยการเพราะกฎหมายไม่ได้ระบุชัดที่จะต้องให้พนักงานอัยการเป็นคนรายงานศาล กฎหมายเพียงบัญญัติว่า “...พร้อมทั้งรายงานให้ศาลทราบ” ซึ่งประเด็นดังกล่าวศาลกลับมีการตีความที่ต่างกัน ศาลเห็นว่ากฎหมายบัญญัติเป็นบทบังคับให้พนักงานอัยการรายงานไม่ใช่ให้สถานพินิจรายงานให้ศาลทราบ ดังนั้นเมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นคนรายงานที่ไม่ใช่พนักงานอัยการ ศาลจึงถือว่ากระบวนการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจึงไม่รับและไม่อนุญาตให้ทำตามแผน¹⁰ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในการจัดทำแผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูนั้นผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นผู้มีบทบาทสำคัญและใกล้ชิดกับเด็กมากที่สุด เป็นต้น ชารของคดีแต่

⁹ จาก *กฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศไทยเฉพาะกรณีไม่สอดคล้องตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนา* (น. 39), โดย วันชัย รุจนวงศ์ และคณะ โดยสถาบันกฎหมายอาญาองค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ), 2543, กรุงเทพมหานคร: คอมแพคท์พริ้นท์.

¹⁰ ชัดติยา รัตนดิกล (การสื่อสารระหว่างบุคคล, 24 สิงหาคม 2555). อ้างถึงใน

เริ่มต้นและเป็นกลไกสำคัญในการจัดทำตามแผนทั้งหมด ส่วนพนักงานอัยการนั้นกลับเข้าร่วมกระบวนการเพียงบางขั้นตอนเท่านั้น ดังนั้นเพื่อให้การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนกลับคืนสู่สังคมต่อไปโดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นสำคัญจะเป็นประโยชน์มากกว่าหากมีการให้ผู้ที่รู้เรื่องและใกล้ชิดกับเด็กและเยาวชนมากที่สุด เป็นผู้พิจารณารายงาน ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้แก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 86 วรรคสองตอนท้าย โดยให้ผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นคนรายงานให้ศาลทราบ

ประการที่สอง คือ เรื่องของ “ความยินยอมในการจัดทำแผน” กับ “ความยินยอมเรื่องแผน” โดยเมื่อแผนในการแก้ไขฟื้นฟูได้มีการจัดทำเสร็จแล้วต้องมีกระบวนการให้ความยินยอมแผนนั้นด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติต้องทำควบคู่กันในการทำแผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูเด็ก โดยการถามความเห็นผู้เสียหายว่ารู้สึกและมีความคิดเห็นอย่างไร จะคัดค้านแผนหรือให้ความยินยอมหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นยังจะต้องสอบถามเด็กและเยาวชนด้วยว่าจะยินยอมเข้าสู่แผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูหรือไม่ ซึ่งถ้าเด็กและเยาวชนยินยอม กระบวนการก็เดินหน้าต่อไปจนเมื่อจัดทำแผนเสร็จ กฎหมายยังกำหนดขั้นตอนเพิ่มเติมให้มีการลงนามร่วมกันอีก ซึ่งการลงนามนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญของแผน ซึ่งหากผู้เสียหายลงนามในแผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูที่จัดทำแล้วจะมากัดค้านภายหลัง ไม่ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติกลับพบว่ามีหลายกรณีผู้เสียหายกลับคัดค้านไม่ร่วมลงนามในขั้นตอนการทำแผนเสร็จ ซึ่งตามมาตรา 86 วรรคสาม ศาลถือว่าเป็นกรณีมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่ากระบวนการในการจัดทำแผนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะมีอำนาจสั่งได้ตามสมควร ด้วยบทบัญญัตินี้เองทำให้ ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวาง จะสั่งอย่างไรก็ได้ ซึ่งศาลอาจสั่งให้กระบวนการนั้นย้อนกลับไปที่จัดทำแผนมาใหม่หรืออาจสั่งไม่เห็นชอบด้วยแผนไปเลยก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้นกรอบระยะเวลาที่จำกัดตามมาตรา 87 วรรคแรกตอนท้าย ที่กำหนดให้ผู้อำนวยการสถานพินิจต้องสั่งให้มีการจัดทำแผนส่งให้พนักงานอัยการให้ทันภายในสามสิบวัน ยิ่งทำให้ท้ายที่สุดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการก็ไม่อาจที่จะบรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการบัญญัติขึ้นมานั้นเอง ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ เพื่อให้แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูซึ่งถือเป็นหัวใจหลักในการแก้ไขปัญหาลูกและเยาวชนมีประสิทธิภาพทัน่วงที่ควรตัดอำนาจศาลออกจากกระบวนการพิจารณาการเห็นชอบของแผนตามมาตรา 87 วรรคแรกตอนท้าย

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประเด็นของการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในมาตรา 86 หมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรการทางเลือก โดยรัฐได้เล็งเห็นถึงการลดปริมาณคดีที่จะต้องฟ้องดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัวอย่างเป็นทางการ หลักการดังกล่าวอาศัยแนวคิดในเรื่องกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) มาเป็นกรอบในการกำหนดมาตรการพิเศษ ซึ่งประเทศแคนาดาได้กำหนดเป็นแนวนโยบายในการ

ดำเนินคดีกับเด็กหรือเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิดโดยให้ใช้มาตรการพิเศษก่อนการใช้กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักเสมอ บางประเทศ ก็อาจใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ได้แม้เป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรงมาก และแม้เป็นคดีที่ผู้ต้องหากระทำความผิดซ้ำ ก็ยังสามารถใช้มาตรการนี้ได้ ซึ่งในประเทศไทยมีข้อจำกัดถึงการให้มาตรการดังกล่าวอยู่พอสมควร โดยเฉพาะตามมาตรา 90 ที่มีได้ให้อำนาจพนักงานอัยการในการเริ่มกระบวนการ หากเป็นคดีที่มีอัตราโทษตั้งแต่ห้าปีแต่ไม่ถึงยี่สิบปี ซึ่งแม้อัยการเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดอาจเข้าสู่กระบวนการได้ ก็ไม่อาจใช้ดุลยพินิจรับเด็กเข้าสู่มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้เลย เพราะกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจ ทั้งที่องค์กรอัยการเป็นเสาหลักที่สำคัญในการใช้หลักการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลของไทย แต่กลับอยู่ภายใต้อำนาจของผู้พิพากษา อันเป็นข้อจำกัดการใช้ดุลยพินิจการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ดังนั้นหากเป็นคดีอาญาอื่นใดที่อัยการเห็นว่าควรฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ อัยการก็ไม่อาจใช้ดุลยพินิจในการเข้าสู่มาตรการนี้ได้ ซึ่งขัดกับหลักการสั่งคดีโดยดุลยพินิจของระบบอัยการไทยและสากลทั้งที่มีการบัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระในการสั่งคดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ประกอบมาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่อัยการมีอำนาจอิสระในการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องในคดีอาญา

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายเด็กเยาวชนนั้น อัยการยังถูกตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจจากศาลโดยตรงในเรื่องของแผนแก้ไขฟื้นฟู แม้อัยการจะสั่งไม่ฟ้องไปแล้วก็ตาม หากศาลไม่เห็นชอบด้วยในแผนก็สามารถใช้ดุลยพินิจแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามความเห็นสมควรได้ ซึ่งอำนาจในการให้ความเห็นชอบดุลยพินิจของอัยการนั้นในระดับสากลจะมีให้เห็นกันเฉพาะการที่อัยการใช้มาตรการพิเศษที่เรียกว่ามาตรการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea bargaining) เท่านั้น แต่หากเป็นเรื่องการใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้อง ศาลในต่างประเทศจะไม่เข้าไปก้าวก่ายการใช้ดุลยพินิจการสั่งไม่ฟ้องของอัยการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรกลับไปใช้บทบัญญัติเดิมที่เรียกว่าการประชุมกลุ่มครอบครัวที่ให้อำนาจเด็ดขาดในการสั่งคดีเป็นของพนักงานอัยการ

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบทั้งมาตรการของประเทศแคนาดาและมาตรการของไทยถึงบทบาทของผู้อำนวยการสถานพินิจและพนักงานอัยการในการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่เหมาะสม เพื่อพัฒนาให้กระบวนการทำงานระบบงานยุติธรรมในคดีเด็กและเยาวชนมีความสัมฤทธิ์ผล โปร่งใส ตรวจสอบได้และเพื่อการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลของเด็กและเยาวชนได้ในที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีและเจตนารมณ์ของการดำเนินคดีเด็กและเยาวชน ตลอดจนประวัติ วิวัฒนาการและเหตุผลทางกฎหมายในการยุติคดีเด็กและเยาวชนในชั้นก่อนฟ้อง และบทบาทอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ อันเกี่ยวกับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา เพื่อยุติคดีเด็กในชั้นก่อนฟ้อง
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบการจำกัดขอบเขตอำนาจของพนักงานอัยการ ต่อการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนอันมีผลในการดำเนินคดีอาญา
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบาทพนักงานอัยการในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนเกี่ยวกับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของไทยและต่างประเทศในชั้นก่อนฟ้อง
4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพัฒนาและแก้ไขกฎหมายโดยให้พนักงานอัยการมีดุลยพินิจเด็ดขาดในการสั่งยุติคดีในชั้นก่อนฟ้อง

1.3 ขอบเขตการวิจัย

ในการศึกษานี้จำกัดขอบเขตการศึกษาเอาไว้ที่หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการใช้มาตรการพิเศษตลอดจนขอบเขตอำนาจของพนักงานอัยการในการใช้มาตรการ อันมีผลต่อการยุติคดีหรือไม่ยุติคดีเด็กและเยาวชนตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

1.4 สมมติฐานการวิจัย

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดบทบาทและหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการรายงานให้ศาลทราบถึง การจัดทำแผนฟื้นฟู ทำให้ขาดความเป็นเอกภาพและความร่วมมือระหว่างหน่วยงานอันกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนตลอดจนบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ได้กำหนดอำนาจศาลไว้อย่างกว้างขวางต่อการเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการจัดทำแผนฟื้นฟู ซึ่งย่อมมีผลต่อกรอบระยะเวลาที่จำกัด อันมีผลต่อการยุติคดีหรือไม่ยุติคดีของเด็กและเยาวชน

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากหนังสือภาษาไทยและหนังสือภาษาอังกฤษที่เกี่ยวข้อง บทความภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เอกสารวิจัย เอกสารขององค์การระหว่างประเทศ เช่น องค์การสหประชาชาติ และองค์การอื่นของสหประชาชาติ คือ UNHEUNI และ UNAFEI รวมถึงกฎหมาย ระเบียบปฏิบัติและรายงานการประชุมที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี บทบาท อำนาจหน้าที่ อันเกี่ยวกับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาและผลกระทบการจำกัดขอบเขตอำนาจของพนักงานอัยการในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาอันมีผลต่อการยุติคดีเด็กและเยาวชน
3. ทำให้ทราบถึงบทบาทพนักงานอัยการในการคุ้มครองสิทธิเด็กในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของไทยและต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการพัฒนาและแก้ไขกฎหมายโดยให้พนักงานอัยการมีดุลยพินิจเด็ดขาดในการสั่งยุติคดีในชั้นก่อนฟ้อง

บทที่ 2

หลักประกันสิทธิของเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรม

ในคดีเด็กและเยาวชนสาเหตุของการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน พบว่า โดยพื้นฐานการกระทำความผิดเกิดจากความเขว้ว้าย รู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือถูกหลอกใช้จากผู้ใหญ่ ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ขัดหรือแย้งกับความต้องการในค่านิยมของวัฒนธรรมที่ครอบงำวิถีชีวิตของเยาวชนนั้น จนกลายเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อค่านิยมหลักอันเป็นระบบที่ก่อรูปลักษณะนิสัยใจคอของเด็กหรือเยาวชนนั้น ดังนั้นวิธีการแก้ไขจึงต้องใช้วิธีการที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ ทั้งเรื่องของหลักประกันสิทธิในการคุ้มครองเด็กและเยาวชน ทฤษฎีที่ใช้ในการลงโทษเด็กและเยาวชน และกระบวนการแก้ไขเด็กและเยาวชนที่มีลักษณะพิเศษที่เรียกว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในคดีเด็กและเยาวชน

2.1 หลักประกันสิทธิในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน

ในเรื่องหลักประกันสิทธิในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในระดับนานาชาติได้มีแนวทางหรือข้อกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ในส่วนของการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนอยู่สองประการ ประการแรกว่าด้วย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ประการที่สองเป็นเรื่องกฎขั้นต่ำอันเป็นมาตรฐานของสหประชาชาติสำหรับการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง) ดังจะได้กล่าวไว้เป็นลำดับ ดังนี้

2.1.1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

จากการที่ประเทศไทยได้มีพัฒนาการการคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติได้ให้การรับรองปฏิญญาเพื่อเด็ก (National Declaration on Children) อันเป็นการประกาศเจตนารมณ์ในการร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในการวางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิของเด็กซึ่งมีแนวความคิดที่ว่า เด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าและจะเป็นผู้สืบทอดความเป็นชาติในอนาคต ดังนั้น เด็กทุกคนจึงสมควรที่จะได้รับการพัฒนาให้เต็มตามศักยภาพ ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานและการคุ้มครองให้พ้นจากการถูกรัดเอาเปรียบของบุคคลและสังคม ในการกำหนดปฏิญญาเพื่อเด็กนี้ได้คำนึงถึงความต้องการพื้นฐานของเด็กเป็นสำคัญ เด็กทุกคนไม่ว่าจะเป็นเด็กที่ด้อยโอกาสในลักษณะใดก็ตาม เช่น เด็กพิการ เด็กถูกทอดทิ้ง เด็กเร่ร่อน เด็กถูก

ทารุณกรรม เด็กที่ถูกใช้แรงงานอย่างผิดกฎหมายและโสเภณีเด็กจะต้องได้รับการพัฒนาตามหลักการดังกล่าวจึงได้กำหนดปฏิญญาเพื่อเด็กไว้ ดังนั้นทิศทางการพัฒนาเด็กตามความต้องการพื้นฐานของเด็กอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามปฏิญญาเพื่อเด็กฉบับดังกล่าว คือ เด็กต้องได้รับการอบรมเลี้ยงดูจากบิดามารดา บุคคลหรือครอบครัวเพื่อเป็นฐานในการสร้างเสริมพัฒนาการทุกด้าน โดยเด็กจะต้องอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ไม่เป็นพิษต่อสุขภาพทั้งทางกายและทางจิต นอกจากนี้เด็กจะต้องได้รับโอกาสในการรับรู้และการพิทักษ์สิทธิและผลประโยชน์พื้นฐาน สถาบัน สังคม และองค์กรธุรกิจ พร้อมทั้งการมีตัวแทนในการพิทักษ์สิทธิและผลประโยชน์ดังกล่าวตามความเหมาะสม เด็กต้องได้รับการพิทักษ์และคุ้มครองต่อการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยไม่นำมาเปิดเผยต่อสาธารณชนหรือประชาชนและต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ใหญ่ เด็กต้องได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานเป็นอย่างน้อยเพื่อพัฒนาให้มีปัญญา มีคุณธรรมตามหลักศาสนาของตนและมีจริยธรรมขั้นพื้นฐาน เด็กต้องได้รับการฝึกอบรมให้มีความรู้และทักษะในการดำรงชีวิต มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ มีเจตคติที่จะใฝ่เรียนรู้อย่างต่อเนื่องและตลอดชีวิต มีเจตคติที่ดีต่อครอบครัว สังคม และการดำเนินชีวิต มีความเข้าใจเกี่ยวกับตนเองอย่างถูกต้องเป็นจริง เข้าใจและยอมรับความต้องการสิทธิและบทบาทของตนเองและผู้อื่น เพื่อให้เป็นพลเมืองที่รับผิดชอบ มีคุณภาพและรู้จักอยู่ร่วมกันโดยสันติ และต้องมีโอกาสเข้าถึงบริการขั้นพื้นฐานด้านต่าง ๆ ในสังคม ทั้งภาครัฐและเอกชน อันหมายรวมถึงสิทธิในการใช้บริการด้านการป้องกัน การคุ้มครองแก้ไขฟื้นฟูและการพัฒนา¹¹

1. การคุ้มครองสิทธิเด็ก (Protection of the Child)

นอกจากการคุ้มครองสิทธิเด็กจะมีการรับรองและคุ้มครองโดยปฏิญญาเพื่อเด็กแล้วยังได้มีการรับรองไว้ในปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการ (The Vienna Declaration and Programme of Action Declaration) โดยได้รับรองเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1993 ในการประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งปฏิญญาฉบับดังกล่าวมีหลักการ คือ สิทธิมนุษยชนทั้งปวงมีแหล่งที่มาจากศักดิ์ศรีและคุณค่าประจำในตัวของมนุษย์ และคนเป็นประเด็นหรือศูนย์กลางของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และด้วยเหตุนี้จึงควรเป็นผู้รับประโยชน์หลักและควรมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในการทำให้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เกิดสัมฤทธิ์ผลขึ้นจริง การประชุมดังกล่าวในส่วนของความเสมอภาค ศักดิ์ศรี และความอดกลั้น ได้มีการหยิบยกในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเด็กมากล่าวไว้ดังนี้

¹¹ จาก สิทธิมนุษยชน HUMAN RIGHT (น. 16-17), โดย พรศักดิ์ คุงควิบูลย์ และคณะ, 2543, กรุงเทพมหานคร: ตำราจ.

1. เน้นความสำคัญของกองทุนเด็กแห่งสหประชาชาติเพื่อส่งเสริมให้เกิดความเคารพต่อสิทธิของเด็กในการรอดชีวิตอยู่ การให้ความคุ้มครอง การพัฒนา และการมีส่วนร่วม
2. ออกมาตรการเพื่อใช้บังคับให้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็กบรรลุผลสำเร็จภายในปี 1995 และให้จัดทำแผนปฏิบัติการในประเทศรัฐภาคีอย่างเร่งด่วนตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก
3. ที่ประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเร่งเร้าให้รัฐทั้งหลายยกเลิกกฎหมายและระเบียบที่มีอยู่ และเลิกล้มประเพณีที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และที่เป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อเด็กหญิง¹²

จากสาระสำคัญของปฏิญญาเวียนนาที่มุ่งเน้นการทำให้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศสามารถบังคับใช้ได้จริง ซึ่งผลที่ตามมาคือเร่งให้แต่ละประเทศอนุวัติการกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ดังนั้นจึงต้องศึกษาถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กต่อไป

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นเอกสารที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งมีความสำคัญในระดับสากลเพราะมีภาคีสมาชิกถึง 187 ประเทศ โดยอนุสัญญานี้มีสาระสำคัญกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องปกป้องเด็กจากการถูกใช้บริการทางเพศและถูกล่วงละเมิดทางเพศ นอกจากนี้จะต้องมีการส่งเสริมฟื้นฟูสภาวะทางกายและจิตใจตลอดจนการกลับเข้าไปอยู่ในสังคมของเด็กที่ถูกละเมิดสิทธิตามที่ได้ระบุไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยอาศัยเหตุที่ว่าเด็กยังไม่เติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจจึงต้องการการพิทักษ์และดูแลเป็นพิเศษ รวมตลอดไปถึงต้องการการคุ้มครองตามกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังการเกิด จึงต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่ของเด็กในทุก ๆ ประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่กำลังพัฒนา ดังนั้นสิทธิที่เด็กพึงจะได้รับตามอนุสัญญาดังกล่าว คือ

1. สิทธิเด็กในการดำรงชีวิต (Survival Right) หรือสิทธิพื้นฐานทั่วไปของเด็ก เช่น สิทธิในการมีชีวิตอยู่ สิทธิในการมีเชื้อชาติและสัญชาติ
2. สิทธิเด็กในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Right) จากการถูกเอาเปรียบทางเพศ การใช้แรงงานจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพจากการถูกทรมาน ถูกละเมิดหรือการกระทำที่โหดร้าย
3. สิทธิเด็กที่ได้รับการพัฒนา (Development Right) เช่นสิทธิที่จะได้รับการศึกษา

¹² แหล่งเดิม. (น. 39-40).

4. สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Right) เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อตน สิทธิในการแสดงออกได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร¹³

นอกจากสิทธิดังกล่าวข้างต้นแล้ว อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังเน้นการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในส่วนของผู้กระทำผิดในคดีอาญา¹⁴ ประการ ดังนี้

1. ความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี บุคคลดังกล่าวต้องไม่ได้รับการทรมานหรือถูกปฏิบัติหรือลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า และจะไม่มี การลงโทษ ประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัว

2. เด็กจะถูกลิดรอนเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยพลการ จับกุม กักขัง หรือจำคุกต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะใช้เป็นมาตรการสุดท้าย โดยใช้เวลาน้อยที่สุดอย่างเหมาะสมและคำนึงถึงความต้องการของเด็กทุกคนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพอย่างเคารพ การถูกแยกต่างหากจากผู้ใหญ่จะต้องพิจารณาเห็นถึงประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่คงจะต้องแยกเช่นนั้น และเด็กย่อมมีสิทธิที่จะติดต่อกับครอบครัวทางหนังสือโต้ตอบ การเขียนเขียน เว้นแต่ในสภาพการณ์พิเศษ และสามารถขอความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสมโดยพลันกับทุกหน่วยงานที่มีอำนาจ

3. รัฐภาคีต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมอันเป็นการส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ การกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการละเลยในรูปแบบใด ๆ โดยการแสวงหาประโยชน์จากการกระทำอันมิชอบ การถูกกล่าวหา การตั้งข้อหาหรือกล่าวหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา การทรมานหรือการลงโทษ หรือการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า โดยรูปแบบอื่น หรือพิพาทกันด้วยอาวุธ การฟื้นฟูกลับคืนสู่สังคมในกรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมสุขภาพและเคารพต่อศักดิ์ศรีของตนเองและคุณค่าของเด็ก ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมความเคารพของเด็กต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่น โดยคำนึงถึงลักษณะอายุและความปรารถนาของเด็กที่จะส่งเสริมการกลับคืนสู่สังคมและการมีบทบาทเชิงสร้างสรรค์ของเด็กในสังคม¹⁵

¹³ จาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540: ศึกษาเฉพาะกรณีการคุ้มครองผู้เสียหาย และพยานที่เป็นเด็กในการสอบสวน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์) (น. 2-3), โดย จิตติมา ธงไชย, 2543, กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁴ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 37, 39 และ 40.

¹⁵ สำนักงานคดีเยาวชนและครอบครัว, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2554. น. 1

นอกจากนี้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 3

1. ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐ หรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก

2. รัฐภาคีที่จะประกันให้มีการคุ้มครองและการดูแลแก่เด็กเท่าที่จำเป็นสำหรับความอยู่ดีของเด็ก โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็กนั้นตามกฎหมายด้วยและเพื่อการนี้ จะดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติและบริหารที่เหมาะสมทั้งปวง

3. รัฐภาคีจะประกันว่าสถาบัน การบริการและการอำนวยความสะดวกที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการดูแลหรือคุ้มครองเด็กนั้นจะเป็นไปตามมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ โดยหน่วยงานที่มีอำนาจโดยเฉพาะในด้านความปลอดภัย สุขภาพ และในเรื่องจำนวนและความเหมาะสมของเจ้าหน้าที่ตลอดจนการกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพ

ส่วนอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 9 มีสาระสำคัญว่า

1. รัฐภาคีจะประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจ ซึ่งอาจถูกทบทวนโดยทางศาลจะกำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ว่าการแยกเช่นนี้จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก การกำหนดเช่นนี้อาจจำเป็นในกรณีเฉพาะ เช่น ในกรณีที่เด็กถูกกระทำโดยมิชอบ หรือถูกทอดทิ้งละเลยโดยบิดามารดา หรือกรณีที่บิดามารดาอยู่แยกกันและต้องมีการตัดสินใจว่าเด็กจะพำนักที่ใด

2. ในการดำเนินการใด ๆ ตามวรรค 1 ของข้อนี้ จะให้โอกาสทุกฝ่ายที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง มีส่วนร่วมในการดำเนินการดังกล่าว และแสดงความคิดเห็นของตนให้ประจักษ์

3. รัฐภาคีจะเคารพต่อสิทธิของเด็กที่ถูกแยกจากบิดาหรือมารดา หรือจากทั้งคู่ ในอันที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัว และการติดต่อโดยตรงทั้งกับบิดาและมารดาอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

4. ในกรณีที่การแยกเช่นนี้เป็นผลมาจากการกระทำใด ๆ โดยรัฐภาคีต่อบิดาหรือมารดา หรือทั้งบิดาและมารดาหรือต่อเด็ก เช่น การกักขัง การจำคุก การเนรเทศ การส่งตัวออกนอกประเทศ หรือการเสียชีวิต (รวมทั้งการเสียชีวิตอันเกิดจากสาเหตุใด ๆ ที่เกิดขึ้นขณะที่ผู้นั้นอยู่ในการควบคุมของรัฐ) หากมีการร้องขอ รัฐภาคีนั้นจะต้องให้ข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นเกี่ยวกับที่อยู่ของสมาชิกครอบครัวที่หายไปแก่บิดามารดา เด็กหรือในกรณีที่เหมาะสมแก่สมาชิกคนอื่นของครอบครัว เว้นแต่เนื้อหาของข้อมูลข่าวสารนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความอยู่ดีของเด็ก อนึ่ง

รัฐภาคีจะให้การประกันต่อไปว่าการยื่นคำร้องขอเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

2. หลักประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กและเยาวชน(Interest in the Child)

คำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เป็นคำที่มีขอบเขตความหมายกว้างขวาง โดยอาจเกิดได้จาก 2 แนวทางใหญ่คือ การกำหนดที่มาจากบริบทแวดล้อมตัวเด็ก ไม่ว่าจะเป็นพ่อแม่ ผู้ปกครอง รัฐหรือสังคม ภายใต้ความคิดที่ว่า เด็กเป็นผู้อ่อนเยาว์ทั้งวิวุฒิและคุณวุฒิตลอดจนยังขาดประสบการณ์ความรู้ ต้องการพึ่งพิง การตอบสนองความต้องการ ประโยชน์สูงสุดที่เกิดขึ้นจึงเป็นการพิจารณาสิ่งที่คิดว่าดีและน่าจะเป็นประโยชน์สำหรับเด็กจากบุคคลอื่น กับอีกแนวทางหนึ่งที่ว่า ตัวเด็กอาจจะเป็นผู้พิจารณาถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับตัวเองและเป็นผู้กำหนดว่าอะไรคือประโยชน์สำหรับตนโดยยึดเอาความต้องการของเด็กเป็นหลัก

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กปรากฏครั้งแรกโดยศาลยุติธรรมประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษได้ใช้ดุลยพินิจในการดำเนินคดีโดยยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ แต่การใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาในคดีนี้ยังมีได้ให้ความหมายคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างไร นอกจากศาลในประเทศอังกฤษแล้ว ยังมีนักวิชาการอีกหลายท่านได้ให้ความหมายคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้แตกต่างกัน อาทิ

Navas Navarro ได้ให้ความเห็นว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเครื่องมือทางกฎหมายซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความผาสุกแก่เด็กทั้งทางกายภาพ สุขภาพ และสถานะทางสังคม

Renate Winter กล่าวว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กล่าวถึงในข้อ 3.1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีความหมายที่ชัดเจนอยู่แล้ว กล่าวคือ ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องถูกนำมาพิจารณาเป็นลำดับแรก (Primary Consideration) แม้ผลประโยชน์ของบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องจะมีความสำคัญก็ตาม

Santos Pais อธิบายว่า หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นถือว่าเป็นหลักที่มีคุณค่าและมีความสำคัญอันเป็นแนวทางในการแก้ปัญหากระหว่างผลประโยชน์ของเด็กในเรื่องต่าง ๆ

นอกจากนี้ศาลฎีกา (High Court) ของประเทศออสเตรเลียได้ กล่าวถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในคดี Marion's Case ว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นถ้อยคำที่ไม่แน่นอน (Imprecise) แต่ก็ไม่ได้มีความหมายเกินไปกว่าสวัสดิภาพของเด็ก (Welfare of the child)¹⁶

¹⁶ จาก การคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (น. 25-27), โดย จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, 2551, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สำหรับประเทศไทย วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล ได้ให้คำจำกัดความ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานะที่เกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ที่ให้การรับรองไว้ หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก ดังนั้นในการตรากฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษแก่เด็กหรือกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความคิดจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยมีจุดเน้นที่การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กมิใช่คุ้มครองสวัสดิภาพของสังคมโดยมองว่าเด็กเป็นตัวทำลายสวัสดิภาพของสังคม¹⁷

โดยสรุปจะเห็นได้ว่าการให้นิยามข้างต้นมักมีลักษณะที่มีความหมายกว้างและเป็นนามธรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการให้คำจำกัดความในลักษณะดังกล่าวเหล่านี้ล้วนยากแก่การทำความเข้าใจ ทั้งในแง่ของขอบเขต วิธีการ หรือลำดับขั้นตอนของการนำหลักประโยชน์สูงสุดไปใช้ ทำให้ไม่สะดวกในการนำไปปฏิบัติเพื่อให้เกิดการคุ้มครองแก่เด็กได้จริง ยิ่งไปกว่านั้นแม้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กจะได้นำมาใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) แต่ก็มีได้มีการกำหนดความหมายไว้โดยเฉพาะเช่นกัน อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าการไม่บัญญัติคำจำกัดความเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวอาจเนื่องมาจากหลักประโยชน์สูงสุดเป็นหลักทั่วไป การนำมาใช้จึงต้องปรับเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงที่ไม่จำเพาะเจาะจงเป็นกรณี ๆ ไป ดังนั้น การเขียนนิยามไว้ในลักษณะจำกัดความหมายจึงเป็นเรื่องกระทำได้ยาก แต่ถึงกระนั้นในทางดาร์ก็ได้มีการอธิบายถึงแนวทางในการนำหลักประโยชน์สูงสุดไปใช้โดยมีการเสนอเกณฑ์การพิจารณาถึงความสำคัญของหลักดังกล่าวไว้เป็น 2 แนวทางคือ

ก. ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด (the paramount consideration) แนวทางนี้จะพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงสิ่งเดียวที่มีความสำคัญอย่างแท้จริง โดยจะทำการพิจารณาคัดเลือกประกอบกับโอกาสและสิ่งอำนวยความสะดวกที่เป็นไปได้ทั้งทางร่างกาย จิตใจ จิตวิญญาณและสังคมแวดล้อมของเด็ก ทั้งนี้แนวทางนี้ได้ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 21 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม¹⁸ และการดำเนินงานโดยองค์กรที่รับผิดชอบตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ เพื่อให้เด็กหรือเยาวชนได้มีผู้ปกครองดูแลอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดต่อเด็กหรือเยาวชนนั้น

¹⁷ จาก “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก,” โดย วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, 2537 (กันยายน-ตุลาคม), *ศุลพาห*, 41(5). น. 19.

¹⁸ Convention on the Rights of the Child Article 21 States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall

ข. ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (a primary consideration) แนวทางนี้จะเน้นไปที่การพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกโดยต้องพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ ที่เท่าเทียมกัน และใช้วิธีการที่เหมาะสมกับบุคลิกลักษณะแต่ละรายไป¹⁹ ซึ่งวิธีการนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องเลือกสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงสิ่งเดียว อันเป็นแนวทางที่มีลักษณะยืดหยุ่นกว่าแนวทางแรก และเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในกรณีที่เกิดความขัดแย้ง²⁰ เกี่ยวกับสิทธิของบิดามารดาต่อกับเด็กหรือความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของเด็กเป็นต้น แนวทางนี้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 3.1 ซึ่งได้กำหนดถึงการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันทางสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ โดยจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก

จากแนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าแนวคิดแรกที่พิจารณาว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดเพียงสิ่งเดียว (the paramount consideration) นั้นมีลักษณะการตีความที่แคบทำให้ไม่สามารถที่จะคุ้มครองสิทธิของเด็กได้ทุกกรณี และอาจทำให้เกิดช่องว่างที่คู่กรณีจะหยิบยกเรื่องการเลือกปฏิบัติมาเป็นข้อเรียกร้องให้พิจารณาคดีในฐานะที่เท่าเทียมกันได้ เนื่องจากแนวทางดังกล่าวคำนึงถึงแต่ความสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ตัวเด็ก จนในบางกรณีไม่คำนึงถึงผู้เสียหายว่าจะเกิดผลกระทบอย่างไรหรือจะได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือไม่ ในขณะที่แนวคิดที่สองที่พิจารณาว่าหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (a primary consideration) กลับมีลักษณะที่ยืดหยุ่นและปรับใช้ได้ครอบคลุมกว่า ดังนั้นคณะกรรมการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 จึงเห็นชอบที่จะให้มีการบัญญัติถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรกไว้ในอนุสัญญาข้อ 3.1 เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการเกี่ยวกับเด็กต่อไป²¹ อย่างไรก็ตามก็ตีหลัก

¹⁹ The African Child Policy forum. p. 33

²⁰ จาก *กระบวนการยุติธรรมของเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด* (คุณฉันทิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 50), โดย พิษญา เหลืองรัตนเจริญ, 2555, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

²¹ “the best interests of the child” มีใช้ใน Convention on the Rights of the Child Article 3.1 In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration. ถึงแม้ว่าจะมีการบัญญัติหลักไว้ แต่ไม่มีนิยามของ “the best interests of the child” ไว้อย่างชัดเจน.

ประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กก็ยังมีลักษณะที่เป็นนามธรรม²² ส่งผลให้เกิดแนวปฏิบัติที่ขาดความชัดเจน กล่าวคือ ในทางปฏิบัติการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไปปรับใช้มักเป็นกรณีที่มีการพิจารณาเกี่ยวกับ “สถานะความเป็นเด็ก” (Childhood) โดยอธิบายถึงสภาพลักษณะความเป็นเด็กในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นความอ่อนแอ บอบบาง ต้องการการเลี้ยงดู มีลักษณะแห่งการพึ่งพิง ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ ไร้ความสามารถ ต้องการการปกป้องคุ้มครองจากผู้ใหญ่ตลอดจนทัศนคติที่ว่าเด็กมีความบริสุทธิ์ไร้เดียงสา ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวมุ่งเน้นไปที่สภาพหรือสถานะแห่งความเป็นเด็ก (Childhood) มากกว่าที่จะกล่าวถึงตัวเด็ก (The Child) และความต้องการที่แท้จริงของเด็ก ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหากพิจารณา “ความเป็นเด็ก” เมื่อพิจารณาในลักษณะของความเป็นปัจเจกบุคคลหรือผู้กระทำต่อสังคม (Social Actor) แล้ว จะมองว่าเด็กในแง่หนึ่งจะมีลักษณะที่บ่งบอกถึงการถูกสร้างขึ้นจากสังคม (Socially Constructed) กระบวนการทางสังคม (Social Process) ตลอดจนบริบทแวดล้อมของสังคม ไม่ว่าจะเป็นทั้งจากผู้ปกครอง ผู้ใหญ่หรือผู้มีอำนาจในสังคม โดยใช้วิธีกำหนด ควบคุม ครอบงำว่าสิ่งใดคือสิ่งที่เด็กต้องการหรือเหมาะสมกับเด็ก รวมไปถึงการกำหนดคุณค่าเฉพาะตัวของเด็ก ตลอดจนแบบแผนพฤติกรรมที่เป็นตัวบ่งชี้ถึงความเป็นเด็ก โดยมีการแยกความเป็นเด็กออกจากความเป็นผู้ใหญ่อย่างชัดเจน (Adulthood) จนเด็กกลายเป็นผลผลิตทางสังคม (Social Production) ด้วยเหตุนี้การพิจารณาถึงความต้องการของเด็กเพื่อนำไปสู่ประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงมีขอบเขตที่กว้างจนไม่สามารถพิจารณาจากมุมใดมุมหนึ่งได้ โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นความต้องการพื้นฐานที่นำไปสู่ประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริงนั้นจึงต้องพิจารณาจากปัจจัยหลายประการประกอบกันดังนี้ คือ

1. ความต้องการอันเนื่องมาจากธรรมชาติของความเป็นเด็กสามารถค้นหาได้จากพฤติกรรมที่เด็กได้แสดงออก ซึ่งมาจากสัญชาตญาณ แรงขับหรือแรงกระตุ้นที่จะเป็นส่วนเติมเต็มความต้องการขั้นพื้นฐาน²³ ของเด็กนั่นเอง
2. ความต้องการทางด้านสุขอนามัย หมายถึงการได้เติมเต็มทั้งทางด้านสุขภาพกาย และสุขภาพจิตประกอบกันจนเป็นระบบต่าง ๆ ส่งผลให้เด็กมีคุณภาพตามคุณค่าที่เด็กต้องการ ทั้งนี้

²² เมื่อพิจารณาถึงที่มาของหลักการที่ว่า “ประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก” จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวถือเป็นองค์ประกอบรวมหรือผลรวมอันเกิดจากการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น การเลี้ยงดูที่เหมาะสม การมีอิสระและเสรีภาพ การได้รับการพัฒนาในด้านต่าง ๆ ที่นำไปสู่การมีคุณภาพชีวิตที่ดี. อ้างถึงใน *กระบวนการยุติธรรมของเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด* (คฤษฎีนิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต). เล่มเดิม.

²³ หลักการดังกล่าวได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ข้อ 1 (9).

เนื่องจากความหมายของการมีสุขภาพดีมิได้หมายถึงการมีสุขภาพกายที่ต่ออย่างเดียว แต่รวมไปถึงสุขภาพจิต ภาวะแห่งจิตที่สมบูรณ์ ในทางปฏิบัติก็คือการได้รับความรัก ความอบอุ่น และการปกป้องคุ้มครองทั้งจากบุคคลใกล้ชิดรวมถึงสังคมรอบข้าง²⁴

3. ความต้องการเกี่ยวกับการปรับตัวทางสังคม เนื่องจากในแต่ละสังคมจะมีข้อกำหนดแบบแผนและแนวทางการปฏิบัติสำหรับเด็ก ทำให้เด็กต้องเชื่อฟังผู้ใหญ่อันเป็นลักษณะพื้นฐานบางประการตามข้อกำหนดในสังคมนั้น นอกจากนี้ปัจจัยด้านการเลี้ยงดูก็เป็นอีกองค์ประกอบหนึ่งที่ทำให้เกิดพัฒนาการทางบุคลิกภาพ และการเรียนรู้ไปในทิศทางที่เหมาะสม²⁵

4. ความต้องการในแง่ของการกำหนดวัฒนธรรม โดยต้องการเป็นผู้แสดงบทบาทหรือกำหนดแนวทางสำหรับตัวเอง เพราะเรื่องราวของเด็กมักถูกกำหนดจากผู้มีอำนาจ ผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ใหญ่ในสังคมที่คาดหวังว่าเด็กต้องการเช่นนั้นเช่นนี้ จึงได้จัดเตรียมสิ่งที่จะตอบสนองความต้องการของเด็กไว้อย่างเบ็ดเสร็จ สิ่งที่เกิดขึ้นจึงเป็นผลผลิตที่มาจากผู้ใหญ่ ดังนั้นความต้องการของเด็กในการกำหนดวัฒนธรรมจึงเป็นความต้องการที่ถูกสร้างหรือเสนอแนวทางของเด็กจากความคิดของผู้ใหญ่²⁶

ดังนั้น กรอบความคิดในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (a primary consideration) จึงต้องทำให้มีความชัดเจน เพื่อจะได้นำมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นไปของสังคมและยุคสมัย ด้วยเหตุนี้การพิจารณาความเป็นเด็กจึงไม่ควรเข้าใจเฉพาะแต่แง่มุมทางประชากรศึกษาแต่เพียงอย่างเดียว²⁷ หากแต่ต้องมีการทำความเข้าใจโดยพิจารณา

²⁴ หลักการดังกล่าวได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ข้อ 1(3) และ (5).

²⁵ หลักการดังกล่าวได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ข้อ 1(6).

²⁶ หลักการดังกล่าวได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ข้อ 1(8) และ (11)- (17).

²⁷ ในแง่มุมทางประชากร คำอธิบายเกี่ยวกับเด็กมักถูกอธิบายผ่าน โครงสร้างประชากรหรือปริมาตรทางประชากรที่มีการจำแนกลักษณะทางประชากรออกตามเพศและช่วงวัย นักคิดทางสังคมศาสตร์ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการให้คำอธิบายความเป็นเด็กดังกล่าวไม่อาจเป็นสิ่งที่เพียงพอได้อีกต่อไปในสังคมปัจจุบัน กล่าวคือ เด็กถูกมองว่าเป็นตัวแปรหนึ่งที่ถูกแยกส่วน และนำไปคิดคำนวณด้านสถิติทางประชากร (Official Statistics) เพื่อให้เห็นแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงทางประชากร แต่อธิบายดังกล่าวอาจเป็นสิ่งที่ไม่ทำให้เห็นถึงภาพรวมถึงสภาพของเด็ก

ถึงปรากฏการณ์และความเป็นจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับเด็กและความเป็นตัวตนของเด็กซึ่งสามารถพิจารณาได้จากทัศนคติของเด็ก หรือการค้นหาคำความเป็นจริงจากสิ่งที่เป็นประโยชน์ตามความต้องการของเด็กเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ดังนั้น หลักการที่ว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงกลายมาเป็นข้อกำหนดอันมีพื้นฐานมาจากความต้องการของเด็กเป็นสำคัญ²⁸ ซึ่งนอกจากต้องพิจารณาถึงความต้องการของเด็กในทุกแง่มุม ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กแล้วยังถือว่าเด็กมีความต้องการที่ควรจะได้รับ การตอบสนองทั้งในแง่ของความต้องการที่เป็นธรรมชาติของเด็กเอง รวมถึงไปถึงความต้องการทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ ซึ่งความต้องการที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นเป็นทั้งความต้องการที่จำเป็นและต้องได้รับการตอบสนอง โดยผ่านทางมาตรการตามนโยบายของรัฐในรูปแบบของสวัสดิการต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตว่าแม้ความต้องการของเด็กในบางกรณีจะเกิดขึ้นมาจากข้อกำหนดของเด็กเอง แต่ในความเป็นจริงแล้วความต้องการที่เกิดขึ้นนั้นก็อาจจำเป็นต้องอาศัยและพึ่งพาผู้อื่น ในการตอบสนองความต้องการเหล่านั้นด้วย ดังนั้นการกำหนดความต้องการของเด็กเพื่อนำไปสู่ประโยชน์สูงสุดจึงเป็นสิ่งที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในลักษณะของการส่งเสริมเกื้อหนุนซึ่งกันและกัน

นอกจากนี้การตอบสนองความต้องการของเด็กถือเป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรวมไปถึงการดำเนินการต่อเด็กในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย²⁹ โดยรัฐต้องให้การปกป้องคุ้มครองเด็ก

และความเป็นเด็กในสังคมที่มีความเป็นพลวัต ทั้งอาจทำให้ความเข้าใจเกี่ยวกับเด็กและความต้องการของเด็กขาดหายหรืออาจถูกละเลยไปได้ ทำให้ไม่สามารถเข้าใจและเข้าถึงข้อเท็จจริง ตลอดจนความต้องการของเด็ก.

²⁸ แนวคิดเกี่ยวกับความต้องการของเด็กมีสมมติฐานที่ว่า ความต้องการของเด็กถือเป็นทรัพย์สินของเด็กเอง เป็นสิ่งที่เด็กมีอยู่ ติดตัวเด็กมา สามารถค้นพบ ค้นหาได้จากพฤติกรรมของเด็ก (ทั้งที่แสดงออกและไม่แสดงออกมาให้เห็น).

²⁹ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 3

1. ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐ หรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก

2. รัฐภาคีที่จะประกันให้มีการคุ้มครองและการดูแลแก่เด็กเท่าที่จำเป็นสำหรับความอยู่ดีของเด็ก โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็กนั้น ตามกฎหมายด้วยและเพื่อการนี้ จะดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติและบริหารที่เหมาะสมทั้งปวง

3. รัฐภาคีจะประกันว่าสถาบัน การบริการและการอำนวยความสะดวกที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการดูแลหรือคุ้มครองเด็กนั้นจะเป็นไปตามมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ โดยหน่วยงานที่มีอำนาจโดยเฉพาะในด้านความปลอดภัย สุขภาพ และในเรื่องจำนวนและความเหมาะสมของเจ้าหน้าที่ตลอดจนการกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพ.

ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และการจัดการให้เกิดการคุ้มครองดูแลเด็กอันนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กแม้ว่าในบางกรณีรวมถึงจะต้องมีการแยกเด็กออกจากพ่อแม่หรือผู้ปกครองของเด็กก็ตาม³⁰

ปัจจุบันการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและการเมืองทำให้เริ่มมีการหันกลับมาพิจารณาถึงตัวเด็กโดยพิจารณาจากมิติในแง่มุมมองเชิงรูปธรรมอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมากขึ้น³¹ โดย

³⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 9

1. รัฐภาคีจะประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจ ซึ่งอาจถูกทบทวนโดยศาลจะกำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ว่าการแยกเช่นนี้จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก การกำหนดเช่นนี้อาจจำเป็นในกรณีเฉพาะ เช่น ในกรณีที่เด็กถูกกระทำโดยมิชอบ หรือถูกทอดทิ้งละเลยโดยบิดามารดา หรือกรณีที่บิดามารดาอยู่แยกกัน และต้องมีการตัดสินใจว่าเด็กจะพำนักที่ใด

2. ในการดำเนินการใด ๆ ตามวรรค 1 ของข้อนี้ จะให้โอกาสทุกฝ่ายที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการดำเนินการดังกล่าว และแสดงความคิดเห็นของตนให้ประจักษ์

3. รัฐภาคีจะเคารพต่อสิทธิของเด็กที่ถูกแยกจากบิดาหรือมารดา หรือจากทั้งคู่ ในอันที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัว และการติดต่อโดยตรงทั้งกับบิดาและมารดาอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

4. ในกรณีที่การแยกเช่นนี้เป็นผลมาจากการกระทำใด ๆ โดยรัฐภาคีต่อบิดาหรือมารดา หรือทั้งบิดาและมารดาหรือต่อเด็ก เช่น การกักขัง การจำคุก การเนรเทศ การส่งตัวออกนอกประเทศ หรือการเสียชีวิต (รวมทั้งการเสียชีวิตอันเกิดจากสาเหตุใด ๆ ที่เกิดขึ้นขณะที่ผู้นั้นอยู่ในการควบคุมของรัฐ) หากมีการร้องขอ รัฐภาคีนั้นจะต้องให้ข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นเกี่ยวกับที่อยู่ของสมาชิกครอบครัวที่หายไปแก่บิดามารดา เด็กหรือในกรณีที่เหมาะสมแก่สมาชิกคนอื่นของครอบครัว เว้นแต่เนื้อหาของข้อมูลข่าวสารนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความอยู่ดีของเด็ก อนึ่ง รัฐภาคีจะให้การประกันต่อไปว่าการยื่นคำร้องขอเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

³¹ การพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก หรือเป็นประการสำคัญ เป็นการพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นประโยชน์สำหรับเด็กอย่างรอบคอบ ซึ่งอาจมาจากทั้งความต้องการของเด็กเองหรือมาจากผู้มีอำนาจตัดสินใจ ยกตัวอย่างเช่น ในต่างประเทศ เมื่อเกิดกรณีหย่าร้างขึ้น แม้ว่าผู้ปกครองจะมีสิทธิในการเลี้ยงดูเด็กเท่ากัน แต่การคำนึงถึงประโยชน์สำหรับเด็กในแง่ของการมีสิทธิเลี้ยงดูเด็ก (Child Custody) จะถูกนำมาพิจารณาซึ่งขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลควบคู่ไปกับความต้องการของเด็ก โดยศาลจะพิจารณาถึงตัวผู้เลี้ยงดู และปัจจัยหลาย ๆ ด้านที่เกี่ยวข้องกับการเลี้ยงดูของผู้ที่ต้องการดูแลบุตร เช่น เพศของเด็ก ทักษะในการเป็นพ่อแม่ ความเต็มใจในการดูแลเด็ก ลักษณะทางอารมณ์ระหว่างเด็ก และผู้รับเลี้ยงดู รวมไปถึงลักษณะที่อยู่อาศัย ความสามารถในการรับภาระค่าใช้จ่าย หน้าที่การงาน แบบแผนทางพฤติกรรม ค่านิยมส่วนตัว และวิถีชีวิตประจำวันของผู้ดูแล ซึ่งศาลจะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้เพื่อชั่งน้ำหนักว่าอะไรก่อให้เกิดประโยชน์สำหรับเด็ก ในส่วนของความต้องการของเด็กนั้น หากเด็กร้องขอหรือต้องการที่จะอยู่กับฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดซึ่งศาลจะพิจารณาแล้วเห็นสมควร สิทธิในการ

ให้ความสำคัญกับการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ ซึ่งในประเทศไทยจะเห็นว่าการตีความคำว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (The best interest principle) ตามกฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549³² ได้นำแนวทางการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (a primary consideration) มาเป็นเกณฑ์ประกอบการตีความกฎหมายอาทิ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 22 หรือระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติว่าด้วยวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่ต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและอายุยังไม่ถึงเกณฑ์ต้องรับโทษทางอาญา พ.ศ. 2551 ข้อ 7 เป็นต้น อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงความสมัครใจของเด็ก เมื่อต้องปฏิบัติตามการคุ้มครองที่ได้มีการกำหนดไว้โดยรัฐหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง มีแต่เพียงเปิดโอกาสให้เด็กมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐและการปฏิบัติที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กเท่านั้น³³

2.1.2 กฎขึ้นต่ำอันเป็นมาตรฐานของสหประชาชาติสำหรับการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง)

นอกจากที่กล่าวในข้างต้นแล้ว การคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ยังมีการคุ้มครองตามกฎขึ้นต่ำอันเป็นมาตรฐานของสหประชาชาติสำหรับการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง) ได้วางหลักเกณฑ์ในส่วนของการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดไว้โดยมีข้อกำหนดดังนี้

“ระบบความยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนต้องเน้นถึงความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชน และประกันว่าการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนนั้นจะได้สัดส่วนกับพฤติกรรม ทั้งของผู้กระทำความผิดและความผิดที่ได้กระทำลงไป” กล่าวคือ วัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดของความยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน คือ

1. การส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชนอันเป็นเป้าหมายหลักของระบบกฎหมายที่มีศาลเยาวชนและครอบครัวหรือระบบเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่ดำเนินการกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน แต่ความเป็นอยู่ที่ดีของเยาวชนก็ควรที่จะได้รับการเน้นในระบบกฎหมายที่ใช้

เลี้ยงดูเด็กก็จะไปตามคำร้องขอของเด็ก ซึ่งสิทธิการเลี้ยงดูเด็กในที่นี้ไม่ได้จำกัดอยู่ที่พ่อแม่ของเด็กเท่านั้น หากยังรวมไปถึงบุคคลอื่นที่ต้องการดูแลเด็กด้วย.

³² ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 22 สิงหาคม 2549.

³³ กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 ข้อ 1(17).

รูปแบบของศาลอาญาอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ก็เพื่อจะช่วยให้เด็กหรือเยาวชนอยู่ในระบบการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว

2. “หลักแห่งความได้สัดส่วน” ซึ่งหลักนี้รู้จักกันในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการจำกัดการตอบโต้อันเป็นการลงโทษ โดยส่วนใหญ่จะแสดงอยู่ในความหมายที่ว่าลงโทษให้เท่ากับน้ำหนักของความผิด ในทางปฏิบัติการพิจารณาต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนซึ่งไม่ควรพิจารณาโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานแต่เพียงความรุนแรงของความผิดที่ได้กระทำลงเท่านั้น แต่ควรที่จะพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมของบุคคลด้วย (เช่น สถานภาพทางสังคม สภาพครอบครัว ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดและปัจจัยอันมีผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมของบุคคล) ซึ่งมีผลต่อการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาถึงความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะชดใช้แก่ผู้เสียหายหรือเรื่องความตั้งใจจริงของผู้กระทำผิดที่จะกลับตนเป็นคนดี และใช้ชีวิตอย่างมีประโยชน์ ดังนั้น หลักการลงโทษตามสัดส่วนของความผิดเมื่อนำมาใช้กับผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนอาจเกินความจำเป็นและเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนได้ดังปรากฏให้เห็นอยู่ในระบบความยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนบางระบบ นอกจากนี้ในส่วนของผู้กระทำผิดที่จะต้องได้รับโทษตามสัดส่วนแล้วยังต้องคำนึงถึงการได้รับการปกป้องสิทธิของผู้เสียหายที่จะต้องได้รับการชดใช้ตามสัดส่วนด้วย

นอกจากนี้เด็กยังต้องได้รับหลักประกันอันเป็นการคุ้มครองขั้นมูลฐานในทุกขั้นตอนของกระบวนการ เช่น การสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อหา สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำ สิทธิที่จะได้รับคำปรึกษา สิทธิที่จะให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองปรากฏตัวอยู่ด้วย สิทธิที่จะเผชิญหน้าและซักค้านพยาน รวมทั้งสิทธิที่จะอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในระดับสูงขึ้นไป ด้วย เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน ความน่าเชื่อถือและความรู้ในวิชาชีพเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมที่สุดที่คอยควบคุมการใช้ดุลยพินิจที่กว้างขวางนั้น ดังนั้น คุณสมบัติทางวิชาชีพและการฝึกฝนอย่างเชี่ยวชาญจึงเป็นสิ่งสำคัญอันเป็นหลักประกันในการใช้ดุลยพินิจต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนอย่างสุขุมรอบคอบ³⁴

2.1.3 แนวทางขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันการกระทำความผิดของเยาวชน (แนวทางริยาร์ด)

แนวทางริยาร์ดนั้นเน้นให้ความรู้ทางด้านการป้องกันเด็กและเยาวชนให้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามกฎหมาย สามารถพัฒนาทัศนคติที่จะไม่ประกอบอาชญากรรมได้ในอนาคต ให้การ

³⁴ กฎขั้นต่ำอันเป็นมาตรฐานของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง) ข้อ 5 และ 7.

ส่งเสริมเด็กและเยาวชนทั้งทางด้านบุคลิกภาพ การมีบทบาทอย่างเต็มที่และการมีส่วนร่วมในสังคม หลีกเลี่ยงการลงโทษเด็กที่กระทำผิดทางอาญาและการลงโทษที่ให้อยู่ในสถานที่ควบคุม สำหรับ ความประพฤติที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อการพัฒนาของเด็กและไม่เป็นอันตรายต่อ ผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเยาวชนซึ่งแสดงให้เห็นว่าอยู่ในภาวะอันตรายหรืออยู่ในสภาวะสังคม ที่เสี่ยงและมีความจำเป็นต้องได้รับการดูแลและให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ

อย่างไรก็ดี การกระทำใดถึงแม้ว่าจะมีความรู้ความสามารถก็ยังคงต้องปฏิบัติตาม ภายใต้อุปสรรคที่กฎหมายกำหนด และการจะตัดสินลงโทษบุคคลได้จะต้องเป็นไปตามความ เหมาะสม ซึ่งการลงโทษในทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนจะหลีกเลี่ยงการนำเด็กหรือเยาวชนมา ลงโทษแต่จะเน้นในเรื่องของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดซึ่งมีทฤษฎีที่เหมาะสมนำมาปรับใช้ ดังนี้

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนมีด้วยกันสามแนวคิดคือ ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ ทฤษฎีเลียนแบบ และ ทฤษฎีตราบาป

2.2.1 ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ (Psychoanalytic theory)

กลุ่มจิตวิทยาคลุ่มนี้เน้นความสำคัญของ “จิตไร้สำนึก” (Unconscious mind) ว่ามีอิทธิพล ต่อพฤติกรรม กลุ่มนี้จัดเป็นกลุ่ม “พลังที่หนึ่ง” (The first force) ที่แหวกวงล้อมจากจิตวิทยายุคเดิม นักจิตวิทยาในกลุ่มจิตวิเคราะห์ที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักกันทั่วไป ได้แก่ ฟรอยด์ (Sigmund Freud, 1856-1939) และส่วนใหญ่แนวคิดในกลุ่มจิตวิเคราะห์นี้เป็นของฟรอยด์ซึ่งเป็นจิตแพทย์ ชาวออสเตรีย เขาอธิบายว่า จิตของคนเรามี 3 ส่วน คือ จิตสำนึก (Conscious mind) จิตกึ่งรู้สำนึก (Preconscious mind) และ จิตไร้สำนึก (Unconscious mind) ซึ่งมีลักษณะดังนี้ จิตสำนึก เป็นสภาพที่ รู้ตัวว่าคือใครอยู่ที่ไหนต้องการอะไรหรือกำลังรู้สึกอย่างไรต่อสิ่งใดเมื่อแสดงพฤติกรรมอะไร ออกไปก็แสดงออกไปตามหลักเหตุและผล แสดงตามแรงผลักดันจากภายนอก สอดคล้องกับหลัก แห่งความเป็นจริง (Principle of reality) จิตกึ่งรู้สำนึก เป็นจิตที่เก็บสะสมข้อมูลประสบการณ์ไว้ มากมาย มิได้รู้ตัวในขณะนั้น แต่พร้อมให้ดึงออกมาใช้ พร้อมเข้ามา อยู่ในระดับจิตสำนึก เดินสวน กับคนรู้จัก เดินผ่านเลยมาแล้วนึกขึ้นได้รับกลับไปทักทายใหม่ เป็นต้น และอาจถือได้ว่า ประสบการณ์ต่าง ๆ ที่เก็บไว้ในรูปของความจำก็เป็นส่วนของจิตกึ่งรู้สำนึกด้วย³⁵ เช่น ความขมขื่น ในอดีต ถ้าไม่คิดถึงก็ไม่รู้สึกอะไร แต่ถ้านั่งทบทวนเหตุการณ์ที่ไรก็ทำให้เส้ำได้ทุกครั้ง เป็นต้น

³⁵ สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2557, จาก <http://www.nana-bio.com/psychology/Psychoanalytic>

จิตไร้สำนึก เป็นส่วนของพฤติกรรมภายในที่เจ้าตัวไม่รู้สึกรู้สีกตัวเลย อาจเนื่องมาจากเจ้าตัวพยายามเก็บกด เช่น อิจฉาน้อง เกลียดแม่ อยากทำร้ายพ่อ ซึ่งเป็นความต้องการที่สังคมไม่ยอมรับ หากแสดงออกไปมักถูกลงโทษ ดังนั้นจึงต้องเก็บกดไว้ หรือ พยายามที่จะลืม ในที่สุดดูเหมือนลืมได้ แต่ที่จริงไม่ได้หายไปไหนยังมีอยู่ในสภาพจิตไร้สำนึก จิตไร้สำนึกยังอาจเป็นเรื่องของอิด (id) ซึ่งมีอยู่ในตัวเรา เป็นพลังที่ผลักดันให้เราแสดงพฤติกรรมตามหลักแห่งความพอใจ (Principle of pleasure) แต่สิ่งนั้นถูกกดหรือ ช่มไว้จนถอยร่น ไปอยู่ในสภาพที่เรารู้ตัวส่วนของจิตไร้สำนึกจะแสดงออกมาในรูปแบบของความฝัน การละเมอ การพลั้งปากพูด การแสดงออกทางด้านจินตนาการ วรรณคดี ศิลปะ ผลงานด้านวิทยาศาสตร์ การกระทำที่ผิดปกติต่าง ๆ แม้กระทั่งการระเบิดอารมณ์รุนแรงเกินเหตุ บางครั้งก็เป็นเพราะจิตไร้สำนึกที่เก็บกดไว้ ฟรอยด์มีความเชื่อว่า จิตไร้สำนึกมีอิทธิพลและมีบทบาทสำคัญต่อ บุคลิกภาพและการแสดงพฤติกรรมของมนุษย์มากที่สุด ทั้งยังเชื่อว่าความก้าวร้าวและความต้องการทางเพศเป็นแรงผลักดันที่สำคัญต่อพฤติกรรม นอกจากจิตสำนึก จิตกึ่งรู้สึกรู้สึก และจิตไร้สำนึกฟรอยด์ได้แบ่งองค์ประกอบของพลังจิต (Psychic energy) เป็น 3 ส่วน คือ id, ego และ super ego ซึ่งเป็นแรงขับให้กระทำพฤติกรรมต่าง ๆ ดังนี้

อิด (id) เป็นส่วนที่ติดตัวมาโดยกำเนิด จัดเป็นเรื่องของแรงขับตามสัญชาตญาณ ความอยาก ตัณหา เป็นส่วนของจิตที่กระตุ้นให้บุคคลแสดงพฤติกรรมตามหลักแห่งความพอใจ ถ้าบุคคลใดแสดงพฤติกรรมตาม id นั่นคือ พฤติกรรมนั้น เป็นไปเพื่อสนองความต้องการของตนเอง เป็นส่วนใหญ่

อีโก้ (ego) เป็นพลังส่วนที่ผ่านกระบวนการเรียนรู้มาแล้ว เป็นส่วนที่ควบคุมการแสดงพฤติกรรมของคน ๆ นั้นให้ดำเนินไปอย่างเหมาะสมทั้งภายใต้อิทธิพลของอิดและซูเปอร์อีโก้ พยายามแก้ไขข้อขัดแย้งต่าง ๆ ของอิดและซูเปอร์อีโก้ จนในที่สุดบางคนจะทุกข์ร้อนวิตก กระวนกระวาย จนอาจถึงขั้นโรคจิตประสาท ถ้าความขัดแย้งดังกล่าวมีมาก วิธีหนึ่งที่เป็นทางออกของอีโก้ก็คือ ปรับตนโดยการใช้กลไกการป้องกันตัว (Defense mechanism) ซึ่งหมายถึงการที่บุคคลพยายามแก้ไขความคับข้องใจของตนเองโดยที่มีได้จึงใจ เป็นไปเพื่อรักษาหน้าและศักดิ์ศรี

ซูเปอร์อีโก้ (Super ego) เป็นพลังจากสังคมที่เกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม อุดมคติในการดำเนินชีวิตเป็นพลัง ส่วนที่ควบคุมให้บุคคลแสดงพฤติกรรมโดยสอดคล้องกับหลักแห่งความเป็นจริง (Principle of reality) เช่น บัญชาให้คน ๆ นั้น เลือกลงโทษป้องกันตัวที่เหมาะสมมาใช้³⁶

³⁶ สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2557, จาก <http://dit.dru.ac.th/home/023/human/05.htm>

แนวคิดของฟรอยด์ส่วนใหญ่ได้มาจากการศึกษาคนปกติ เนื่องจากเขาเป็นจิตแพทย์ จึงมุ่งศึกษาสาเหตุความแปรปรวนทางแก้ไขให้คืนดี แนวคิดของกลุ่มจิตวิเคราะห์นี้ช่วยให้เห็นความคิดปกติของพฤติกรรม เข้าใจ ผู้มีปัญหา และเป็นแนวทางในการบำบัด รักษาความคิดปกติ และอาจจะเป็นแนวคิดแก่บุคคลทั่วไปในการระแวงระวังตัวเอง มิให้ตกเป็นทาสของจิตหรือความคิด ที่หมกมุ่น จนอาจส่งผลต่อความคิดปกติที่มากจนถึงขั้นอาการทางจิตประสาท

2.2.2 ทฤษฎีการเลียนแบบ (Imitation Theory)

นักจิตวิทยาในกลุ่มพฤติกรรมนิยมมีความคิดเห็นตรงกันว่า ทฤษฎีการวางเงื่อนไขแบบการกระทำค่อนข้างมีขีดจำกัดในการอธิบายเรื่องการเรียนรู้ ดังนั้น นักจิตวิทยาในกลุ่มนี้หลายคนจึงขยายการศึกษาออกไปโดยหันไปสนใจกระบวนการคิด ที่มีผลต่อการเรียนรู้ซึ่งเราไม่สามารถจะเห็นได้โดยตรง ผู้นำที่สำคัญคือ การ์เบรียน ทาร์ด โดยมีความเชื่อว่า โดยส่วนมากมนุษย์เรียนรู้โดยการสังเกตตัวแบบหรือการเลียนแบบ เนื่องจากมนุษย์มีปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้เรียนและสิ่งแวดล้อมในสังคม ซึ่งทั้งผู้เรียนและสิ่งแวดล้อมมีอิทธิพลต่อกัน แบนดูราจึงให้ความสำคัญต่อการรู้คิด (Cognitive) ในการเรียนรู้จากการสังเกตและการเลียนแบบด้วย และต่อมาได้เปลี่ยนเรียกทฤษฎีของเขาว่า ทฤษฎีการเรียนรู้ด้วยการรู้คิดทางสังคม (Social Cognitive Learning)³⁷ อาชญากรรมเกิดขึ้นเพราะการเลียนแบบอาจเกิดจากการเลียนแบบพฤติกรรมผู้อื่นหรือเลียนแบบเนื่องจากสื่อมวลชน

โดยสื่อมวลชนมีบทบาทในการถ่ายทอด แนวคิด ค่านิยม แบบแผนตลอดการดำเนินชีวิต ให้แก่บุคคลในสังคม ซึ่งหากสื่อมวลชนมีการถ่ายทอดสิ่งที่ไม่เหมาะสมแก่เด็กและเยาวชน อาจทำให้เด็กและเยาวชนเกิดการเลียนแบบ อันอาจนำไปสู่การกระทำผิด

ตัวอย่างของสื่อมวลชนที่มีผลต่อการประกอบอาชญากรรม ได้แก่

1. เลียนแบบโฆษณา
2. เลื่อนแบบรายการ
3. ค่านิยมด้านวัตถุ
4. ถ่ายทอดความรุนแรง

สื่อที่มีผลต่อการประกอบอาชญากรรม ได้แก่

1. โทรทัศน์
 - 1) เลียนแบบโฆษณา
 - 2) เลื่อนแบบรายการ
 - 3) ค่านิยมด้านวัตถุ

³⁷ จาก จิตวิทยาทั่วไป (น. 41), โดย นีออน พิณประดิษฐ์, 2545, กรุงเทพมหานคร.

- 4) ถ่ายทอดความรุนแรง
 2. V.D.O
 - 1) สื่อลามก
 3. วิทยู
การโกหกหลอกลวงต้มตุ๋นประชาชน การถ่ายทอดค่านิยม
 4. หนังสือพิมพ์
 - 1) เขียนแบบ เช่น อาชญากรรม การฆ่าตัวตาย
 5. คอมพิวเตอร์
 - 1) อินเทอร์เน็ต
 - 2) การค้ายาเสพติด
 - 3) โสเภณี
 - 4) สูตรประกอบระเบิด
 - 5) การนัดหมาย
 - 6) การฆ่าคน
 6. ภาพยนตร์
 - 1) ถ่ายทอดความรุนแรง
 - 2) การเขียนแบบ
 7. เกมส์ต่าง ๆ
 - 1) V.D.O. Game
 - 2) Game Computer
 - 3) ถ่ายทอดความรุนแรง
 - 4) เขียนแบบ
- Ex. “คู้กนูเกมส์” และ “คูม”
1. จำลองสถานการณ์ต่อสู้อันซับซ้อน
 2. เช่นเดียวกับฝึกฝนทหารให้ฆ่าคน³⁸
 3. *สร้างประสบการณ์ที่โหดร้ายให้กับผู้เล่น
 4. เขียนแบบ

³⁸ แหล่งเดิม.

2.2.3 ทฤษฎีตราบาป (Stigma)

Erving Goffman เห็นว่าการที่สังคมกำหนดตีตรา หรือกำหนดพฤติกรรมของบุคคลในสังคมเป็นการกระทำผิดจะเปรียบเสมือนตราบาป หรือรอยมลทินที่กำหนดพฤติกรรมของบุคคลนั้น ให้กระทำผิดตามตราบาป หรือรอยมลทินที่ได้รับจากสังคมหรืออาจกล่าวได้ว่าอาชญากร เกิดจากการตีตราของคนในสังคม³⁹

2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญาและมาตรการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

2.3.1 ประวัติและวิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน

การศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนตั้งแต่สมัยโบราณ ถือเป็นประโยชน์ที่จะช่วยให้เรามองเห็นภาพและภูมิหลังความเป็นมาของความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดและการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนที่มีอยู่ในปัจจุบัน⁴⁰

ประวัติความเป็นมาของสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน โดยพัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป ชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนาง และกษัตริย์ให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่พวกตน ซึ่งจัดทำในรูปแบบเอกสารต่าง ๆ ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1188 Cortes von León ซึ่งได้มีการประชุมกันของบรรดานักบวชและประชาชนชาวสเปนเพื่อให้การรับรองสิทธิแก่ประชาชน โดยให้มีการรับรองสิทธิในการฟ้องร้องคดี สิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญ ๆ นอกจากนี้ยังต้องยอมรับการไม่ล่วงละเมิดในชีวิต เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัย ซึ่งข้อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ Magna Carta

ในปี ค.ศ. 1215 ข้อเรียกร้องซึ่งเกิดมาจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์น อันมีเหตุมาจากพระเจ้าจอห์นเรียกเก็บภาษีตามอำเภอใจ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเกิดการรบพุ่งระหว่างพระเจ้าจอห์นกับประชาชน ปรากฏว่าพระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้งจึงต้อง⁴¹ ยอมประทับตราลงใน Magna Carta โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์จะเรียกเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้

³⁹ The African Child Policy form. Ibid. p. 33.

⁴⁰ จาก กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว (น. 32), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2549, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

⁴¹ จาก สิทธิมนุษยชน: เกมที่คุ้มค่าและฐานความคิด (น. 3-5), โดย เสน่ห์ จามริก, 2542, กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ลักษณ์.

รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนั้นเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ในมาตรา 39 จึงได้ระบุว่า “อิสรชนไม่อาจจะถูกจับกุม คမ်းขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”⁴²

ในปี ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสามัญของประเทศอังกฤษ ได้ยื่นเอกสารร่วมกันต่อพระเจ้าชาร์ล ซึ่งถูกบังคับให้จําขอมรับเอกสารนี้ เรียกว่า Petition of Rights ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ (1) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมร่วมกันโดยพระราชบัญญัติของสภา (2) บุคคลจะไม่ถูกจําคุกหรือคุมขังไว้แต่จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัย และการเลี้ยงดูแก่ทหารบก ทหารเรือ จะต้องถูกยกเลิก (4) การสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยกฏอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอน และแสดงว่าเป็นโมฆะ

กล่าวโดยสรุป สิทธิตามกฎหมาย คือ สิทธิตามกฎหมายนั้น ๆ โดยจําต้องมีผลบังคับใช้ แต่สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิตามธรรมชาติจะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อได้นำไปบัญญัติรับรองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น บัญญัติในรูปของอนุสัญญาหรือตามกฎหมายภายใน เช่น รัฐธรรมนูญ เป็นต้น⁴³ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น (เช่น เชื้อชาติ ศาสนา) คุณค่าของมนุษย์มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความเป็นอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของตนเองภายใต้ความรับผิดชอบของบุคคลนั้น ๆ โดยให้ถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าที่มีอาจจะล่วงละเมิดได้⁴⁴

นอกจากจะพัฒนาในส่วนของสิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไปจนได้จําจำกัดความของคำว่า “สิทธิของประชาชน” อันถือได้ว่าเป็นสิทธิที่ทุกคนจะต้องมี โดยกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองไว้ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในประเทศก็ตาม ในอีกมิติหนึ่งกฎหมายอันเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนก็ได้มีการพัฒนาไปด้วยเช่นเดียวกัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

⁴² จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (น. 36), โดยบรรเจิด สิงคะเนติ, 2543, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

⁴³ จาก สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก (น. 37), โดย กุลพล พลวัน, 2547, กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.

⁴⁴ จาก สิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 1), โดยบ้านมหาดอกท่อม, 2251, กรุงเทพมหานคร.

วิวัฒนาการของกฎหมายเด็กและเยาวชนแบ่งได้เป็นสมัยต่าง ๆ ดังนี้

1. สมัยโบราณ (แรกเริ่ม) เป็นยุคที่มีการปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องสิทธิ หน้าที่ ในส่วนของการลงโทษต่อเด็กและเยาวชนโดยยึดถือแนวทางปฏิบัติตามธรรมเนียมประเพณีและหลักศีลธรรมในสังคม กล่าวคือ เด็กต้องได้รับการอบรมเลี้ยงดูจากพ่อแม่ ญาติผู้ใหญ่ในครอบครัวหรือผู้อุปการะ ซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองดูแลเด็กหรือเยาวชน ดังนั้นเมื่อเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดบุคคลผู้ที่มีอำนาจปกครองดูแลเด็กหรือเยาวชนจำต้องถูกลงโทษและรับผิดชอบในการกระทำร่วมกับเด็กหรือเยาวชนนั้นด้วย ต่อมาหลักการดังกล่าวได้มีการพัฒนาให้มีรูปแบบเป็นรูปธรรมในทางกฎหมายมากขึ้น เพื่อให้เกิดสภาพบังคับและมีทิศทางปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งในยุคดังกล่าวมีกฎหมายที่สำคัญดังนี้

1.1 กฎหมายฮัมมูราบี เป็นกฎหมายฉบับแรกในสมัยโบราณอันเกิดจากการพัฒนาทางด้านการปกครองโดยการตรากฎหมายออกใช้ เพื่อให้สอดคล้องกับความเจริญอันเกิดจากการขยายตัวของอาณาจักรซึ่งจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์พบว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวมีมาตั้งแต่ก่อนคริสตศักราชประมาณ 4000 ปี (กฎหมายฮัมมูราบีแห่งอาณาจักรบาบิโลน (Babylon)) โดยยึดหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ซึ่งในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับเด็กอันได้แก่ การคุ้มครองเด็กเมื่อกระทำความผิดจะมีการลงโทษเด็กซึ่งมีการบัญญัติว่า “บุตรทำร้ายบิดาให้ตัดมือเสียทั้งสองข้าง” “ผู้ใดเป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นจะต้องซื่อสัตย์ต่อบิดามารดาบุญธรรม ถ้าปฏิเสธไม่ยอมรับบิดามารดาบุญธรรมเขาจะถูกตัดสินลงโทษ” เป็นต้น แต่ในเรื่องของการกระทำ ความผิดฐานลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกายมิได้กำหนดบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน จึงไม่ทราบแน่ชัดว่าตามกฎหมายดังกล่าวเมื่อเด็กกระทำความผิดแล้วจะถูกลงโทษอย่างไร การลงโทษในความผิดฐานดังกล่าวอาจจะถูกลงโทษโดยพ่อแม่ผู้ปกครอง หรือโดยกฎหมายแบบเดียวกันกับผู้ใหญ่ หรือไม่ถูกลงโทษเลย

1.2 กฎหมายซูมาเรียน (Sumerian) มีมาก่อนคริสตศักราชประมาณ 1750 ปี กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับเด็กในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัวและการปกครองบุตร มีบทกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการศึกษาและการลงโทษเด็กอย่างเข้มงวด

1.3 กฎหมายของชาวฮิบรู (ยิว) ชาวฮิบรูมีกฎหมายเกี่ยวกับเด็กมานาน ในสมัยที่โมเสสเป็นผู้นำชาวฮิบรู (ยิว) ได้ปรากฏหลักฐานซึ่งบัญญัติไว้ในคัมภีร์ทัลมุดอันเป็นคัมภีร์สำคัญรองจากบัญญัติ 10 ประการของพระเจ้าผู้เป็นเจ้า โดยเรียกกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าวว่า กฎหมายโมเสส

หรือกฎหมายทัลมุด⁴⁵ ซึ่งได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติต่อเด็กและครอบครัวเกี่ยวกับโทษอันเกิดจากการกระทำความผิดของเด็กและสมาชิกในครอบครัวไว้โดยละเอียด เช่น การทุบตีและการดูค้ำว่ากล่าวบิดา มารดา เป็นความผิดอย่างรุนแรงในทางปฏิบัติไม่ปรากฏว่าได้มีการลงโทษอย่างจริงจังหรือไม่อย่างไร

1.4 กฎหมายโรมัน ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษและอเมริกา ในการกำหนดความผิดของเด็กในทางอาญา ในศตวรรษที่ 5 (ก่อนคริสตศักราช 500 ปี) กฎหมายสิบสองโต๊ะของโรมันได้บัญญัติโทษแก่เด็กที่กระทำความผิดโดยให้ลงโทษสถานเบา ส่วนเด็กทารกซึ่งพูดไม่ได้ กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองอย่างเด็ดขาดห้ามลงโทษ ต่อมาในศตวรรษที่ 12 กฎหมายจัสติเนียนได้บัญญัติให้เด็กอายุไม่เกิน 7 ปีไม่ต้องรับโทษ โดยสันนิษฐานว่าเด็กอายุในเกณฑ์ดังกล่าวยังขาดความเข้าใจในสิ่งต่าง ๆ ดังนั้นจึงไม่สามารถกระทำความผิดได้เพราะขาดเจตนา ในการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้ขาดความตั้งใจในการกระทำความผิดทางกฎหมายอาญา การคุ้มครองเด็กอย่างสมบูรณ์นี้เป็นที่มาของกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ และหลักกฎหมายดังกล่าวยังคงเป็นหลักการที่สำคัญของการบัญญัติกฎหมายในประเทศอังกฤษและอเมริกา ส่วนเด็กที่อายุเกินกว่า 7 ปี เมื่อกระทำความผิดก็ยังคงต้องได้รับโทษทางอาญาแต่จะรับการปฏิบัติอย่างเมตตาปราณี (การลดหย่อนผ่อนโทษ) จนกระทั่งถึงวัยหนุ่ม การพิจารณาความผิดในทางอาญาของบุคคลในช่วงอายุระหว่างความเป็นเด็กและวัยหนุ่มสามารถจะวินิจฉัยโดยอาศัยมูลฐานดังนี้

1. อายุและการเติบโตทางร่างกาย
2. ลักษณะความผิด
3. สภาวะทางด้านจิตใจของผู้กระทำความผิด

โดยหลักการดังกล่าวยังคงปฏิบัติกันต่อมาเรื่อย ๆ ทั้งในประเทศอังกฤษและอเมริกา นอกจากนี้ในสมัยดังกล่าวยังปรากฏสถาบันสำหรับควบคุมเด็กเร่ร่อน พเนจรเกิดขึ้นเป็นครั้งแรก เรียกว่า Hospice⁴⁶ of San Michele ก่อตั้งในปี ค.ศ. 1704 โดยพระสันตะปาปาคลีเมนต์ที่ 11 (Pope

⁴⁵ กฎหมายทัลมุด (Talmude) ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีเด็ก เช่น บิดามารดาจะต้องร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ของบ้านเมือง ในกรณีที่เด็กกระทำความผิดและถูกตักเตือนหรือเขียนโดยผู้พิพากษาท้องถิ่น ต่อมากฎหมายได้พัฒนาให้มีการรับฟังพยานหลักฐานประกอบการกระทำความผิดของเด็ก ในสมัยต่อมากฎหมายของผู้สอนศาสนายิวเรียกว่า Rabbinic Law ในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของเด็กได้จัดหมวดหมู่กฎหมายอย่างเป็นระบบขึ้นและจำแนกเด็กออกเป็น 3 ประเภท คือ 1) เด็กทารกอายุไม่เกิน 6 ปี 2) เด็กอายุ 7 ปี ถึง 12 ปี 3) เด็กวัยรุ่นอายุ 13 ปี ถึง 20 ปี การกำหนดโทษแก่เด็กจะเพิ่มขึ้นตามอายุและฐานความผิดของผู้กระทำ.

⁴⁶ สถานที่พักขัง (Hospice) เป็นที่มาของการควบคุมเด็กซึ่งกระทำความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแบ่งออกเป็นสถานที่ทำงานและห้องควบคุม โดยแยกเด็กที่กระทำความผิดออกจากเด็กธรรมดา.

Clement XI) วัตถุประสงค์เพื่อให้การอบรมสั่งสอนแก่เด็กที่ดื้อรั้น เกียจคร้าน โดยสถานที่ควบคุมนี้สร้างขึ้นในวัดและบริหารงานโดยพระ ซึ่งสถานควบคุมดังกล่าวจะรับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 20 ปี ซึ่งถูกศาลพิพากษาลงโทษในคดีอาญารวมทั้งเด็กที่ดื้อรั้นยากแก่การศึกษาอบรม หรือที่บิดามารดาปกครองไม่ได้ การบริการจัดการจะใช้วิธีการแยกกักขังระหว่างเด็กที่ดื้อรั้นไว้ต่างหากจากเด็กที่กระทำคามผิด

1.5 กฎหมายคอมมอนลอว์ ในระหว่างปี ค.ศ. 924-939 กฎหมายในประเทศอังกฤษได้บัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษประหารชีวิต โดยได้มีการกำหนดห้ามมิให้มีการประหารชีวิตเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เว้นแต่ในกรณีที่ขจัดขึ้นหรือหลบหนี และประหารชีวิตในเด็กหรือเยาวชนที่กระทำคามผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งมีมูลค่าน้อยกว่า 12 เพนนีจะกระทำมิได้เว้นแต่ผู้นั้นหลบหนีหรือขจัดขึ้นการจับกุม ต่อมาเมื่อพวกนอร์แมน (Norman) ปกครองประเทศอังกฤษ ความเป็นเด็กไม่เป็นเหตุทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้นเมื่อเด็กกระทำคามผิดก็ยังคงจำต้องรับโทษในทางอาญา แต่ศาลอาจพิจารณาอภัยโทษให้ได้สำหรับเด็กที่มีอายุไม่เกิน 7 ปี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษา

2. สมัยกลางได้มีวิวัฒนาการของระบบความยุติธรรมสำหรับเด็ก โดยเริ่มต้นจากในทวีปยุโรป กล่าวคือ ประเทศอิตาลีได้มีการเสนอแนวความคิดทางด้านอาชญาวิทยาโดยให้มีการลดหย่อนโทษแก่เด็กและให้มีวิธีการปฏิบัติต่อเด็ก โดยคำนึงถึงวัยและวุฒิภาวะของเด็กเป็นรายบุคคล แนวความคิดดังกล่าวได้แพร่หลายไปทั่วยุโรป และประเทศที่นำแนวความคิดดังกล่าวไปปรับปรุงใช้อย่างจริงจังได้แก่ประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษ โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นแม่แบบในเรื่องกฎหมายเด็ก นอกจากประเทศอังกฤษจะนำระบบดังกล่าวไปใช้แล้วแนวความคิดดังกล่าวยังได้แพร่หลายไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา แนวความคิดดังกล่าวในตอนแรกยังมิได้มีการแบ่งแยกการพิจารณาคดีเด็กออกจากผู้ใหญ่จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1791 ได้มีกลุ่มประชาชนพยายามที่จะแก้ไขปัญหาคดีเด็กกระทำคามผิดของเด็กและเยาวชนจึงได้ก่อตั้งขบวนการปฏิรูปวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำคามผิด

ในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับเด็กเร่ร่อนจนจรได้ลดความเข้มงวดลงเนื่องจากในสมัยนั้นมีความต้องการแรงงานสูงมากและการใช้แรงงานเด็กเสียค่าใช้จ่ายน้อย เด็กจึงถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ใช้งานหรือเจ้าของอุตสาหกรรมต่าง ๆ ต่อมาในปี ค.ศ. 1828 สถานกักกันเด็กและเยาวชนสำหรับผู้กระทำคามผิดได้ก่อตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในนิวยอร์กประเทศสหรัฐอเมริกา โดยใช้ระยะเวลาวางแผนงานถึง 5 ปี สถานที่กักขังมีวัตถุประสงค์แยกเด็กออกจากผู้ใหญ่โดยเด็ดขาด แต่การลงโทษนั้นยังไม่แตกต่างกันมากนัก เช่น ยังมีการใช้เครื่องพันธนาการต่าง ๆ แก่เด็กที่มีความผิด เป็นต้น

3. สมัยปัจจุบัน ก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 การยุติธรรมของประเทศต่าง ๆ ถู้อตามแนวปฏิบัติของประเทศอังกฤษเรื่อยมาจนหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ทุกประเทศมักจะมีปัญหาเรื่องเด็กเร่ร่อน จรจัด มั่วสุม ซึ่งเพิ่มจำนวนขึ้นและมีพฤติกรรมรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ โดยปัญหาต่าง ๆ เป็นไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่ตกต่ำบอบช้ำจากผลของสงคราม เช่น รวมกันเป็นแก๊งค์ก่ออาชญากรรมร้ายแรง ในขณะที่เดียวกันก็มีปัญหาเด็กยากจนที่ต้องออกทำงานก่อนวัยอันควรและถูกเอาเปรียบจากผู้ว่าจ้าง

จากวิวัฒนาการดังกล่าวในข้างต้นรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ภายใต้การนำของสหประชาชาติได้ทำการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอันเกี่ยวกับสิทธิของเด็กในกระบวนการยุติธรรม โดยให้ปฏิบัติต่อเด็กเป็นพิเศษแตกต่างจากผู้ใหญ่ มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนขึ้นอันเป็นการพัฒนาในส่วนขอระบบการดำเนินคดี ประเทศอเมริกาเป็นประเทศแรกที่มีการจัดตั้งศาลเยาวชนและต่อมาได้มีการนำระบบศาลเยาวชนไปปรับใช้กันอย่างแพร่หลายเกือบทุกประเทศ

ต่อมาในศตวรรษที่ 20 มีความเจริญก้าวหน้าขึ้นทุกด้าน ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสื่อสารมวลชน แต่ปรากฏว่าขณะที่ความเจริญทางวัตถุพุ่งสูงขึ้น สภาพศีลธรรมและความเจริญของวัฒนธรรมทางจิตใจของมนุษย์กลับตกต่ำลง ซึ่งพิจารณาได้จากปัญหาสังคมที่เพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะปัญหาเรื่องครอบครัวหรือจากตัวเด็กหรือเยาวชนอันได้แก่ปัญหา “บ้านแตก” การทำแท้ง โสเภณีเด็ก การใช้แรงงานเด็กและการกระทำผิดของเด็ก เป็นต้น เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวให้ทันกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ประเทศที่มีความเจริญทางวัตถุสูงได้นำความรู้ทางด้านอาชญาวิทยาสมัยใหม่มาใช้ในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับเด็กให้ดีขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดของสังคมยุคปัจจุบัน โดยตระหนักว่าเด็กเป็นทรัพยากรที่มีค่าที่สุดของมนุษยชาติและควรได้รับการคุ้มครองจากครอบครัวและสังคม การลงโทษเด็กก็ต้องปฏิบัติให้เหมาะสมกับสภาพจิตใจ ร่างกาย และวัย โดยมุ่งแก้ไขให้โอกาสกลับตัวเป็นคนดีและเป็นอนาคตของสังคมต่อไป นักวิชาการในสาขาต่าง ๆ ได้ทำการศึกษาวิจัยจนพบว่าต้นเหตุของการกระทำผิดของเด็กส่วนใหญ่มีสาเหตุมาจากครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันแรกในชีวิตของเด็ก จึงนำมาสู่การแก้ไขปรับปรุงกระบวนการยุติธรรม ซึ่งแต่เดิมที่เป็นศาลคดีเด็กและเยาวชนมาเป็นศาลเยาวชนและครอบครัวและเปลี่ยนแปลงวิธีในการดำเนินคดีให้ละมุนละม่อมโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียมากที่สุด⁴⁷

⁴⁷ จาก กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว (น. 16-20), โดย ประเทือง ธนนิผล, 2555, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

กล่าวโดยสรุป ในสมัยโบราณเมื่อเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดผู้ปกครองหรือผู้ดูแลจะต้องร่วมรับผิดชอบกับเด็กด้วย โดยลักษณะของความรับผิดชอบยังคงถือตามหลักจารีตประเพณีในสังคม ต่อมาภายหลังจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมารองรับหลักการดังกล่าว จนกระทั่งในยุคกลางได้มีการพัฒนาเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวกับเด็ก โดยแยกสถานที่กักขังเด็กและผู้ใหญ่ออกจากกัน จนกระทั่งในยุคสมัยใหม่ได้มีการพัฒนากระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับเด็ก ยกเลิกศาลคดีเด็กและเยาวชน มุ่งเน้นการสร้างบทบาทให้แก่ศาลเยาวชนและครอบครัว ซึ่งมาจากผลวิจัยของนักวิชาการที่ว่าเด็กกระทำความผิดมีผลมาจากครอบครัวจึงให้ความสำคัญกับการแก้ไขความผิดพลาดที่เกิดจากสถาบันครอบครัวเพิ่มขึ้น

2.3.2 เจตนารมณ์ของการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนตามพระราชบัญญัติเยาวชนและครอบครัว

ศาลคดีเด็กและเยาวชนมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากศาลธรรมดาเพราะมีวิธีการพิเศษสำหรับใช้กับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา⁴⁸ อีกทั้งมีวิธีการพิเศษที่จะคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์บางประการในทางแพ่งด้วย ทั้งนี้โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ ซึ่งสรุปได้ ดังนี้

1. เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน
 - เด็ก 7 ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่เกิน 14 ปีบริบูรณ์
 - เยาวชน 14 ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์
2. เพื่อคุ้มครองส่วนได้เสียของผู้เยาว์ อายุไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส
3. เพื่อให้มีวิธีการสำหรับใช้แก่เด็กและเยาวชนให้เหมาะสม

2.3.3 เป้าหมายของการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชน

เป้าหมายที่สำคัญที่สุดของความยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน คือ

1. การส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชนอันเป็นเป้าหมายหลักของระบบกฎหมายที่มีศาลเยาวชนและครอบครัวหรือระบบเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่ดำเนินการกับผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน แต่ความเป็นอยู่ที่ดีของเยาวชนก็ควรที่จะได้รับการเน้นในระบบกฎหมายที่ใช้รูปแบบของศาลอาญาอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ก็เพื่อจะช่วยให้เด็กหรือเยาวชนอยู่ในระบบการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว

⁴⁸ กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว (น. 42-43). เล่มเดิม.

2. “หลักแห่งความได้สัดส่วน” ซึ่งหลักนี้รู้จักกันดีในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการจำกัดการตอบโต้อันเป็นการลงโทษ โดยส่วนใหญ่จะแสดงอยู่ในความหมายที่ว่าลงโทษให้เท่ากับน้ำหนักของความผิด ในทางปฏิบัติการพิจารณาต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนซึ่งไม่ควรพิจารณาโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานแต่เพียงความรุนแรงของความผิดที่ได้กระทำลงเท่านั้น แต่ควรที่จะพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมของเด็กและเยาวชนด้วย (เช่น สถานภาพทางสังคม สภาพครอบครัว ความเสียหายที่เกิดจากการทำความผิดและปัจจัยอันมีผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมของบุคคล) ซึ่งมีผลต่อการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาถึงความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะชดใช้แก่ผู้เสียหาย หรือเรื่องความตั้งใจจริงของผู้กระทำผิดที่จะกลับตนเป็นคนดี และใช้ชีวิตอย่างมีประโยชน์ ดังนั้นหลักการลงโทษตามสัดส่วนของความผิดเมื่อนำมาใช้กับผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนอาจเกินความจำเป็นและเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนได้ดังปรากฏให้เห็นอยู่ในระบบความยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนบางระบบ นอกจากนี้ในส่วนของผู้กระทำผิดที่ จะต้องได้รับโทษตามสัดส่วนแล้วยังต้องคำนึงถึงการได้รับการปกป้องสิทธิของผู้เสียหายที่จะต้องได้รับการชดใช้ตามสัดส่วนด้วย

2.3.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดของเด็กและเยาวชนในคดีอาญา

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อมีการทำความผิดอาญาขึ้น แสดงว่าได้มีการกระทำอันเป็นการเสียหายหรืออันตรายแก่สังคมแล้ว บุคคลที่ทำความผิดย่อมจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

สำหรับกรณีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดแล้ว กฎหมายเห็นว่าพวกเขาเหล่านี้อาจมีความรู้สึกผิดชอบอย่างจำกัด ไม่เหมือนกับกรณีผู้ใหญ่เป็นผู้ทำความผิด ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงกำหนดเรื่อง ความรับผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน ไว้เป็นกรณีพิเศษ โดยเฉพาะในบางกรณี แม้การกระทำของเด็กจะเป็นความผิด แต่กฎหมายอาจไม่เอาโทษเลยก็ได้

เรื่องความรับผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชนนี้ ประมวลกฎหมายอาญาได้แบ่งกลุ่มอายุของเด็กและเยาวชนที่ทำความผิดไว้ดังนี้

1. เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี
2. เด็กอายุ 10 ปี ไม่เกิน 15 ปี
3. เด็กอายุ 15 ไม่เกิน 18 ปี
4. เด็กอายุ 18 ไม่เกิน 20 ปี

1. เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี สามารถกระทำความผิดทางอาญาได้เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ซึ่งถือว่าเด็กนั้นเป็นผู้กระทำความผิดได้ แต่กฎหมายยกเว้นโทษแก่เด็กนั้น โดยห้ามมิให้ลงโทษแก่เด็กนั้นเลยแต่ทั้งนี้หมายความว่า การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี นั้น ยังเป็นความผิดกฎหมายอาญาอยู่ เพียงแต่กฎหมายไม่เอาโทษเท่านั้น

ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กนั้นให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

2. เด็กอายุ 10 ปี ไม่เกิน 15 ปี กระทำความผิดอาญาได้เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ โดยถือว่าเด็กนั้นอาจเป็นผู้กระทำความผิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม เด็กในวัยนี้กฎหมายก็ยังถือว่ามีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีอย่างจำกัดเช่นเดียวกัน จึงให้มีการยกเว้นโทษแก่เด็กที่กระทำความผิด โดยห้ามมิให้ลงโทษทางอาญาแก่เด็กนั้นเลย แต่ทั้งนี้หมายความว่า การกระทำของเด็กนั้นยังเป็นความผิดกฎหมายอาญาอยู่ เพียงแต่กฎหมายไม่เอาโทษเท่านั้น อย่างไรก็ตามสำหรับเด็กอายุ 10 ปี ไม่เกิน 15 ปี ที่กระทำความผิดนี้ กฎหมายก็เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจที่จะใช้ “วิธีการสำหรับเด็ก” ได้ ซึ่งจะ เป็นเครื่องมือสำหรับปรับปรุงเด็กให้เป็นคนดี และไม่กระทำความผิดขึ้นอีกในอนาคต

วิธีการสำหรับเด็ก ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่

(1) การว่ากล่าวตักเตือนแก่เด็กที่กระทำความผิด หรือแก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่

(2) การเรียกบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่มาทำทัณฑ์บนว่าจะระวังไม่ให้เด็กก่อเหตุร้ายขึ้นอีก

(3) การใช้วิธีการคุมประพฤติสำหรับเด็ก โดยมีพนักงานคุมประพฤติคอยควบคุมสอดส่อง

(4) ส่งตัวไปอยู่กับบุคคลหรือองค์กรการที่ยอมรับเด็กเพื่อสั่งสอนอบรม

(5) ส่งตัวไปโรงเรียนหรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก (แต่ไม่ให้อยู่นานอายุเกิน 18 ปี)

จะเห็นได้ว่า “วิธีการสำหรับเด็ก” นี้เป็นวิธีการหรือเครื่องมือที่ศาลคดีเด็กและเยาวชน หรือศาลที่พิจารณาที่เด็กกระทำความผิด จะใช้สำหรับจัดการแก่เด็กผู้กระทำความผิด และแก่บิดามารดา ตลอดจนผู้ปกครองซึ่งมีหน้าที่ดูแลเด็กที่กระทำความผิด “วิธีสำหรับเด็ก” เหล่านี้ ไม่ใช่โทษตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นแต่เพียงเครื่องมือที่มุ่งหมายให้เด็กกลับตนเป็นคนดีเท่านั้น สำหรับศาลคดีเด็กและเยาวชนนั้น ยังมีมาตรการอื่น ๆ ซึ่งกำหนดไว้เป็นพิเศษตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็ก ๆ โดยเฉพาะอีกด้วย

3. เด็กอายุ 15 ปี ไม่เกิน 18 ปี กระทำความผิดกฎหมายถือว่ามีความรู้สึกผิดชอบตามสมควรแล้ว แต่ก็ไม่อาจถือว่ามีความรู้สึก ผิดชอบอย่างเต็มที่ เช่น กรณีผู้ใหญ่กระทำความผิดกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจได้ โดยศาลที่พิจารณาคดีอาจเลือกลงโทษทางอาญา แก่เด็กนั้นเช่นเดียวกับกรณีคนทั่วไป (แต่ให้ลดโทษลงกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อน) หรือศาลอาจเลือกใช้ “วิธีการสำหรับเด็ก” อย่างที่ใช้กับเด็กอายุ 10 ปี ไม่เกิน 15 ปีก็ได้ ทั้งนี้การที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจลงโทษเด็กนั้น หรือเลือกใช้ “วิธีการสำหรับเด็ก” ศาลต้องพิจารณาถึง “ความรู้สึกผิดชอบและสิ่งอื่นที่ป่วงเกี่ยวกับผู้นั้น” เพื่อพิจารณาว่าสมควรจะเลือกใช้วิธีใดระหว่างการลงโทษทางอาญา กับการใช้วิธีการสำหรับเด็ก และถ้าศาลเห็นสมควรลงโทษทางอาญา ศาลก็ต้องลดโทษลงกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนด้วย

4. เด็กอายุ 18 ปี ไม่เกิน 20 ปี โดยปกติแล้วผู้กระทำความผิดที่มีอายุ 18 ปี ไม่เกิน 20 ปี จะต้องรับโทษทางอาญาเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ แต่ศาลอาจใช้พินิจลดโทษให้หนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนก็ได้ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าความรู้สึกผิดชอบของเขายังมีไม่เต็มที่ ซึ่งเป็นเหตุ ที่พิจารณาจากตัวเด็กที่กระทำความผิดนั่นเอง

2.4 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีเด็กและเยาวชน

2.4.1 คุณสมบัติของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชน

คุณสมบัติของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชน ได้แก่ พนักงานอัยการ ซึ่งอัยการสูงสุดแต่งตั้งให้มีหน้าที่ดำเนินคดีที่มีข้อหาว่าเด็กหรือ เยาวชนกระทำความผิด และต้องฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534

2.4.2 การฟ้องคดีอาญา

การพิจารณาสั่งคดีในคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้ต้องหา นั้น จะต้องตรวจพิจารณาตั้งสำนวนโดยละเอียดรอบคอบ จะต้องพิจารณาสั่งคดีให้ทันภายในกำหนดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 หากเป็นคดีความผิดอันยอมความได้ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 จะต้องนำรายงานการสืบเสาะของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน มาประกอบการพิจารณาด้วย จะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนยิ่งกว่าการลงโทษ ต้องพิจารณาของกลาง และขอให้ผู้ต้องหาคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินแทนผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43 พิจารณาประวัติการเคยกระทำความผิดและเคยต้องโทษของผู้ต้องหาว่ามีหรือไม่ ถ้ามีก็ให้มีคำสั่งและขอให้ศาลสั่งกรณีตั้งฟ้องเมื่อตรวจพิจารณาตั้งสำนวนโดยละเอียดรอบคอบแล้ว พนักงานอัยการต้อง

ทำความเข้าใจสิ่งฟ้อง กรณีต้องเสนอผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ต้องใช้ความเห็น “เห็นควรสั่งฟ้อง” ในสำนวนการสอบสวนโดยละเอียดตามระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2528 ข้อ 32 และก่อนมีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง หากพิจารณาพยานหลักฐานและพยานหลักฐานยังไม่แน่ชัด ก็ต้องสั่งสอบสวนเพิ่มเติมตามรูปคดีตามระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดี อาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2528 ข้อ 35

2.4.3 การยุติคดีอาญา

เมื่อในกรณีพิจารณาพยานหลักฐานในสำนวน การสอบสวนโดยละเอียดรอบคอบดังกล่าวแล้ว คดีมีพยานหลักฐานไม่พอฟ้อง หรือการฟ้องคดีอาจจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงแห่งชาติ หรือผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ (ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2528 ข้อ 51) พนักงานอัยการต้องทำความเข้าใจสิ่งไม่ฟ้อง (กรณีต้องเสนอผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ต้องเสนอความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง) แล้วจึงเสนอผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ว่าราชการจังหวัดแล้วแต่กรณี

2.5 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญากับอำนาจของพนักงานอัยการในการยุติคดีเด็กและเยาวชนในชั้นเจ้าพนักงาน

2.5.1 แนวคิดและความเป็นมาในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา

มาตรการเบี่ยงเบนคดี เป็นรูปแบบทางเลือกที่อนุญาตให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดไม่ต้องถูกดำเนินคดีโดยเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมตามปกติ ใช้กับเด็กและเยาวชนที่มีความผิดทางอาญาเล็กน้อย ด้วยความเชื่อที่ว่า การเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นเหมือนตราบาป และการใช้ชุมชน (Community-based) เข้ามามีส่วนร่วมในการเยียวยาแก้ไขน่าจะมีประโยชน์ต่อเด็กและเยาวชนมากกว่า กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนของประเทศไทยได้นำแนวความคิดนี้มาใช้ในการหันเหคดีเด็กและเยาวชน โดยเฉพาะการหักเหคดีอาญาที่ไม่มีผู้เสียหาย เช่น เล่นการพนัน เสพยาเสพติด เป็นต้น อาชญากรรมประเภทนี้จะถูกมองว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วยหรือมีความบกพร่องทางนิสัยหรือความประพฤติ จึงควรแก้การนำไปเยียวยารักษา มากกว่าการเป็นอาชญากร โดยใช้วิธีการบำบัดรักษาและแก้ไขฟื้นฟูมากกว่าการนำตัวเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล⁴⁹

⁴⁹ การประชุมวิชาการระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 1 (2546). กระบวนทัศน์ใหม่ของการยุติธรรมในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด-การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด โดยกระบวนกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์. เอกสารประกอบการบรรยาย. น. 29.

การเบี่ยงเบนคดีจึงเป็นแนวคิดในการแบ่งเบาภาระคดีที่มีอยู่เป็นจำนวนมากโดยใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือกเข้ามาช่วยในการเบี่ยงเบนคดีซึ่งอาจใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เพื่อให้ผู้กระทำผิดอาญาได้ออกจากกระบวนการยุติธรรม โดยนำผู้กระทำผิดเข้าสู่กระบวนการแก้ไขปรับปรุง แก้ไขเยียวยาแทนการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงมีความแตกต่างจากการเบี่ยงเบนคดีในกรณีอื่น เช่นการสั่งไม่ฟ้องคดี การไกล่เกลี่ยยอมความระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหาในคดีความผิดต่อส่วนตัว เพราะมาตรการดังกล่าวเป็นความประสงค์ที่จะไม่นำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของศาล แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นมาตรการที่ต้องการให้คู่กรณีเข้าใจซึ่งกันและกัน รวมถึงการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย ครอบครัวของผู้เสียหาย และผู้กระทำผิด และชุมชนในการกำหนดมาตรการที่เกิดจากความเห็นร่วมกัน

ในส่วนนี้ จะกล่าวถึง ความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ แนวคิดในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และรูปแบบของการนำมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในระดับสากล โดยแยกเป็น 4 หัวข้อ ดังนี้

1. ความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์
2. แนวคิดในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้
3. รูปแบบของการนำมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในระดับสากล
4. ข้อโต้แย้งและข้อสนับสนุนในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้

1. ความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

ความหมายของ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative justice) หมายถึง กระบวนการที่สร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายให้กลับคืนความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน โดยใช้วิธีการสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมหลายฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายผู้กระทำความผิด ฝ่ายผู้เสียหาย สังคม ชุมชน และเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าว ดำเนินการโดยวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความสัมพันธ์ที่ดีแทนการลงโทษจำคุกหรือลงโทษอื่นตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁰

เป้าหมายที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้น คือ การชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นความเสียหายทางทรัพย์สิน ทางกาย หรือจิตใจ รวมถึงเกียรติภูมิ อำนาจ สิทธิ และความสามัคคี ดังนั้น ผลลัพธ์ในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงไม่ใช่การ

⁵⁰ จาก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ (เอกสารจัดทำขึ้นในวาระครบรอบ 300 ปี ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอดินบะระ) (น. 2-8), โดย ฌ็อง-ฌัก กัวสตาฟ, 2550, กรุงเทพมหานคร.

ค้นหา ตัวผู้กระทำความผิดและการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด ในประการแรก เป็นการทำให้ผู้เสียหายพอใจและได้รับการเยียวยาจากผู้กระทำความผิด ซึ่งหมายรวมถึงการได้ระบายความรู้สึกหรือความทุกข์ร้อนที่ตนได้รับ และผลที่ตามมาจากการตกเป็นผู้เสียหายของอาชญากรรม ประการที่สอง เป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ โดยมีกระบวนการที่กำหนดเงื่อนไขที่ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติและเป็นหลักประกันว่าจะไม่กระทำความผิดซ้ำอีก ประการที่สาม เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ เพราะถ้าเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป ต้องกำหนดหน้าที่ให้เจ้าพนักงานและพยานร่วมมือกันการค้นหาความจริงอันจะนำไปสู่การกำหนดโทษ ส่วนในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เน้นการร่วมมือระหว่างผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดและผู้เกี่ยวข้อง สังคม ชุมชน เจ้าพนักงาน ศาล และผู้เชี่ยวชาญเพื่อร่วมกันหาทางออกสำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นและการป้องกันการกระทำความผิดในอนาคต ประการที่สี่ เป็นมาตรการที่ประหยัดค่าใช้จ่าย เพราะไม่ได้เน้นกระบวนการค้นหาความจริงซึ่งต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ในศาลและเน้นการคุ้มครองสวัสดิภาพ การฟื้นฟูรักษาพยาบาลผู้กระทำความผิดและการเสริมสร้างความสัมพันธ์ที่ดีในชุมชน⁵¹

กลวิธีของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นเน้นการสร้างความเข้าใจต่อกัน โดยเฉพาะของผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย ซึ่งเป็นกระบวนการในการสร้างความเข้าใจให้แก่ผู้กระทำผิดถึงความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อผู้เสียหายหรือต่อสังคม ตลอดจนผลกระทบที่ผู้กระทำผิดได้ก่อให้เกิดขึ้นจากการกระทำผิดนั้น ในขณะที่เดียวกัน ผู้เสียหายจะได้เข้าใจถึงสาเหตุที่ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดลงไป กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงไม่ใช่เพียงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งอาศัยคนกลางหรือคณะบุคคล เพื่อมาชี้ขาดข้อเท็จจริงหรือข้อถูกผิดในการกระทำ และกำหนดการชดเชยหรือเยียวยาความเสียหาย ทั้งนี้ เพราะเป้าหมายมิได้เป็นเรื่องการชี้ขาดข้อถูกผิดในการกระทำ แต่เป็นเรื่องการทำความเข้าใจให้เหตุและผลของการกระทำความผิดรวมถึงผลกระทบอันต่อเนื่องกับการกระทำความผิด แล้วจึงนำไปสู่การหาทางออกร่วมกันที่แก้ไขข้อผิดพลาดดังกล่าวร่วมกันระหว่าง ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด สังคมและเจ้าหน้าที่ของรัฐในลักษณะที่มิใช่คู่ความ หรือเจ้าพนักงานกับประชาชน แต่เป็นการหาทางออกร่วมกันในปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อจะมิให้เกิดความขัดแย้งหรือการกระทำความผิดซ้ำอีกต่อไป

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงมีความแตกต่างจากการเบี่ยงเบนคดีในกรณีอื่น เช่น การสั่งไม่ฟ้องคดี การไกล่เกลี่ยยอมความระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหาในคดีความผิดต่อส่วนตัว เพราะมาตรการดังกล่าว เป็นความประสงค์ที่จะไม่นำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่

⁵¹ แหล่งเดิม. (น. 9-10).

กระบวนการยุติธรรมทางศาล ซึ่งการเบี่ยงเบนคดีเหล่านี้ อาจมีมาตรการในการคุมประพฤติหรือให้ผู้กระทำความผิดได้เข้ารับการอบรมหรือรักษาจิตใจหรือการฟื้นฟูยาเสพติด เพื่อไม่ให้กลับไปกระทำความผิดและเป็นกรณีที่เห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีแล้ว ดังนั้นจึงเป็นมาตรการที่เน้นการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเป็นหลัก แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นมาตรการที่ต้องการให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน รวมถึงการมีส่วนร่วมของทั้งผู้เสียหาย ครอบครัวของผู้เสียหาย และผู้กระทำความผิด และชุมชนในการกำหนดมาตรการที่เกิดจากความเห็นร่วม ซึ่งในกระบวนการยุติธรรมแบบปกติไม่ได้มีมาตรการเช่นนี้

กล่าวโดยเฉพาะ การหันเหคดี (Diversion) มีความประสงค์จะไม่ให้ผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางศาล ดังนั้น จึงใช้มาตรการในการดำเนินการที่เหมาะสมกับกรณี เช่น การไต่ถามขอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ หรือการส่งไปรับการรักษาฟื้นฟูยาเสพติด กรณีเป็นผู้ติดยาเสพติด เพื่อจะไม่ต้องนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล⁵² หรือการกักหรือคุมประพฤติเด็กหรือเยาวชนแทนการสั่งฟ้องคดี ซึ่งมีความประสงค์จะใช้มาตรการกักและอบรมแทนการฟ้องคดี เพื่อให้เด็กและเยาวชนไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล การชะลอการฟ้องของอัยการ ซึ่งมีแนวทางที่จะนำมาใช้เพื่อสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูล โดยการกำหนดมาตรการคุมประพฤติแทน ซึ่งมาตรการหันเหคดีเหล่านี้ มิได้มีวัตถุประสงค์จะสร้างความเข้าใจระหว่างผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายหรือชุมชน และไม่ได้มีเป้าหมายที่จะให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดได้มากำหนดมาตรการที่จะใช้กับผู้กระทำความผิดที่เหมาะสมและมีความพอใจแก่ทุกฝ่าย เหมือนดังเช่นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เหมือนเช่นในเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงเป็นมาตรการที่อาจใช้ควบคู่กับกระบวนการที่ดำเนินคดีของการดำเนินกระบวนการพิจารณาความอาญาปกติและเสริมให้ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายมีความเข้าใจซึ่งกันและกัน และหากบรรลุเป้าหมายดังกล่าวแล้ว โทษหรือการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจไม่จำเป็นต้องใช้กับผู้กระทำความผิด

ในการบังคับโทษแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะตอบแทนการกระทำความผิด (Retribution) หรือการยับยั้งผู้กระทำความผิด (Deterrent) หรือการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation) มุ่งเน้นที่การใช้มาตรการทางอาญาเพื่อให้เกิดผลแก่ผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ มิได้คำนึงถึงการสร้างความเข้าใจระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิด หากเป็นการตอบแทน จึงเน้นที่ลงโทษได้สัดส่วนกับความเสียหายที่

⁵² จาก มาตรการบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติด ศึกษาเฉพาะกรณีการบูรณาการโดยใช้ศาลยาเสพติด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 2-89), โดย ฉัตรชัย สุภัทรากุล, 2549, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย โดยไม่ได้คำนึงว่าผู้เสียหายจะพึงพอใจกับการที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหรือไม่ จึงแตกต่างจากการกำหนดมาตรการชดเชยให้แก่ผู้เสียหายตามกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ส่วนการลงโทษโดยยับยั้งการกระทำความผิดซึ่งเน้นการทำให้ผู้กระทำความผิดกลัวหรือไม่กล้าที่จะกระทำ ซึ่งคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำว่า จะมีความกลัวต่อการถูกลงโทษหรือไม่ จึงต่างจากการกำหนดมาตรการที่ให้ผู้กระทำความผิดทำภายใต้ข้อตกลงในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ที่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดสำนึกถึงความเสียหายและแสดงความรับผิดชอบต่อความผิดที่ได้กระทำต่อผู้เสียหายและสังคม และมีแนวคิดที่ว่า หากผู้กระทำความผิดได้สำนึกแล้วก็จะไม่กระทำความผิดต่อไป ไม่ได้หวังว่าหากกลัวโทษแล้วจึงไม่กระทำความผิด ส่วนในการฟื้นฟูจิตใจของผู้กระทำความผิดตามหลักการลงโทษโดยการฟื้นฟูจิตใจนั้น กระบวนการที่ดำเนินการเป็นการใช้การอบรมและให้คำแนะนำในการปรับตัวแก่ผู้กระทำความผิด เพื่อให้สามารถอดทนต่อสภาพบีบคั้นในทางสังคม เศรษฐกิจ จนมีความแข็งแกร่งพอที่จะไม่กระทำความผิดได้ แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ มิได้เน้นการฟื้นฟู แต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำอาจต้องเข้ารับการอบรมในโครงการฝึกอบรมหรือเข้ารับการรักษา หากมีความจำเป็นและเป็นเหตุแห่งการกระทำความผิด ทั้งนี้ เพื่อขจัดปัญหาในการกระทำความผิด⁵³ ด้วยเหตุนี้ การเข้ารับการรักษาหรืออบรมจึงเป็นหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่มีความหลากหลายและขึ้นอยู่กับสาเหตุของการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดแต่ละรายตามความเห็นของที่ประชุม แต่การฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิดมุ่งเน้นที่ทำให้ผู้กระทำความผิดปรับตัวให้เข้ากับสังคม แต่ไม่ได้มุ่งพิจารณาเฉพาะกรณีและตามความสมัครใจของผู้กระทำความผิด

2. แนวคิดในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้

กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีเป้าหมายในการที่รัฐจะต้องนำผู้กระทำความผิดมาสู่กระบวนการพิจารณาและพิพากษา เพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอาญาสาระบัญญัติที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดอาญาต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่การลงโทษตามกฎหมายอาญานั้น มิได้หมายความว่าต้องนำตัวผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยการลงโทษจำคุกหรือปรับตามที่กำหนดเสมอไป แต่อาจมีมาตรการที่ไม่จำเป็นต้องใช้โทษจำคุก แต่ใช้มาตรการอื่น ๆ แทนโทษจำคุก เช่น การทำงานบริการสังคม หรือการฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิดก็ได้ ทั้งนี้ โดยมีเป้าหมายของการลงโทษเพื่อการทดแทนการกระทำของผู้กระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายและสังคม หรือการลงโทษเพื่อประโยชน์ในการลดอาชญากรรม ตามหลักทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมของการลงโทษไม่ว่าจะเป็นการลงโทษโดยข่มขู่ หรือโดยแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำ

⁵³ แหล่งเดิม. (น. 46).

ความผิด หรือการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมก็ตาม แนวคิดในการลงโทษและพัฒนาการของการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดตามที่กล่าวมาแล้ว มีข้อจำกัดประการหนึ่งที่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินการได้ คือ การใช้มาตรการทางกฎหมายที่ทำให้คู่กรณีสามารถมีความเข้าใจซึ่งกันและกัน เพื่อผลในการลดความขัดแย้งหรือความอาฆาตพยาบาทต่อกัน ซึ่งจะก่อให้เกิดผลในการกระทำความผิดซ้ำได้ เพราะยังมีความไม่เข้าใจกันอยู่ ดังนั้น การลงโทษโดยวัตถุประสงค์ของการทดแทนหรือการลงโทษเพื่อข่มขู่ แก้อั้ว ฟื้นฟู หรือการตัดออกจากสังคมจึงไม่อาจลดอาชญากรรม หรือสามารถลดความขัดแย้งระหว่างคู่กรณีหรือคนในสังคมได้อย่างแท้จริง แต่กลับจะเพิ่มความขัดแย้งระหว่างคู่กรณีมากขึ้น หากคู่กรณีไม่ยอมรับในผลของคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดตัดสินของศาล เนื่องจากกระบวนการในการดำเนินคดีอาญาในศาลยุติธรรมปัจจุบันอาจไม่สามารถหาข้อเท็จจริงได้เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐาน ยังมีความไม่ชัดเจนในการนำสืบทำให้ศาลยกฟ้อง หรือบางกรณีที่มีการลงโทษโดยจำเลยไม่ยอมรับผิด จึงอาจทำให้มีความคิดในการแก้แค้นหลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวหรือพ้นโทษแล้ว⁵⁴

ดังนั้น หากจะเปรียบเทียบการดำเนินคดีอาญาในระบบเดิมกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ อาจเปรียบเทียบได้สามประการใหญ่ คือ ประการแรก นิยามของอาชญากรรม ในระบบดั้งเดิมเห็นว่า หมายถึงการกระทำความผิดต่อกฎหมายอันเป็นกฎข้อบังคับของรัฐเพื่อให้คนปฏิบัติตาม และเน้นที่ความรับผิดชอบที่มีต่อการฝ่าฝืน แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เห็นว่า เป็นการกระทำที่บุคคลหนึ่งได้กระทำความผิดต่อบุคคลหนึ่ง จึงเน้นที่ความรับผิดชอบในหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อ ผู้หนึ่งหรือสังคม ประการที่สอง เป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมในระบบเดิมเน้นการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวซึ่งมุ่งที่ผู้กระทำความผิด ส่วนกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเชิงสมานฉันท์เน้นการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น ฟื้นฟูความเข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีและสังคม เพื่อให้เกิดความเข้าใจซึ่งกันและกัน ในประการสุดท้าย กระบวนการยุติธรรมดั้งเดิม เน้นกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่มุ่งค้นหาความจริง และกระบวนการลงโทษที่มีถูกต้องเที่ยงธรรม โดยมีเจ้าพนักงานเป็นผู้รวบรวมและศาลเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด โดยละเอียดไม่ได้คำนึงถึงความพึงพอใจหรือการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้นำเสนอสาเหตุของการนำมาสู่การกระทำความผิดเลย และไม่เปิดโอกาสให้สังคมได้เข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางการดำเนินการในเรื่องนี้ ส่วนในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เน้นความเสมอภาคและความพึงพอใจระหว่างคู่กรณี การมีส่วนร่วมของสังคม คู่กรณี เจ้าพนักงาน และ

⁵⁴ แหล่งเดิม.

ศาลในการสร้างความเข้าใจและหาทางออกที่เหมาะสมสำหรับในแต่ละเรื่องเพื่อสร้างความพึงพอใจในทุกฝ่ายและผู้เสียหายหรือสังคมได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม⁵⁵

3. รูปแบบของการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในระดับสากล

รูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นำมาใช้ในแต่ละประเทศอย่างกว้างขวางมีอยู่หลากหลาย แต่ที่สำคัญและใช้กันมาก ได้แก่

1. การประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด (victim-offender mediation)

2. การประชุมกลุ่มครอบครัว (family group conference)

3. การเตือนแบบ Wagga Wagga

4. การลงโทษในที่ประชุม (circle sentencing)

1) การประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด (Victim-offender mediation)

รูปแบบของการประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดนี้ มีใช้ในแคนาดา ในเมือง Elmira Ontario ในปี ค.ศ. 1974 โดยมีผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งทำหน้าที่โน้มน้าวให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดได้พูดคุยและประนอมข้อพิพาทกัน ซึ่งผู้ประนอมข้อพิพาทจะได้รับการฝึกฝนอบรมมาให้ความชำนาญในการทำให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดได้มีความเข้าใจซึ่งกันและกันในเรื่องความผิดที่เกิดความเดือดร้อน ความเสียหาย และแนวทางในการหาข้อสรุปในการชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำความผิด

หลักการที่นำมาใช้ในการประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดนี้ จะต้องได้รับความร่วมมือจากผู้ที่เกี่ยวข้อง และมีหลักการที่สำคัญสามประการ คือ ความยุติธรรม การทำดีเพื่อแก้ตัว และมาตรการปรับปรุงตัวเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดไปกระทำความผิดในอนาคต

ดังนั้น ความยุติธรรม โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้มีโอกาสพบกันและพูดคุยถึงสาเหตุของการกระทำความผิดและความเสียหายตลอดจนความรู้สึกที่มีอยู่ ส่วนการทำดีเพื่อแก้ตัวนั้น หมายถึงการที่ผู้กระทำความผิดจะมีโอกาสที่จะกระทำดีเพื่อแก้ตัวแทนการกระทำที่ได้กระทำความผิดไป โดยแสดงความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้น และในกรณีสุดท้าย

⁵⁵ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ (เอกสารจัดทำขึ้นในวาระครบรอบ 300 ปี ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอดินบะระ) (น. 10 -15). เล่มเดิม.

เป็นการตกลงกันว่าควรจะมีมาตรการในการปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิดอย่างไร โดยการชดใช้หรือกระบวนการติดตามผลของการตกลงดังกล่าวอย่างไร⁵⁶

การประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดตามแนวคิดในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ จึงมีความแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่วไป ทั้งนี้ เพราะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีเป้าหมายเพื่อบรรลุข้อตกลงร่วมกันโดยมีพื้นฐานของการยอมรับระหว่างคู่กรณี ซึ่งมีคนกลางเป็นผู้ประสานงาน ดังนั้น ข้อตกลงที่กำหนดมักจะเป็นการกำหนดในเรื่องของค่าเสียหาย แต่ไม่ได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ที่ดีต่อกัน หรือผลกระทบต่อความขัดแย้งที่มีต่อการดำเนินชีวิตของคู่กรณี⁵⁷ ส่วนการประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายในคดีอาญาไม่ถือว่าเป็นคู่กรณีหรือคู่พิพาท แต่เป็นผู้กระทำความผิดกับผู้ได้รับความเสียหาย ดังนั้น ปัญหาว่าการกระทำความผิดหรือมีเจตนากระทำความผิดหรือไม่ จึงไม่ใช่ประเด็นสำคัญในการดำเนินการประนอมข้อพิพาท แต่การประนอมข้อพิพาทดังกล่าวจะมุ่งทำให้โอกาสผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้เจรจาและผลของการเจรจาผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยจากการที่ได้รับความเสียหายนั้น ทั้งนี้ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการชดเชยด้วยทรัพย์สิน และไม่จำเป็นต้องได้รับชดเชยเท่ากับที่ผู้เสียหายได้เสียหายไป ซึ่งอาจเป็นการชดเชยในด้านอื่นก็ได้⁵⁸

ดังนั้น การไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด จึงมีวัตถุประสงค์หลักในการตอบสนองความต้องการให้ทั้งสองฝ่ายได้รับรู้ข่าวสารของแต่ละฝ่ายว่าผู้กระทำความผิดมีเหตุที่กระทำความผิดอย่างไร ในขณะที่ผู้เสียหายได้รับความกระทบกระเทือนและเสียหายอย่างไร และผลที่ผู้กระทำความผิดที่จะรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายจึงเป็นผลลำดับรองที่ตามมาหลังจากที่ทั้งสองฝ่ายได้พบปะและทำความเข้าใจกันแล้ว ในขณะที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมุ่งเน้นการตกลงในด้านทรัพย์สินเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้สิ่งที่ตนเองเสียหาย และการบรรลุข้อตกลงจึงขึ้นอยู่กับการต่อรองและความพอใจของคู่กรณี นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด ยังมีกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบผู้กระทำความผิดให้ดำเนินการตามข้อตกลงและการชดเชยความสูญเสียที่ผู้เสียหายได้รับด้วย⁵⁹

⁵⁶ Howard Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for crime and Justice*, อ้างถึงใน *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ* (เอกสารจัดทำขึ้นในวาระครบรอบ 300 ปี ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอดินบะระ) (น. 24). เล่มเดิม.

⁵⁷ จาก *การนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้ในคดีเด็กและเยาวชน* (รายงานผลการวิจัย) (น.17- 69), โดยณรงค์ ใจหาญ และคณะ, 2555, กรุงเทพมหานคร.

⁵⁸ แหล่งเดิม.

⁵⁹ แหล่งเดิม.

การไกล่เกลี่ยในความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงไม่ได้ทำเพื่อหาข้อสรุปว่า ผู้กระทำผิดกระทำผิดจริงหรือไม่ และจะบรรเทาความรุนแรงของการลงโทษอย่างไร แต่เริ่มด้วยการยอมรับกันทุกฝ่ายว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้นและทำความเข้าใจให้ตรงกันในเรื่องการตกเป็นผู้เสียหายของผู้เสียหาย ผลร้ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิด

มีผู้ทรงคุณวุฒิได้สรุปข้อแตกต่างระหว่างการไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Victim Offender Mediation Continuum: From Least to Most Restorative Impact) ดังนี้⁶⁰

ตารางที่ 2.1 สรุปข้อแตกต่างระหว่างการไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Victim Offender Mediation Continuum: From Least to Most Restorative Impact)

การไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรมอาญา	การไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์
ความสมานฉันท์น้อย การประนีประนอม ความสำคัญอยู่ที่ผู้กระทำผิด (Agreement-driven, offender-focused)	ความสมานฉันท์สูง การสนทนา ความสำคัญอยู่ที่ผู้เสียหาย (Dialogue-driven, victim-sensitive)
1. ให้ความสำคัญกับการตีค่าความเสียหายเป็นจำนวนเงิน ไม่มีโอกาสพูดคุยกันโดยตรงระหว่างคู่ความและชุมชนเรื่องความเสียหายจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้น	1. ความสำคัญอันดับแรกอยู่ที่การเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดได้พูดคุยกันโดยตรง ให้ผู้เสียหายได้พูดหรือแสดงถึงผลกระทบของอาชญากรรมต่อชีวิตของเขาให้ได้ถามและได้รับคำตอบที่ต้องการ ให้ผู้กระทำผิดได้เรียนรู้ถึงผลกระทบจากการกระทำของเขาและแสดงความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายโดยตรง เพื่อจะได้หาทางทำแต่สิ่งที่ถูกต้องต่อไป

⁶⁰ From The Handbook of Victim Offender Mediation, by Mark S. Umbreit, 2001, USA: Jossey-Bass Inc. อ้างถึงใน การนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้ในคดีเด็กและเยาวชน (รายงานผลการวิจัย) (น.45-78). เล่มเดิม.

ตารางที่ 2.1 (ต่อ)

การไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรมอาญา	การไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรม เชิงสมานฉันท์
2. ผู้เสียหายไม่มีสิทธิเลือกสถานที่ที่เขารู้สึกว่าเหมาะสมและปลอดภัยในการพบกับผู้กระทำผิด ไม่มีสิทธิเลือกว่าเขาอยากพบหรืออยากพูดกับใคร	2. ผู้เสียหายมีทางเลือกโดยผ่านกระบวนการได้แก่ เลือกสถานที่ที่จะพบปะกัน เลือกคนที่ต้องการพูดคุยด้วยและอื่น ๆ
3. ผู้เสียหายมีโอกาสในการแสดงความจำนงในการเจรจาไกล่เกลี่ยล่วงหน้า แต่ไม่มีโอกาสเตรียมตัวในการเจรจา	3. การตกลงร่วมกันที่นำไปสู่การลงโทษเพื่อทดแทน (Restitution) ก็มีความสำคัญ แต่สิ่งที่สำคัญยิ่งกว่าคือการสนทนากันเรื่องผลกระทบของอาชญากรรม
4. ไม่มีการประชุมเพื่อเตรียมตัวล่วงหน้าในการพบปะกันของกลุ่มความ ระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยกับผู้เสียหาย และผู้ไกล่เกลี่ยกับผู้กระทำผิด	4. มีการพบกันเพื่อเตรียมการระหว่างผู้เสียหายกับผู้ไกล่เกลี่ย และระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้ไกล่เกลี่ยก่อนการไกล่เกลี่ยที่ให้ทั้งสองฝ่ายมาพบกัน โดยเน้นที่การฟังผู้เสียหายว่าอาชญากรรมมีผลกระทบต่อชีวิตของเขาอย่างไรบ้าง จำแนกความต้องการของผู้เสียหายให้ชัดเจน และเตรียมทั้งสองฝ่ายให้พร้อมสำหรับการไกล่เกลี่ยหรือการประชุมร่วมกัน ⁶¹
5. ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีบทบาทในการอธิบายเกี่ยวกับการกระทำผิดและผู้กระทำผิด ผู้เสียหายมีหน้าที่ในการตอบคำถามของผู้ไกล่เกลี่ย ไม่มีโอกาสแสดงความรู้สึกหรือพูดในสิ่งที่ต้องการ	5. การไกล่เกลี่ยไม่มีรูปแบบที่ตายตัวสามารถยืดหยุ่นได้ ให้ความให้ผู้เสียหายได้พูดอย่างเต็มที่ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความอดทนในการฟังสูง ใช้หลักมนุษยธรรม ปรับเปลี่ยนรูปแบบการไกล่เกลี่ยให้เหมาะสม

⁶¹ แหล่งเดิม.

ตารางที่ 2.1 (ต่อ)

การไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรมอาญา	การไกล่เกลี่ยในกระบวนการยุติธรรม เชิงสมานฉันท์
6. ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ผูกขาดการพูดมากที่สุด ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดมีโอกาสดเพียงตอบคำถามเท่านั้น ไม่มีการสนทนากันระหว่างคู่ความ	6. ผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีความอดทนเป็นอย่างสูงในการรับฟัง รับรู้การแสดงความรู้สึกหรือรับฟังเรื่องผลกระทบของอาชญากรรม และผู้ไกล่เกลี่ยต้องพูดให้น้อยที่สุด
7. เจ้าหน้าที่ของรัฐ (Correctional staff) ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย	7. ผู้ไกล่เกลี่ยคืออาสาสมัครในชุมชนที่ผ่านการฝึกอบรมมาแล้วซึ่งทำหน้าที่อย่างอิสระหรืออาจได้รับความช่วยเหลือสนับสนุนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ
8. การไกล่เกลี่ยขึ้นกับความสมัครใจของผู้เสียหาย แต่ผู้กระทำผิดอาจไม่สมัครใจก็ได้ และผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องแสดงความรับผิดชอบ (Responsibility)	8. การไกล่เกลี่ยเกิดจากความสมัครใจของผู้เสียหายและ ผู้กระทำผิด
9. เป็น settlement-driven และใช้เวลาสั้น ๆ (ประมาณ 10-15 นาที) ⁶²	9. การสนทนาใช้เวลานานไม่น้อยกว่า 1 ชั่วโมง

2) การประชุมกลุ่มครอบครัว (Family group conference)

การประชุมกลุ่มครอบครัว เป็นรูปแบบกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ที่ใช้ในนิวซีแลนด์ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 และต่อมาได้นำมาใช้ในออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป แอฟริกา และไทย ซึ่งเดิมมีการนำมาใช้ในเผ่าเมารี โดยนำแนวคิดทางปรัชญาและนำมาใช้ในทางปฏิบัติของเยาวชนเผ่าเมารีจนถึงปัจจุบัน กระบวนการประชุมกลุ่มครอบครัว มีลักษณะคล้ายกับการประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย แต่ได้เปิดโอกาสให้บุคคลอื่นและชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการ เดิมการประชุมกลุ่มครอบครัวนำมาใช้ในกระทำความผิดของเยาวชน แต่ต่อมาได้นำมาใช้กับการกระทำความผิดของผู้ใหญ่

⁶² แหล่งเดิม.

การประชุมกลุ่มครอบครัวเปรียบเสมือนสภาพที่ทุกคนมาตกลงกันถึงความผิดที่เกิดขึ้น และความขัดแย้ง ผู้เข้าร่วมประชุมทุกคนสามารถพูดแสดงความรู้สึก และที่สำคัญที่สุดคือพูดเกี่ยวกับผลลัพธ์ที่อยากให้เกิดจากการประชุมได้ การประชุมกลุ่มนี้ยังมีความเป็นประชาธิปไตยโดยผู้ที่ได้รับผลกระทบจากปัญหามากที่สุดสามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้ด้วย โดยผู้ประสานงานการประชุมจะเป็นผู้จัดให้ผู้เข้าร่วมประชุมทุกคนมาเจอกันและสร้างให้เกิดสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย และให้กำลังใจ อีกทั้งควบคุมให้เป็นไปตามกระบวนการและบันทึกข้อตกลงที่กลุ่มบรรลุ ทั้งนี้ผู้ประสานงานการประชุมจะไม่เป็นผู้ตัดสินใจหรือไม่มีอิทธิพลต่อข้อตกลงเหล่านั้น โดยจะปล่อยให้ผู้เข้าร่วมการประชุมแสดงความคิดเห็นและออกความเห็นถึงทางแก้ปัญหาตนเอง⁶³ ทั้งนี้ทั้งนั้นผู้ประสานงานการประชุมที่ดีจะเป็นผู้ชี้นำถึงกระบวนการ โดยเป็นเพียงผู้อยู่เบื้องหลังอีกทั้งเป็นผู้ให้การสนับสนุน แต่ไม่เป็นผู้ควบคุมหรือตัดสินใจ

นอกจากนี้การประชุมกลุ่มครอบครัวต้องกระทำโดยให้ครอบครัวมีส่วนร่วมโดยสมัครใจ ความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่รัฐ สิ่งสำคัญอย่างยิ่งยวดคือ ต้องตระหนักว่าการประชุมกลุ่มครอบครัว จำต้องใช้งบประมาณเยอะ โดยเฉพาะการต้องจ่ายค่าเดินทางให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการประชุม⁶⁴

รูปแบบส่วนใหญ่จะประชุมด้วยกัน 12 คน โดยมีขั้นตอนในการดำเนินการที่ชัดเจน โดยมีผู้ดำเนินการประชุมจะชี้แจงขั้นตอนการประชุม และผู้กระทำความผิดจะพูดถึงเรื่องราวที่เกิดขึ้นรวมถึงสาเหตุของการกระทำความผิด จากนั้นผู้เสียหายจะพูดถึงเรื่องราวของตน และแสดงความคิดเห็น รวมทั้งตั้งคำถาม (ถ้ามี) เกี่ยวกับการกระทำความผิด จากนั้นคนในครอบครัว และเพื่อนของคู่กรณี ทั้งสองฝ่ายจะแสดงความคิดเห็นและความรู้สึก (ถ้ามี) โดยเริ่มจากฝ่ายผู้เสียหายก่อน หลังจากนั้น ผู้ประสานงานจะนำที่ประชุมเจรจาว่า ควรจะอย่างไรเพื่อชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งผู้เสียหาย คนในครอบครัว และเพื่อน ๆ จะพูดถึงกรณีที่จะให้ผู้กระทำผิดและคนในครอบครัวทำอะไรบ้าง การเจรจาจะไปเรื่อย ๆ จนกว่าจะมีการหาข้อยุติ ซึ่งจะมีการบันทึกไว้ ข้อตกลงที่มักจะไม่ได้ข้อยุติส่วนใหญ่เป็นเรื่องค่าเสียหาย และข้อตกลงเกี่ยวกับการไม่ไปกระทำความผิดซ้ำ และการควบคุมไม่ให้ผู้กระทำความผิดซ้ำจะเป็นหน้าที่ของคนในครอบครัวและคนในชุมชน ที่จะทำหน้าที่คอยดูแลสอดส่องและประคับประคองไม่ให้

⁶³ จาก คู่มือการประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน (น. 5), โดย สุจิตาภรณ์ อุเทนสุด, 2551, กรุงเทพมหานคร: กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กระทรวงยุติธรรม.

⁶⁴ จาก การศึกษาคูณานเพื่อกำหนดรูปแบบและวิธีการประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน ณ ประเทศนิวซีแลนด์ ระหว่างวันที่ 21-28 กันยายน 2546 (น. 33), โดย กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน, 2546, กรุงเทพมหานคร.

ผู้กระทำความผิดซ้ำ หรือกระทำผิดกติกาของชุมชน หรือขัดต่อหลักเกณฑ์ที่ชุมชนยอมรับอีก⁶⁵ ดังนั้น การประชุมกลุ่มครอบครัว จึงมีมาตรการที่คำนึงถึงค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ และมาตรการที่สังคมจะได้รับความปลอดภัย ตลอดจนการกำกับดูแลไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้ฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ข้อตกลงและกฎหมายอีกด้วย

การประชุมกลุ่มครอบครัว ซึ่งนำมาใช้ในประเทศไทย มีหลักการและเหตุผล⁶⁶ โดยถือว่าเป็นมาตรการเสริมกับกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็ก โดยเฉพาะเด็กที่ไม่ได้กระทำความผิดร้ายแรง และควรได้รับการเยียวยาความเสียหายด้วยกระบวนการยุติธรรมทางเลือกแทนกระบวนการยุติธรรมปกติซึ่งการดำเนินการดังกล่าวเป็นการให้โอกาสเด็กได้กลับตัวและแก้ไขความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตนโดยไม่ต้องมีตราบาปติดตัว ทั้งนี้ เด็กจะต้องรับสารภาพด้วยความสมัครใจ และรับผิดชอบต่อการกระทำของตน และพยายามแก้ไขผลร้ายจากการกระทำ ความผิดของตนที่เกิดจากผู้เสียหายหรือผู้อื่น ครอบครัวและชุมชนต้องเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดของเด็ก และผู้เสียหายต้องมีส่วนร่วมในการให้ข้อมูลความทุกข์หรือความเสียหายที่ได้รับ โดยการพูดคุยกับเด็ก เด็กจะต้องขอโทษอย่างจริงใจที่ได้กระทำความผิดแก่ผู้เสียหายซึ่งมาตรการนี้ถือเป็นผลสำเร็จในการดำเนินการ การชดเชยค่าเสียหายอาจเป็นการชดเชยเป็นทรัพย์สิน หรือการทำงานชดเชยหรือกระทำการอื่นแก่ผู้เสียหายตามความเหมาะสมหรือทำงานบริการสังคม บทบาทของครอบครัวเป็นผู้ประชุมกำหนดโทษและมาตรการแก้ไข เยียวยาเด็ก แต่มาตรการดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากทุกฝ่าย ทั้งจากผู้เสียหายและเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้อง เด็กจะมีความรู้สึกว่าถูกลงโทษโดยพ่อแม่ ไม่ใช่คนแปลกหน้า โทษที่จะลงต้องไม่ทำลายชีวิตปกติในครอบครัวและสังคม และไม่ถูกผลักดันให้กระทำความผิดซ้ำ ส่วนข้อตกลงในการลงโทษเด็กที่กำหนดโดยครอบครัวต้องทำเป็นหนังสือต้องได้รับความเห็นชอบจากทุกฝ่าย และเด็กและครอบครัวต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น ทั้งนี้ เมื่อได้ปฏิบัติได้ครบถ้วนตามข้อตกลงแล้ว จึงถือเสมือนว่าเด็กไม่เคยกระทำความผิดมาก่อนเลย หากเด็กไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก็จะถูก

⁶⁵ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้เสียหายอาชญากรรม (victim-offender mediation). *วารสารยุติธรรมปริทรรศน์*, น. 41, สืบค้นเมื่อ สืบค้นเมื่อ 24 มิถุนายน 2555, จาก www.library.coj.go.th น. 25-26

⁶⁶ จาก *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ความเป็นไปได้ในการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนกระทำผิด โดยการประชุมกลุ่มครอบครัว* (คำอธิบายในการประชุมเชิงปฏิบัติการ เมื่อวันที่ 28 เมษายน 2546 ณ โรงแรมรามาคาร์เด็นส์ กรุงเทพมหานคร), โดย วันชัย รุจนวงศ์. อ้างถึงใน *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ด้วยวิธีการประชุมกลุ่มครอบครัว: หลักการสำคัญโดยย่อและข้อคิดเห็นบางประการ* (น. 4-5), โดย นิติธร วงศ์อิน, 2550, กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม.

ดำเนินคดีต่อไป ในกรณีที่เด็กไม่มีครอบครัวหรือมีแต่ครอบครัวไม่รับผิดชอบ ภาครัฐและองค์กรเอกชนจะทำหน้าที่แทน

3) การเตือนแบบ Wagga Wagga

การเตือนแบบ Wagga Wagga เป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่ใช้เป็นครั้งแรกใน ออสเตรเลีย ในทศวรรษ 1990 โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจชุมชนใน New South Wales ทั้งนี้เพราะอำนาจของตำรวจในการเตือนผู้กระทำผิด (Caution) เป็นอำนาจที่ตำรวจทำได้ในกฎหมายคอมมอนลอว์ และได้นำรูปแบบของการประชุมกลุ่มครอบครัวมาปรับใช้ด้วย โดยให้มีการดำเนินโดยกลุ่มครอบครัวที่มีลักษณะของการกระทำด้วยความรักและความเมตตาแทนที่จะเป็นการดำเนินเพราะต้องการต่อต้านการกระทำของผู้นั้น และเป็นการประณามการกระทำผิดที่ผู้นั้นก่อให้เกิดขึ้น

การเตือนแบบนี้ ตำรวจทำหน้าที่หลัก และได้เพิ่มเงื่อนไขเข้าไปในกระบวนการเตือน โดยเน้นพฤติกรรมของอาชญากร แทนที่จะเป็นผู้กระทำความผิด และมีขั้นตอนการพุดจาและแสดงความคิดเห็นที่มีขั้นตอนและตามบทที่กำหนดมิใช่เดือนตามอำเภอใจ หรือก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทกันต่อไป มีการเตือนเพื่อให้ผู้กระทำผิดรู้ว่าจะต้องไม่กระทำความผิดซ้ำอีก และยกเว้นโทษให้เฉพาะในครั้งนี้นี้เท่านั้น

รูปแบบนี้ได้นำมาใช้ในสถานีตำรวจของ ออสเตรเลีย ยุโรป อเมริกาเหนือ แอฟริกาใต้ สหรัฐอเมริกา ในมลรัฐฟิลาเดลเฟีย และในอังกฤษ เป็นต้น

4 การลงโทษในที่ประชุม (Circle sentencing)

เป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์รูปแบบหนึ่งที่มีใช้ในแคนาดา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1992 ในศาล Yukon Territorial การลงโทษในที่ประชุมนั้น เป็นส่วนหนึ่งของการพิพากษาของศาล โดยให้ผู้เสียหาย ชุมชน และผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม เดิมเป็นการดำเนินการในเผ่า Aborigin และต่อมานำมาใช้กับผู้กระทำความผิดอื่นด้วย ทั้งนี้โดยการเน้นให้ผู้กระทำความผิดมีความรับผิดชอบต่อสิ่งที่ตนกระทำไป

กระบวนการลงโทษในที่ประชุมนั้น เริ่มจากทนายความของจำเลยจะเสนอต่อศาลเพื่อขอใช้การลงโทษในที่ประชุมแทนการที่จะกำหนดโทษโดยคำพิพากษา โดยคนในชุมชนจะมีส่วนร่วมในการดำเนินการ⁶⁷ โดยหากผู้กระทำความผิดได้รับสารภาพในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และยอมรับผิดชอบต่อความผิดทั้งหมดที่ได้กระทำการลง การลงโทษในที่ประชุมจะดำเนินการโดยใช้กับความผิดร้ายแรง และไม่นำมาใช้กับความผิดเล็กน้อยเพราะต้อง

⁶⁷ แหล่งเดิม.

ใช้เวลาในการดำเนินการนานและมีผู้เข้ามามีส่วนร่วมจำนวนมาก การร่วมประชุมคนในชุมชน จะได้รับการเชิญเข้ามาในที่ประชุม โดยนั่งเป็นวงกลมและให้ผู้ที่ได้รับการยอมรับนับถือในชุมชน เป็นประธาน โดยมีผู้เข้าร่วมประชุมประมาณ 15-20 คน มีการอ่านข้อกล่าวหา พนักงานอัยการและ ทนายความจำเลยจะแถลงเปิดคดีสั้น ๆ จากนั้นคนที่ร่วมประชุมจะกล่าวในประเด็นที่เกี่ยวกับการ กระทำความผิดในชุมชน สาเหตุของการกระทำความผิด ผลกระทบก่อนหรือหลังการกระทำ ความผิดต่อชุมชน ชุมชนจะต้องทำอะไรเพื่อป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรม และจะต้องเยียวยา ความเสียหายแก่ผู้เสียหายและชุมชนอย่างไร แผนการลงโทษควรเป็นอย่างไร และผู้ที่จะให้การ สนับสนุนผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดเพื่อให้สามารถทำตามแผนได้ และวันเวลาทบทวนคำพิพากษา

กระบวนการในการดำเนินการนั้นมักจะมีการประชุมสองครั้ง โดยครั้งแรกเป็นการ เสนอ ข้อกำหนดให้ผู้กระทำความผิดกระทำ และในครั้งที่สอง ซึ่งจะนัดประชุมห่างจากครั้งแรกเป็นเวลา หลายสัปดาห์เพื่อประเมินความประพฤติของผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำตามข้อกำหนดที่ได้รับใน การประชุมครั้งแรก และในการประชุมครั้งที่สองนี้ ศาลจะกำหนดโทษให้เป็นไปตามที่ตกลงกันใน ที่ประชุม ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการเพื่อศาลจะทำคำพิพากษาแต่ ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมายเพียงแต่ให้ศาลใช้ดุลยพินิจที่จะดำเนินการก่อนที่จะมีคำพิพากษา

ในกระบวนการลงโทษในที่ประชุม เริ่มด้วยผู้กระทำความผิดจะกล่าวในที่ประชุมถึงสาเหตุ ของการกระทำความผิด อธิบายถึงเรื่องราวที่เกิดขึ้นในการกระทำความผิด และรับฟังความเสียหาย ที่ผู้เสียหายได้รับความเจ็บปวดและหวาดกลัวอันเป็นผลมาจากการกระทำความผิด รับฟัง ความรู้สึกผิดหวังของครอบครัวผู้กระทำความผิด และความผิดหวังของคนอื่น ๆ ในชุมชน กระบวนการประชุมจะสื่อสารกันในลักษณะของความสงสารและเห็นใจและจะมีการขอโทษกัน ด้วยความจริงใจ ผู้กระทำความผิดมีสิทธิร่วมกันกำหนดวิธีการลงโทษ และเสนอการเยียวยาความเสียหาย ให้แก่ผู้เสียหาย ตลอดจนผู้อื่นที่ได้รับผลกระทบ

4. ข้อโต้แย้งและข้อสนับสนุนในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้

ข้อโต้แย้งในการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในกระบวนการยุติธรรม ทางอาญา มีผู้วิเคราะห์ไว้ มีดังนี้⁶⁸

1) การขาดความสม่ำเสมอและความได้สัดส่วน ทั้งนี้ เพราะการจะยุติตามข้อตกลงเป็นเรื่องที่อาจมีความแตกต่างระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดในแต่ละคดี ดังนั้น จำเลยกระทำ ความผิดในลักษณะเดียวกันอาจต้องปฏิบัติตามมาตรการในข้อตกลงแตกต่างกันได้ และในบางกรณี

⁶⁸ จาก การ ใกล้เคียงพื้นสัมพันธ์ในคดีอาญา “ประสบการณ์ของศาลนิวซีแลนด์,” สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, โดย สรวีศ ลิ้มปริงยี. และอ้างถึงใน การนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้ในคดีเด็กและ เยาวชน (รายงานผลการวิจัย), เล่มเดิม.

จำเลยอาจได้รับการลงโทษที่รุนแรงเกินสัดส่วนได้เพราะไม่มีมาตรการที่จะควบคุมความรุนแรงในการต้องปฏิบัติตามข้อตกลง

2) กระบวนการนุ่มนวลเกินไปและไม่สามารถป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดขึ้นอีก เนื่องจากเป็นมาตรการที่มุ่งการแก้ไขเยียวยาผู้เสียหายเป็นสำคัญและไม่ได้มุ่งเน้นการลงโทษจำเลย ทำให้ผู้ที่คิดที่จะกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันมิได้เกิดความเกรงกลัวว่าอาจได้รับโทษหากได้กระทำความผิดเช่นเดียวกับจำเลย

3) การใช้ผู้เสียหายเพื่อประโยชน์ของจำเลย เนื่องจากจำเลยอาจใช้สิ่งจูงใจหรือให้ประโยชน์แก่ผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายแสดงความเห็นสนับสนุนในรายงานที่เสนอต่อศาล เพื่อจะทำให้จำเลยหลุดพ้นจากการต้องรับโทษจำคุกหรือโทษประการอื่น

4) อำนาจหรืออิทธิพลที่ไม่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เพราะผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดอาจมีสถานะทางสังคม เศรษฐกิจ หรือด้านอื่น ๆ ที่แตกต่างกัน ทำให้ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งมากจนเป็นเหตุให้บีบบังคับให้ฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่ายอมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ฝ่ายที่มีอำนาจมากกว่าจะมีอิทธิพลต่อการยอมรับข้อตกลงในการประชุม ทั้ง ๆ ที่ฝ่ายที่ด้อยกว่าอาจไม่มีความเต็มใจหรือเพื่อช่วยให้ฝ่ายที่มีอำนาจไม่ต้องรับโทษหนักได้

5) การละเมิดสิทธิตามกฎหมายของจำเลย เพราะการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มักจะไม่มีทนายความเข้าร่วมแก้ต่างเหมือนกับการดำเนินคดีในศาล จำเลยจึงไม่ได้รับคำปรึกษาทางด้านกฎหมายจากทนายความในเรื่องสิทธิของตน รวมถึงการยอมรับและการปฏิบัติตามข้อตกลง ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยได้

6) การรุมลงทัณฑ์โดยชุมชน การกระทำความผิดของผู้กระทำในบางกรณีก่อให้เกิดความโกรธแค้นในชุมชน และการกำหนดให้ชุมชนสามารถร่วมลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษอย่างไม่มีขอบเขต เพราะขึ้นอยู่กับว่าชุมชนมีความเห็นถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิดอย่างไร และต้องการให้ผู้กระทำความผิดชดใช้เพียงใด จึงอาจเกินสัดส่วนที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดขึ้นแก่สังคมได้ หากพิจารณาตามสัดส่วนของการลงโทษตามหลัก retribution การที่ชุมชนกำหนดมาตรการการลงโทษโดยผ่านทางกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงไม่บรรลุเป้าประสงค์ในการดำเนินการที่ต้องการความสมานฉันท์ไม่ใช้การรุมกดดันผู้กระทำความผิดทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร

7) ไม่สามารถจัดการกับพวกอาชญากรโดยสันดาน เพราะการพบปะพูดคุยแสดงความรู้สึกต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ไม่อาจทำให้บุคคลเหล่านี้รู้สึกสำนึกในความผิดของตน และท้ายที่สุดคนเหล่านี้จะกระทำความผิดซ้ำ⁶⁹

8) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่มีความจำเป็นต้องมีค่าใช้จ่ายและต้องใช้เวลาานพอควรจนกว่าผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดจะยินยอมและมีความเข้าใจกัน ทั้งนี้ การกระทำตามกระบวนการต่าง ๆ จะต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ ส่วนใหญ่เป็นการกระทำความผิดเล็กน้อย และหากคำนวณค่าใช้จ่ายที่ต้องดำเนินคดีเหล่านี้ซึ่งปกติจะเป็นการดำเนินคดีโดยรวบรัดแล้ว อาจไม่คุ้มค่าในการดำเนินการ

แนวคิดที่เป็นข้อโต้แย้งกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เกิดจากกรอบแนวความคิดเดิมในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดและการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในปัจจุบัน ซึ่งเน้นความสม่ำเสมอในผลของการกระทำความผิด กับความสม่ำเสมอในกระบวนการดำเนินการ ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาและต้องการผลโดยขึ้นอยู่กับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย ชุมชน และขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดว่าจะแก้ไขในเรื่องนี้อย่างไร และจะให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบอย่างไร จึงต้องมีความหลากหลายในการกำหนดข้อตกลงให้เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยความประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ทั้งผู้เสียหายและสังคม

เหตุผลที่แก้ข้อโต้แย้งในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ทั้ง 8 ประการนี้พอสรุปได้ ดังนี้

เป้าหมายของการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด จึงแตกต่างจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่ต้องการเยียวยาให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น สิทธิของผู้กระทำความผิดในระหว่างการพิจารณาจึงเป็นปัญหาลำดับรองในการดำเนินกระบวนการดังกล่าว ซึ่งต่างจากการดำเนินคดีอาญาที่เน้นการคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย และการปฏิบัติที่เหมาะสมกับผู้ต้องโทษ ข้อโต้แย้งต่าง ๆ จึงเกิดจากพื้นฐานของการหมิ่นเหม่ต่อการละเมิดสิทธิของจำเลยและผู้ต้องขังตามที่ได้มีข้อโต้แย้งข้างต้น แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มีพื้นฐานในการปฏิบัติที่ให้ความเคารพต่อความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน และสม่ำเสมอไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด และการบรรลุข้อตกลงต้องไม่อยู่ภายใต้การบังคับ แต่ต้องเป็นความสำนึกได้ของผู้กระทำความผิด⁷⁰

⁶⁹ แหล่งเดิม.

⁷⁰ แหล่งเดิม.

ส่วนข้อโต้แย้งว่า เป็นมาตรการที่นุ่มนวลเกินไปนั้น มีข้อแก้ไขว่าเพราะกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มิได้มุ่งที่การลงโทษแต่มุ่งการรักษาความสัมพันธ์ที่ดีและการเยียวยาทางจิตใจ ดังนั้น การที่ทั้งสองฝ่ายได้หันหน้ามาพูดคุยกันก็จะเป็วิธีทางในการสร้างรู้สึกที่ดี และการที่ผู้กระทำความผิดจะแสดงความเสียใจต่อการกระทำของตนนั้น ต้องถือว่าไม่ได้กระทำได้โดยง่าย

ส่วนเหตุผลว่าไม่อาจป้องปรามการกระทำความผิดได้นั้น มีข้อโต้แย้งว่าแม้มีการลงโทษหนัก เพื่อให้คนเกรงกลัวนั้นก็ไม่มีสถิติใดที่ระบุว่า ผู้กระทำความผิดจะเกรงกลัวไม่กล้ากลับมาทำอีก และบางครั้งก็หลบเลี่ยงการจับกุมหรือกระทำความผิดเพิ่มในเรือนจำได้ ในทางตรงกันข้าม การมีชุมชนหรือครอบครัวเข้ามาเกี่ยวข้องจะทำให้สังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการรับรู้และร่วมมือกันในการควบคุมมิให้กระทำความผิดซ้ำอีก

สำหรับเหตุผลในการใช้ผู้เสียหายเป็นประโยชน์กับผู้กระทำความผิดนั้น มีเหตุผลเกี่ยวกับความจริงกระบวนการนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายเอง และการยอมรับข้อเสนอของผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้เสียหายเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพราะการยอมรับข้อตกลงเป็นอำนาจการตัดสินใจของผู้เสียหายมิใช่ของจำเลย และผู้เสียหายมีสิทธิถอนตัวจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้หากเห็นว่าถูกใช้ประโยชน์โดยมิชอบ

ส่วนกรณีที่จะมีการใช้อิทธิพลในการกำหนดข้อตกลงนั้น⁷¹ สามารถแก้ไขได้โดยการจัดให้มีคำแนะนำหรือให้คำปรึกษาแก่ผู้ที่ยื่นข้อเสนอมิ่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย เพื่อให้สามารถตัดสินใจได้รอบด้าน หรืออาจใช้การตกลงโดยไม่ต้องเผชิญหน้ากันก็ได้ โดยใช้คนกลางประสาน

สำหรับสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรมที่มีที่ปรึกษากฎหมายนั้นมีความจำเป็นหากเป็นการสืบพยานเพื่อการต่อสู้คดี แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นการดำเนินการภายใต้หลักความเสมอภาค และการยอมรับ ดังนั้น ความจำเป็นที่จะให้มีทนายความคอยแก้ต่างจึงไม่จำเป็น

ปัญหาเรื่องการรุมลงทัณฑ์โดยชุมชนนั้น มีข้อแก้ตัวว่า การแก้แค้นในชุมชนมีอยู่เสมอแต่ไม่ถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เพราะบทบาทของชุมชนที่เข้ามาจะต้องมีความหมายแคบ ไม่ใช่ชุมชนเชิงภูมิศาสตร์ หรือสังคม ไม่ใช่ชุมชนที่ได้รับแต่งตั้งโดยตำแหน่งต่าง ๆ แต่เป็นกลุ่มคนที่มีความกังวลและห่วงใยต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ซึ่งจะเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหานี้ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขทางจิตใจหรืออื่น ๆ และบุคคลเหล่านี้อาจช่วย

⁷¹ แหล่งเดิม.

ป้องกันการกระทำความผิดในอนาคตได้ จึงไม่ใช่ชุมชนที่มีความเข้มแข็งหรือต้องการการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดอย่างสาสม

ประเด็นว่า 'ไม่อาจแก้ไขผู้กระทำความผิดโดยสันดานได้' กรณีนี้เป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการยุติธรรมแบบใดไม่อาจแก้ไขผู้กระทำความผิดได้ทุกกรณี เหมือนยาวิเศษในทุกเรื่อง ซึ่งแม้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จะแก้ไขไม่ได้ แต่ในกรณีอื่นก็ถือว่ากระบวนการนี้ได้เสนอวิธีการที่เป็นไปได้มากกว่ากระบวนการที่มีอยู่หรือไม่⁷²

สำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่เพิ่มขึ้น เพราะมีกระบวนการเพิ่มขึ้นและอาจไม่คุ้มค่ากับการดำเนินการในคดีเล็กน้อย ซึ่งมีข้อโต้แย้งว่า ไม่น่าจะมีค่าใช้จ่ายมากไปกว่าการดำเนินคดีในปัจจุบัน ซึ่งเป็นการดำเนินกระบวนการโดยปกติ แต่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไม่ได้มีข้อจำกัดว่า จะต้องกระทำในคดีเล็กน้อย อาจทำในคดีร้ายแรงด้วยหากมีการกลั่นกรองที่เหมาะสมจากการกระทำของเขา นอกจากนี้การปลอมประโลมของบุคคลในที่ประชุมมีผลต่อความรู้สึกที่ดีแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะกับเยาวชนที่กระทำความผิด และในการกำหนดวิธีการติดตามความประพฤติหรือกำหนดเงื่อนไขในการคุมประพฤติ จะต้องมีความร่วมมือระหว่างเจ้าพนักงานคุมประพฤติกับบุคคลในชุมชนที่จะช่วยกันทำงานเพื่อแก้ไขและฝึกอบรมผู้กระทำความผิด และอาจใช้เวลานานในการปรับปรุงหรือควบคุมความประพฤติเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนด

2.5.2 หลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญากับเด็กและเยาวชนในชั้นเจ้าพนักงาน

ในเรื่องบทบัญญัติของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์คดีเด็กและเยาวชนในประเทศไทยนั้น แบ่งได้เป็นสองประการ เนื่องจากไทยเองเคยนำวิธีการที่เรียกว่าการประชุมกลุ่มครอบครัวตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวมาบังคับใช้ระยะหนึ่งและต่อเมื่อปี พ.ศ. 2553 ได้เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขบางประการทั้งในเรื่องของชั้นอัตราโทษและเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4 เป็นลำดับต่อไป

กระทรวงยุติธรรม ซึ่งมีหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด โดยเฉพาะอันได้แก่ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งประสบปัญหาจากการที่มีเด็กและเยาวชนกระทำความผิดเมื่อถูกส่งเข้าสู่สถานพินิจเป็นจำนวนมากจนมีสภาพแออัดยัดเยียด

⁷² แหล่งเดิม.

(ประสบปัญหาเช่นเดียวกันกับกรมราชทัณฑ์ (ปัญหาคนล้นคุก) โดยมีจำนวนเด็กหรือเยาวชนเพิ่มมากขึ้นทุกปี ประกอบกับตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาสังคมมีทางเลือกในเชิงของมาตรการแบ่งเบาภาระคดีออกจากระบบงานยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนค่อนข้างน้อย จึงทำให้เกิดภาวะคดีล้นสถานพินิจเช่นเดียวกับเรือนจำหรือคุกผู้ใหญ่ คือมีเด็กและเยาวชนจำนวนมากที่ต้องเข้ารับการอบรมในสถานฝึกอบรมของสถานพินิจเกินกว่าที่จะสามารถแก้ไขฟื้นฟูได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นในเดือนพฤษภาคม 2546 กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจึงได้เริ่มนำโครงการการประชุมกลุ่มครอบครัว (Family group conferencing) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้กับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดเป็นครั้งแรก⁷³

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพ.ศ. 2534 มาตรา 63 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิด เมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาโดยคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ฐานะ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนและพฤติการณ์ต่าง ๆ แห่งคดีแล้ว เห็นว่าเด็กหรือเยาวชน อาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้องและเด็กหรือเยาวชนนั้นยินยอมที่จะอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจด้วยแล้ว ให้ผู้อำนวยการสถานพินิจแจ้งความเห็นไปยังพนักงานอัยการ ถ้าพนักงานอัยการเห็นชอบด้วย ให้มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นได้

คำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการนั้นให้เป็นที่สุด

การควบคุมเด็กหรือเยาวชนในสถานพินิจตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดเวลาตามที่ผู้อำนวยการสถานพินิจเห็นสมควรแต่ต้องไม่เกินสองปี”

บทบัญญัติมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินกว่าห้าปีขึ้นไป”

การนำมาตรา 63 มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้ คือ

1. เป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 5 ปี
2. เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้องคดี
3. เด็กหรือเยาวชนยินยอมที่จะต้องอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจไม่เกิน 2 ปี

หลักการตามมาตรา 63 นี้ให้อำนาจผู้อำนวยการสถานพินิจซึ่งเป็นสถานที่รับตัวเด็กซึ่งต้องหาว่า กระทำความผิดจากพนักงานสอบสวนเข้ามาอยู่ในความดูแล มีความใกล้ชิดกับเยาวชนได้

⁷³ กระบวนการยุติธรรมของเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด (คุณฉวีนิพนธ์ปริญญาหมอบัณฑิต) (น. 34-35). เล่มเดิม.

พิจารณาจากรายงานการสืบเสาะซึ่งได้จัดทำขึ้นโดย พนักงานคุมประพฤติตามมาตรา 55 ได้รับทราบประวัติ ความประพฤติ นิสัยใจคอเด็กหรือเยาวชนผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดโดยถือเป็นหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่มีความใกล้ชิดกับเด็กหรือเยาวชนมากที่สุด หากผู้อำนวยการสถานพินิจได้พิจารณาแล้วเห็นว่ากระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนนั้นเกิดจากความลึกลับ คบถอง ขาดความยั้งคิด หรือกระทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์⁷⁴ เพราะความเขว้ว้าย ขาดวุฒิภาวะทางอารมณ์หรือจิตใจ มิได้เป็นผู้กระทำความผิดเพราะจิตใจชั่วร้ายเป็นสันดานและเห็นว่าเด็กหรือเยาวชน ผู้ต้องหาว่าเป็นผู้กระทำความผิด สามารถกลับตัวเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง และเด็กหรือเยาวชนนั้นยินยอมอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจแล้ว

นายวันชัย รุจนวงศ์ อธิบดีกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนให้ข้อมูลต่อในการสัมมนามาตรฐานของ UN: หัวข้อปีของการสร้างมาตรฐานในการป้องกันอาชญากรรมและความยุติธรรมทางอาญา จัดโดยสำนักงานอัยการสูงสุด เมื่อวันที่ 24-25 มิถุนายน 2547 ว่า “การให้โอกาสแก่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดโดยการสั่งไม่ฟ้องนั้น ไม่ใช่เพียงการให้อภัยแก่ความผิดพลาดเพียงอย่างเดียวยังมุ่งหวังให้เด็กและเยาวชนกลับตนเป็นคนดีมิให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก เพื่อระคับประคองให้เด็กหรือเยาวชนที่มีปัญหาได้ผ่านพ้นภาวะวิกฤตแห่งชีวิตไปได้ โดยหลักการดังกล่าวได้ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 29 ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หากผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาวะต่าง ๆ แล้วเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้องก็ให้เสนอความเห็นดังกล่าวไปยังพนักงานอัยการ และถ้าพนักงานอัยการเห็นด้วยก็ให้มิคำสั่งไม่ฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นได้ แม้กฎหมายดังกล่าวจะถูกยกเลิกและมาใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 หลักการแห่งกฎหมายดังกล่าวยังคงมีบัญญัติในมาตรา 63”

ข้อมูลจากกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ระบุต่อไปว่า บทบัญญัติดังกล่าวแม้จะเป็นหลักการที่ดี แต่ก็ยังมีปัญหาบางประการไม่อาจนำไปปฏิบัติได้ในช่วงแรก เพราะยังไม่มีกระบวนการใดที่จะทำให้แน่ใจได้ว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นกลับตนเป็นคนดีได้จริง จนกระทั่งเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2545 ความรู้เรื่องกระบวนการยุติธรรมทางเลือกและการประชุมกลุ่มครอบครัวเริ่มเป็นที่รู้จัก ซึ่งผู้ปฏิบัติงานก็เห็นว่าหากได้นำการประชุมกลุ่มครอบครัวมาใช้ร่วมกันกับการเสนอความเห็น ว่า เด็กหรือเยาวชนสามารถกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้องก็น่าจะเป็นการแก้ไขเด็กหรือเยาวชนได้ระดับหนึ่ง รวมทั้งสามารถป้องกันมิให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก ดังนั้น กรมพินิจและ

⁷⁴ แหล่งเดิม.

คุ้มครองเด็กและเยาวชนจึงได้แจ้งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจทุกแห่งเริ่มดำเนินการเพื่อเสนอความเห็นตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 แต่กำหนดให้ดำเนินการได้ในความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทก่อนซึ่งต่อมาขยายการบังคับใช้เป็นโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

หลังจากที่มีการบังคับใช้การประชุมกลุ่มครอบครัวหรือที่เรียกอย่างสากลว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์สำหรับเด็กและเยาวชน ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้⁷⁵ คือ โดยที่ปัจจุบันได้มีการแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม โดยมีสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ และกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวงยุติธรรม สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวให้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่และโครงสร้างใหม่ ประกอบกับสมควรปรับปรุงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิ สวัสดิภาพ และวิธีปฏิบัติต่อเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว รวมทั้งในส่วนของการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัว เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

คำว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา นั้นเป็นชื่อเรียกที่อาจยังไม่คุ้นชินนัก ซึ่งมีการนำมาใช้กับการดำเนินคดีในประเทศไทยและบัญญัติไว้ในหมวด 7 มาตรา 86 ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ถ้าปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดี เมื่อคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพฐานะ และเหตุแห่งการกระทำความผิดแล้ว หากผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง ให้จัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติ และหากจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนอาจกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติด้วยก็ได้ ทั้งนี้

⁷⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

เพื่อแก้ไขปรับเปลี่ยนความประพฤติกของเด็กหรือเยาวชน บรรเทา ทดแทน หรือชดเชยความเสียหาย แก่ผู้เสียหายหรือเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนและสังคม แล้วเสนอความเห็นประกอบแผน แก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา ทั้งนี้ การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนด้วย เมื่อพนักงานอัยการได้รับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู และความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจตามวรรคหนึ่งแล้ว หากมีข้อสงสัยอาจสอบถาม ผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาได้ ถ้าพนักงานอัยการ ไม่เห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ให้ส่งแก้ไขแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือส่งดำเนินคดีต่อไป และให้ผู้อำนวยการสถานพินิจแจ้งคำสั่งของพนักงานอัยการ ให้พนักงานสอบสวนและผู้ที่เกี่ยวข้อง ทราบ หากพนักงานอัยการเห็นว่าแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือ เยาวชนแล้วเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมให้พนักงานอัยการเห็นชอบกับแผนดังกล่าวและให้มีการดำเนินการตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูดังกล่าวได้ทันทีพร้อมทั้งให้รายงานให้ศาลทราบในกรณีที่ ปรากฏข้อเท็จจริงแก่ศาลว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร”

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงแยกหลักเกณฑ์การที่พนักงานอัยการจะสามารถใช้มาตรการ พิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้ดังนี้

- 1) คดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม
- 2) เด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ
- 3) เด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดี
- 4) ผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้ โดยไม่ต้องฟ้องให้เสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา โดยการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชน

นอกจากนี้ยังมีมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาอีกส่วนหนึ่งซึ่งบัญญัติไว้ ตามมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด อาญาซึ่งมีอัตราโทษ อย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินยี่สิบปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับ ด้วยหรือไม่ก็ตาม ถ้าปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้ จำคุกมาก่อน เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ก่อนมีคำพิพากษา หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำและผู้เสียหายยินยอมและโจทก์ไม่คัดค้าน เมื่อข้อเท็จจริง

ปรากฏว่าพฤติกรรมแห่งคดีไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินสมควร และศาลเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนอาจกลับตนเป็นคนดีได้ และผู้เสียหายอาจได้รับการชดเชยเยียวยาตามสมควรหากนำวิธีจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ซึ่งเป็นประโยชน์ต่ออนาคตของเด็กหรือเยาวชนและต่อผู้เสียหายมากกว่าการพิจารณาพิพากษา ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควรจัดให้มีการดำเนินการเพื่อจัดทำแผนดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขให้เด็กหรือเยาวชน บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติ แล้วเสนอต่อศาลเพื่อพิจารณาภายในสามสิบวัน นับแต่ที่ศาลมีคำสั่ง หากศาลเห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้ดำเนินการตามนั้นและให้มีคำสั่ง จำหน่ายคดีไว้ชั่วคราว หากศาลไม่เห็นชอบ ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

มาตรา 91 การประชุมผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรา 90 ให้ผู้อำนวยการสถานพินิจ หรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควรเป็นผู้ประสานการประชุม โดยให้มีผู้เข้าร่วมประชุมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 87 ทั้งนี้ พนักงานอัยการจะเข้าร่วมประชุมด้วยก็ได้ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรา 90 ให้เป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

โดยสรุป มาตรา 90 แยกหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

- 1) คดีอาญาซึ่งมีโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินยี่สิบปี
- 2) เด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุก โฉนดคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ประมาทหรือลหุโทษ
- 3) หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำและผู้เสียหายยินยอม
- 4) โจทก์ไม่คัดค้าน
- 5) ข้อเท็จจริงปรากฏว่าพฤติกรรมแห่งคดีไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินสมควร
- 6) ศาลเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนอาจกลับตัวเป็นคนดีได้
- 7) ผู้เสียหายอาจได้รับการชดเชยเยียวยาตามสมควร
- 8) หากทำวิธีจัดทำแผนแก้ไขเยาวชนอาจกลับตัวเป็นคนดีได้
- 9) ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจ หรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควรจัดให้มีการดำเนินการเพื่อจัดทำแผนดังกล่าว โดยมีเงื่อนไข ให้เด็กหรือเยาวชน บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติเสนอต่อศาลภายใน ๕๐ วัน หากศาลเห็นชอบ ให้จำหน่ายคดีไว้ชั่วคราว แล้วดำเนินการตามแผนฟื้นฟู เมื่อครบถ้วนให้ศาลสั่งจำหน่ายคดีและให้สิทธินำคดีมาฟ้องเป็นอันระงับหากไม่เห็นชอบก็ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

จากหลักเกณฑ์การใช้มาตรการพิเศษทั้งตามมาตรา 86 และมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 เป็นลำดับต่อไป ทั้งปัญหาการบังคับใช้กฎหมายและในทางทฤษฎีของการบริหารงานยุติธรรมในคดีเด็กและเยาวชน

2.5.3 บทบาทของพนักงานอัยการกับอำนาจในการยุติคดีเด็กและเยาวชนในชั้นพนักงานอัยการ จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงแยกหลักเกณฑ์การที่พนักงานอัยการจะสามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้ดังนี้

- 1) คดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม
- 2) เด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ
- 3) เด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดี
- 4) ผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้องให้เสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา โดยการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชน

บทที่ 3

หลักการในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา ในชั้นพนักงานอัยการในประเทศแคนาดาและประเทศสวีเดน

กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นใช้มาตั้งแต่ในอดีต มุ่งเน้นการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จึงเป็นเหตุให้คดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลและค้างค้ำ อยู่ในสารบบเป็นจำนวนมาก เกิดความล่าช้าและไม่เหมาะสมกับคดีบางประเภท เช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนซึ่งตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้บัญญัติไว้ว่า เด็กที่กระทำความผิดจะได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้าจากหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการ⁷⁶ ดังนั้น ในหลาย ๆ ประเทศเมื่อคำนึงถึงสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ได้รับความคุ้มครองจึงได้มีการกำหนด มาตรการทางเลือกแทนการดำเนินคดีอาญาอย่างเต็มรูปแบบ⁷⁷ ไม่ว่าจะเป็นการให้อำนาจกับ เจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการใช้ดุลยพินิจระงับคดี หรือใช้วิธีการสมานฉันท์ระหว่างคู่ความซึ่ง ล้วนแล้ว แต่เป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงและได้รับความยุติธรรมอย่าง เหมาะสมลดปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาล ลดระยะเวลาและภาระค่าใช้จ่ายทั้งของรัฐและประชาชน ตลอดจนยุติความขัดแย้งและสร้างความสมานฉันท์ปรองดองให้เกิดขึ้นในสังคม

ในลำดับต่อไปนี้ผู้ศึกษาวิจัยจะทำการศึกษากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ใน รูปแบบของประหมกลุ่มครอบครัว (Family Group Conferencing) ที่มีการใช้ในต่างประเทศและ กระบวนการยุติธรรมสมานฉันท์ในรูปแบบที่ใกล้เคียง อันได้แก่

3.1 ประเทศแคนาดา

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในประเทศแคนาดามีรากฐานจากวัฒนธรรมของ ชนพื้นเมือง (Aboriginal culture) ความศรัทธาของชุมชน และหน่วยงานที่ไม่ใช่องค์กรของรัฐ ที่ได้ นำมาประยุกต์ใช้ทั่วประเทศแคนาดากับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและผู้ใหญ่ในคดีอาญาเล็กน้อยหรือ

⁷⁶ Convention on the Rights of the Child Article 40.2(b)(iii). Op.cit.

⁷⁷ วิภาส สรรักษ์. (2554). ผู้เสียหายกับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553. สืบค้นเมื่อ 12 ตุลาคม 2555, จาก www.srk-ju.ago.go.th/Ar6.pdf

รุนแรงในทุกชั้นตอนทั้งก่อนและหลังชั้นศาล ในช่วงปี ค.ศ. 1990 The National Associations Active in Criminal Justice ซึ่งเป็นองค์กรที่รวมหน่วยงานด้านอาญาภาครัฐและเอกชนจำนวน 20 แห่ง ได้จัดทำข้อมูลเอกสารที่ส่งเสริมการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ซึ่งถือเป็นความรับผิดชอบของสังคมสู่การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีอยู่แล้วให้เหมาะสม

3.1.1 แนวคิดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ

โครงการแก้ปัญหาระหว่างผู้กระทำผิดและผู้เสียหาย (Victim Offender Resolutions Programme- VORP) เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศแคนาดาเมื่อปี ค.ศ. 1974 ที่เมือง Kitchener รัฐ Ontario ซึ่งเป็นการพบเผชิญหน้าระหว่างผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และชุมชนเพื่อให้ได้ข้อมูลในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สามารถปรับใช้ได้ตลอดกระบวนการ และช่วยแก้ปัญหาที่เน้นการไกล่เกลี่ยประนีประนอมมากกว่าการปรับหรือการลงโทษ และในปีเดียวกัน The Church Council on Justice and Corrections ที่เป็นการรวมตัวกันของโบสถ์ 11 แห่ง ได้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไปใช้ The Mennonite Central Committee ก็ได้แนะนำโครงการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (Victim Offender Mediation) ไปใช้ในศาลด้วย⁷⁸ นอกจากนี้ The Royal Canadian Mounted Police (RCMP) ได้ใช้โครงการประชุมกลุ่มครอบครัว (Family Group Conferencing - FGC) ในคดีอาญาที่ไม่รุนแรงที่เกิดจากการกระทำความผิดของเยาวชนที่เรียกว่า “Community Justice Forums”

เจ้าหน้าที่ตำรวจมีบทบาทสำคัญในการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นมาตรการทางเลือกก่อนที่จะดำเนินคดีผู้กระทำความผิด หรือหลังจากที่ฟ้องร้องแล้วเพื่อชะลอการดำเนินคดีโดยการนำมาตรการทางเลือกมาใช้กับผู้กระทำความผิดเมื่อทุกฝ่ายตกลงยินยอมใช้มาตรการดังกล่าว หรือในขั้นตอนเกี่ยวกับการพิพากษาลงโทษ ผู้พิพากษาอาจจะใช้โครงการประชุมเพื่อลงโทษ (Circle Sentencing) ในการกำหนดโทษที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงปัจจัยการลงโทษ หลักในการลงโทษ และมาตรการลงโทษอย่างอื่นที่ไม่ใช่โทษจำคุก ตามมาตรา 718 (2) (e) (f) Part XXII ของ The Canadian Criminal Code 1996 โดยเฉพาะในกรณีของคนพื้นเมือง (Canada's Aboriginal People) ได้กระทำความผิดรุนแรง ศาลสูงสุดของแคนาดาได้รับรองแนวปฏิบัติตามโครงการประชุมเพื่อลงโทษ (Circle Sentencing) มาใช้กับคนกลุ่มนี้ด้วย

ในคดีที่เป็นการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน มาตรา 2 และมาตรา 4 ของ The Young Offender Act (1985) รวมถึงมาตรา 5 ของ The Youth Criminal Justice Act 2003 ได้บัญญัติ

⁷⁸ Robert B.Cormier. Op.cit. p. 3 และอ้างอิงใน การนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้ในคดีเด็กและเยาวชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 70-89). เล่มเดิม.

ให้ใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นมาตรการทางเลือกแทนกระบวนการทางศาล นอกจากนี้ ยังมีการใช้โครงการประชุมเยาวชน (Youth conference program) ภายใต้บทบัญญัติของพิธีสาร The Canadian Nova Scotia Restorative Justice (NSRJ) Restorative Justice Protocol เพื่อใช้กับผู้กระทำผิดที่เป็นเยาวชนตามหลัก “การยอมรับในความรับผิดชอบ”⁷⁹ (Acceptance of Responsibility)” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับมาตรา 717 (1) ของ The Canadian Criminal Code 1985 มาตรา 10 (1) ของ The Youth Criminal Justice Act 2003 และมาตรา 10 ของ Nova Scotia Youth Justice Act 2001

ในการดำเนินการตามโครงการทั้งการประชุมครอบครัว การประชุมล้อมวงลงโทษ หรือการประนีประนอมระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย จะต้องเป็นการเข้าร่วมโครงการโดยสมัครใจ มีข้อตกลงที่ชัดเจนร่วมกัน สามารถถอนตัวจากโครงการในขั้นตอนใดก็ได้ มีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือทางกฎหมายในทุกขั้นตอน ต้องสร้างความมั่นใจและความปลอดภัยแก่ทุกฝ่าย ผลการดำเนินการ โครงการจะนำไปใช้เป็นพยานในชั้นศาลไม่ได้ และจะต้องมีการประเมินผลโครงการสม่ำเสมอเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามระบบและบรรลุวัตถุประสงค์

ประเทศแคนาดาได้นำโครงการประชุม Wagga Wagga ของประเทศออสเตรเลียมาใช้กับคนพื้นเมืองในแคนาดา (Canada First Nation People) ด้วย แต่เนื่องจากประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ประกอบด้วยหลายมลรัฐ แต่ละมลรัฐใช้กระบวนการยุติธรรมสมานฉันท์แตกต่างกันไป เช่น

รัฐ Alberta เมืองหลวงคือ Edmonton มีโครงการการประชุมของชุมชน (Community Conferencing Programme) ที่เยาวชนผู้กระทำความผิดจะไม่ถูกดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม แต่จะมีบุคลากรที่ผ่านการฝึกอบรมช่วยไกล่เกลี่ยประนีประนอมข้อพิพาทและมีทักษะการสื่อสารเป็นอย่างดีช่วยโน้มน้าวให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดได้แสดงความรู้สึกในสิ่งที่เกิดขึ้น หาข้อสรุปเพื่อชดเชยและเยียวยาผลจากการกระทำความผิดนั้น และจะกำหนดโทษโดยการกล่าวคำขอโทษรวมถึงการลงนามในสัญญาที่กำหนดกิจกรรมต่าง ๆ ที่เป็นการช่วยเหลือชุมชนและผู้เสียหาย ซึ่งจะมีหลายฝ่ายเกี่ยวข้องกับโครงการประชุม ตั้งแต่ผู้เสียหาย ผู้กระทำผิด ครอบครัว เจ้าหน้าที่ตำรวจ และองค์กรต่าง ๆ ในชุมชนที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชน นอกจากนี้ยังมีโครงการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (The Victim Offender Mediation (VOM)) โดย The Mediation ad Restorative Justice Centre (MRJC) เป็นการประชุมเสวนาคติการกระทำผิดเด็กและความรุนแรงในครอบครัวตั้งแต่ปี ค.ศ. 1998 ซึ่งค่อนข้างใช้เวลาในการเตรียมการ

⁷⁹ Ibid. p. 36.

ประชุม การประชุมมักจัดขึ้นมากกว่า 1 ครั้ง (5-7 ครั้ง โดยเฉลี่ย) และความสามารถของผู้อำนวยความสะดวก (Facilitator) ในการดำเนินโครงการในช่วงประชุมเป็นเรื่องสำคัญ ซึ่งจะต้องเกิดจากความสมัครใจและเสียสละ ผ่านการฝึกอบรมด้าน Restorative Justice เป็นอย่างดี มีความพร้อมและประสบการณ์ ต้องเตรียมข้อมูลครบถ้วน ต้องสร้างความเชื่อมั่น ลดความกดดันและความหวาดกลัวแก่ทุกฝ่ายสำหรับงบประมาณการพัฒนากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ของรัฐ Alberta จะมี Alberta Community Restorative Justice (ACRJ) Grant Program ร่วมกับองค์กรต่าง ๆ เป็นแหล่งทุนให้การสนับสนุนโครงการต่าง ๆ ประมาณปีละ \$350,000

รัฐ Yukon ใช้โครงการ Circle Sentencing เป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีที่เยาวชนเป็นผู้กระทำผิด เริ่มใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1992 ในเมือง Whitehorse โดย Yukon Territorial Court ในคดี Philip Moses ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้เป็นมาตรการทางเลือกกับทั้งเด็กและผู้ใหญ่ซึ่งส่วนมากจะใช้กับผู้กระทำผิดที่เป็นคนพื้นเมือง

Circle Sentencing เป็นการนั่งล้อมวงประชุมร่วมกันระหว่างประธานในที่ประชุมซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับนับถือในชุมชนนั้นหรือเป็นผู้ที่ศาลคัดเลือก กับคนในชุมชนอีก 15-50 คน เริ่มจากการแนะนำตัวเอง อ่านข้อกล่าวหา พนักงานอัยการและทนายจำเลยจะแถลงเปิดคดีสั้น ๆ จากนั้นจะเริ่มการประชุมใช้เวลา 2-8 ชั่วโมง และอาจแบ่งการประชุมออกเป็น 2 ครั้ง ในท้ายการประชุมครั้งแรก ผู้กระทำผิดจะได้รับข้อเสนอให้กลับไปปฏิบัติตามมติที่ให้ไว้ก่อนที่จะมีการประชุมครั้งสุดท้ายในอีกหลายสัปดาห์หรือหลายเดือนต่อมาเพื่อทบทวนและติดตามดูพฤติกรรมของผู้กระทำผิด จากนั้นศาลจะกำหนดโทษให้สอดคล้องกับมติของที่ประชุม หลังการประชุมจะมีการติดตามตรวจสอบผู้กระทำผิดโดยที่ประชุม เจ้าหน้าที่คุมประพฤติ และ The Justice Committee ของชุมชน ทั้งนี้ รูปแบบของ Circle Sentencing มีความหลากหลายแตกต่างกันไปในแต่ละชุมชนของรัฐ Yukon ที่จะพัฒนากระบวนการเป็นของตนเอง นับเป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่สร้างความสัมพันธ์อันดีกับทุกฝ่ายในระบบยุติธรรม ได้แก่ ผู้พิพากษา ทนายความ พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ผู้เสียหายและครอบครัว ผู้กระทำผิดและครอบครัว และคนในชุมชน เพื่ออภิปรายและมีมติสอดคล้องร่วมกันในการหาหนทางที่ดีที่สุดในการจัดการกับคดี ซึ่งมาตรการทางเลือกนี้อาจจะใช้กับผู้กระทำผิดที่อยู่ในระหว่างถูกควบคุมตัวก็ได้ และที่ประชุมสามารถมีมติโดยที่ผู้เสียหายไม่อยู่ในที่ประชุมก็ได้ เนื่องจากเป้าหมายของ Circle Sentencing อยู่ที่การปกป้องชุมชนและให้ผู้กระทำผิดปรับตัวใหม่เป็นคนดี ในกรณีที่ที่ประชุมไม่สามารถมีมติสอดคล้องร่วมกัน ศาลอาจจะเลื่อนการตัดสินคดีเพื่อหาข้อมูลเพิ่มเติมหรือให้ที่ประชุมหาวิธีการอื่นที่ดี ซึ่งการหามติร่วมในที่ประชุมไม่ได้ไม่ใช่เป็นความล้มเหลวเพราะข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้นั้นศาลสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการจัดทำคำพิพากษาในคดีได้

อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของนักการเมืองแคนาดาเห็นว่ายังมีปัญหาและอุปสรรคของการใช้ Circle Sentencing เพราะไม่มั่นใจในประสิทธิภาพที่จะส่งผลถึงการลดอัตราการเกิดอาชญากรรม และในความเห็นของสาธารณะเห็นว่าการใช้ Circle Sentencing ของศาลนั้นเป็นการลงโทษที่น้อยเกินไปไม่สามารถเพิ่มความปลอดภัยในสังคมได้เพราะสาธารณะต้องการเห็นบทลงโทษที่รุนแรงมากกว่า

การคุ้มครองสิทธิในประเทศแคนาดานอกจากสิทธิตามรัฐธรรมนูญแล้วยังมีแนวนโยบายตามกฎหมาย Youth Criminal Justice Act (YCJA 2007) ยังได้กำหนดแนวทางการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดไว้ในมาตรา 3 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันอาชญากรรมที่เกิดจากการกระทำความผิดของเยาวชนซึ่งเน้นการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดอันเกิดจากการยอมรับผิดและสำนึกในการกระทำของผู้กระทำความผิดเอง การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ต้องเป็นไปอย่างรวดเร็วไม่ชักช้าและเป็นธรรม เคารพถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่แบ่งเพศ เชื้อชาติ วัฒนธรรม และภาษา การกระทำของรัฐต่อผู้ต้องหาที่เป็นเยาวชนจะต้องเป็นไปเพื่อการพัฒนาเยาวชน ครอบครัว และชุมชน ดังนั้นผู้กระทำความผิดที่เป็นเยาวชนจึงควรทราบถึงสิ่งที่จะเกิดกับตน รวมตลอดไปถึงสิทธิต่าง ๆ โดยไม่มีการปิดบังจากหน่วยงานภาครัฐ การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดต้องไม่ปฏิบัติเปรียบเสมือนว่าบุคคลดังกล่าวเป็นอาชญากรและต้องแยกการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนกับผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ มุ่งเน้นการช่วยเหลือและพัฒนาพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเพื่อให้พร้อมสำหรับการกลับคืนสู่สังคม ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเริ่มมาเห็นผลในปี ค.ศ. 2007 หลังจากมีการบังคับใช้กฎหมาย Youth Criminal Justice Act (YCJA) มาแล้ว 4 ปี มาตรการดังกล่าวช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลได้เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะคดีความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ อันเป็นการลดปริมาณผู้ที่ต้องรับโทษจำคุก⁸⁰

แนวนโยบายของกฎหมาย Youth Criminal Justice Act (YCJA) มีที่มาจาก

1. ประชาชนในสังคมต้องมีส่วนร่วมในการพัฒนาเด็กและเยาวชน เพื่อตอบสนองความต้องการของเด็กและเยาวชน รวมตลอดไปถึงการให้คำแนะนำแก่เด็กและเยาวชน
2. ชุมชน พ่อแม่ และครอบครัวของเด็กและเยาวชนจะต้องมีวิธีการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันอาชญากรรมอันเกิดจากเยาวชนและให้คำแนะนำแก่ผู้ที่มีความเสี่ยงต่อการกระทำความผิด
3. ข้อมูลของผู้กระทำความผิดที่เป็นเยาวชน ควรจะมีการเผยแพร่ในส่วนของวิธีการจัดการหรือมาตรการที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด

⁸⁰ Makarenko Jay. Op.cit. p.1.

4. แคนาดาเป็นคู่สัญญากับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็กโดยตระหนักว่าเด็กและเยาวชนมีสิทธิและเสรีภาพรวมถึงผู้ที่ระบุไว้ในกฎบัตรของแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการพิเศษ และ

5. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนจะต้องเคารพถึงผลประโยชน์ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ส่งเสริมความรับผิดชอบและสร้างความมั่นใจให้แก่สังคมโดยการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดพร้อมกับส่งตัวผู้กระทำความผิดที่ได้รับการแก้ไขแล้วให้กลับคืนสู่สังคม หลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกแก่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดไม่ร้ายแรงและลดการพึ่งพากระบวนการยุติธรรมทางอาญา

3.1.2 รูปแบบของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ

ในประเทศแคนาดารัฐบาลกลางได้มอบอำนาจให้แก่รัฐทำการออกกฎหมายภายในใช้เองได้ เพื่อประโยชน์สูงสุดให้แก่ผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายเยาวชนแต่ละพื้นที่ของประเทศแคนาดา⁸¹ เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมาย Youth Criminal Justice Act (YCJA 2003) ซึ่งจะมีผลให้พนักงานอัยการสูงสุดมีอำนาจในการออกกฎระเบียบภายในอันเกี่ยวกับมาตรการต่าง ๆ ที่ใช้กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเยาวชน เช่น บัญญัติกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปฏิบัติต่อเยาวชนที่กระทำความผิดเรียกว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นสอบสวน (Extrajudicial measures)⁸² ซึ่งเป็นมาตรการที่ให้อำนาจกับเจ้าหน้าที่ตำรวจในการใช้ดุลยพินิจจัดการต่อผู้กระทำความผิด และในส่วนของบทบาทของพนักงานอัยการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศแคนาดา นอกจากจะทำการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดอาญาแทนรัฐซึ่งเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ⁸³ พนักงานอัยการถือได้ว่าเป็นทนายความแผ่นดินทำหน้าที่ในการดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดต่อศาล ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าพนักงานอัยการเป็นผู้ที่มีบทบาทและหน้าที่อย่างมากในการดำเนินคดีอาญาทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเด็กและเยาวชน พนักงานอัยการยังได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดโดยกฎหมายของรัฐบาลกลางให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการ

⁸¹ แคนาดาเป็นสหพันธรัฐที่ประกอบด้วย 10 รัฐ (Provinces) และ 3 ดินแดน (Territories) ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างรัฐกับดินแดนคือ รัฐของแคนาดาได้รับมอบอำนาจจากบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยตรง ขณะที่ดินแดนของแคนาดาจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายของสหพันธรัฐ ดังนั้น รัฐบาลสหพันธรัฐจึงมีอำนาจโดยตรงในการควบคุมดูแลดินแดน ส่วนรัฐบาลของรัฐนั้นจะมีอำนาจและสิทธิในการปกครองตนเองมากกว่า Wikipedia. (2012). "Canada." p.1.

⁸² Youth Criminal Justice Act (YCJA) WARNINGS, CAUTIONS AND REFERRALS (Police cautions) section 7.

⁸³ From *Criminal law of Canada*. (p. 1), by Wikipedia, 2012.

ดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ (Extrajudicial sanction) ซึ่งเป็นมาตรการที่ให้อำนาจกับพนักงานอัยการในการใช้ดุลยพินิจจัดการต่อผู้กระทำความผิดแทนการนำคดีไปฟ้องศาล เป็นต้น การใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการในส่วนการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา (Extrajudicial sanction) พนักงานอัยการได้รับรายงาน⁸⁴ จากเจ้าหน้าที่ตำรวจ⁸⁵ และเห็นว่าเยาวชนสามารถจะกลับตัวเป็นคนดีได้ ขั้นตอนต่อมาพนักงานอัยการจะใช้วิธีการกำหนดโปรแกรมให้กับเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิดปฏิบัติ อันจะเป็นการช่นระยะเวลาและทำให้การดำเนินคดีเกิดความรวดเร็วยิ่งขึ้น⁸⁶ การใช้มาตรการพิเศษจะต้องเกิดจากความสมัครใจของผู้กระทำความผิดและยอมรับว่าตนเป็นผู้กระทำความผิดจริง และการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ (Extrajudicial sanction) จะต้องไม่เป็นการบังคับให้ผู้กระทำความผิดหรือต้องหาว่ากระทำความผิดจำยอมต้องใช้มาตรการดังกล่าว เพื่อให้คดีของตนเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว ดังนั้นผู้กระทำความผิดสามารถปฏิเสธการใช้มาตรการดังกล่าวได้ถ้าไม่สมัครใจเข้าร่วมโปรแกรมที่พนักงานอัยการจัดไว้ให้ หรือปฏิเสธว่าตนไม่ใช่ผู้กระทำความผิดและพร้อมที่จะไปสู้คดีในศาลเยาวชนต่อไปได้⁸⁷

พนักงานอัยการสามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา (Extrajudicial sanction) ได้โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของโปรแกรมการลงโทษซึ่งได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจากอัยการสูงสุดหรือผู้มีอำนาจทำการแทน เมื่อเห็นว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอในการฟ้องร้องดำเนินคดีในความผิดนั้นและคดียังไม่ขาดอายุความฟ้องร้อง⁸⁸ ซึ่งเมื่อรับการพิจารณาแล้วว่าเป็น

⁸⁴ ในกรณีผู้ต้องที่กระทำความผิดและไม่สามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นสอบสวน (extrajudicial measures) ได้.

⁸⁵ Department of Justice Canada. (2011). *Crown Decision-Making Under the Youth Criminal Justice Act*. Retrieved June 22, 2012, from http://www.justice.gc.ca/eng/pi/yj-jj/res-rech/moyer_basic/decision/p4.html

⁸⁶ From *A Legal Guide to Your Rights and Responsibilities For People Under 18* (p. 1), by Know Your Rights, 2004.

⁸⁷ Youth Criminal Justice Act (YCJA) EXTRAJUDICIAL SANCTIONS section 10 (3) An extrajudicial sanction may not be used in respect of a young person who

- (a) denies participation or involvement in the commission of the offence; or
- (b) expresses the wish to have the charge dealt with by a youth justice court.

⁸⁸ Youth Criminal Justice Act (YCJA) EXTRAJUDICIAL SANCTIONS section 10 (2) An extrajudicial sanction may be used only if

มาตรการที่เหมาะสมและน่าสนใจ โดยได้คำนึงถึงความต้องการของเยาวชนและประโยชน์ของสังคมเป็นสำคัญ ผู้กระทำความผิดหรือต้องหาว่ากระทำความผิดต้องสมัครใจที่จะใช้มาตรการดังกล่าว โดยแสดงความรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดของตนหรือดเว้นการกระทำที่เป็นเหตุของการกระทำความผิดที่ตนถูกกล่าวหา และก่อนการใช้มาตรการดังกล่าวผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับแจ้งถึงสิทธิของตนในการได้รับคำปรึกษาจากทนายความ

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นสอบสวน (Extrajudicial measures) ตามกฎหมาย Youth Criminal Justice Act (YCJA) หมายถึง มาตรการที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจและให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นวิธีการที่ดีที่สุดสำหรับเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิด มาตรการนี้จะถูกใช้ภายใต้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยพิจารณาจากฐานความผิดที่ไม่รุนแรง และมีโทษไม่มากประกอบกับจะต้องเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกจึงจะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นสอบสวน (Extrajudicial measures) ได้ จุดเด่นของมาตรการนี้คือ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลยพินิจมอบตัวผู้กระทำความผิดให้แก่ชุมชนเพื่อทำการแก้ไข บำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้ทันที ซึ่งในแต่ละชุมชนจะมีอาสาสมัครคอยให้ความช่วยเหลือ และให้คำปรึกษาแก่ผู้กระทำความผิด หรือมอบตัวผู้กระทำความผิดให้กับสำนักงานสวัสดิการ

(a) it is part of a program of sanctions that may be authorized by the Attorney General or authorized by a person, or a member of a class of persons, designated by the lieutenant governor in council of the province;

(b) the person who is considering whether to use the extrajudicial sanction is satisfied that it would be appropriate, having regard to the needs of the young person and the interests of society;

(c) the young person, having been informed of the extrajudicial sanction, fully and freely consents to be subject to it;

(d) the young person has, before consenting to be subject to the extrajudicial sanction, been advised of his or her right to be represented by counsel and been given a reasonable opportunity to consult with counsel;

(e) the young person accepts responsibility for the act or omission that forms the basis of the offence that he or she is alleged to have committed;

(f) there is, in the opinion of the Attorney General, sufficient evidence to proceed with the prosecution of the offence; and

(g) the prosecution of the offence is not in any way barred at law.

สังคม หรือคณะกรรมการยุติธรรมสำหรับเยาวชน⁸⁹ คล้ายพินิจดังกล่าวเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ใช้แล้ว จะต้องทำเป็นหนังสือส่งต่อไปยังพนักงานอัยการเพื่อทำการตรวจสอบคลุยพินิจต่อไป

นอกจากพนักงานอัยการจะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ยังสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้เช่นกัน กล่าวคือตามกฎหมาย Youth Criminal Justice Act (YCJA) มาตรา 6 (1) ของประเทศแคนาดาได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการดังนี้ ต่อเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิด โดยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจพิจารณาว่าจะเป็นการเพียงพอหรือไม่ เมื่อคำนึงถึงหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 4⁹⁰ เพื่อจะไม่ดำเนินคดีอย่างเป็นทางการต่อไปและเลือกที่จะจัดทำโปรแกรมภายใต้อำนาจตามมาตรา 7⁹¹ ด้วยความยินยอมของเยาวชนให้ส่งตัวเยาวชนไปเข้าโปรแกรมหรือไปยังหน่วยงานในชุมชนที่จะช่วยเหลือเยาวชนไม่ให้กระทำความผิดอีกได้

การพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและประวัติการกระทำความผิดที่ผ่านมา หรือเหตุการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้มีความร้ายแรงยิ่งขึ้น

การพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและประวัติการกระทำความผิดที่ผ่านมา หรือเหตุการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้มีความร้ายแรงยิ่งขึ้น พิจารณาดังนี้

⁸⁹ From *Youth and the Law/Introduction* (p. 1), by Canadian Legal FAQs, 2009.

⁹⁰ Youth Criminal Justice Act (YCJA) Declaration of principles section 4. The following principles apply in this Part inAngsana New addition to the principles set out in section 3:

(a) extrajudicial measures are often the most appropriate and effective way to address youth crime;

(b) extrajudicial measures allow for effective and timely interventions focused on correcting offending behaviour;

(c) extrajudicial measures are presumed to be adequate to hold a young person accountable for his or her offending behaviour if the young person has committed a non-violent offence and has not previously been found guilty of an offence; and

(d) extrajudicial measures should be used if they are adequate to hold a young person accountable for his or her offending behaviour and, if the use of extrajudicial measures is consistent with the principles set out in this section, nothing in this Act precludes their use in respect of a young person who

(i) has previously been dealt with by the use of extrajudicial measures, or

(ii) has previously been found guilty of an offence.

⁹¹ Youth Criminal Justice Act (YCJA) Police cautions section 7 The Attorney General, or any other minister designated by the lieutenant governor of a province, may establish a program authorizing the police to administer cautions to young persons instead of starting judicial proceedings under this Act.

- 1) ไม่ว่าความผิคนั้นจะเป็นความผิดหลุโทษหรือความผิดอุจฉกรรจ์ก็ตาม
- 2) ไม่ว่าความผิคนั้นจะเกี่ยวข้องกับการใช้ หรือการใช้โดยการขู่เข็ญ เป็นความร้ายแรงที่ทำให้เกิดอันตรายแก่กาย ความผิดที่เกี่ยวข้อกับอันตรายแก่กายไม่จำเป็นต้องร้ายแรงมากที่จะถูกจัดการด้วยมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา อย่างไรก็ตามถ้าเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงมากขึ้น การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก็จะน้อยลง
- 3) อันตรายที่อาจเกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นจริง หรือความเสียหายต่อผู้เสียหายทางร่างกาย ทางจิตใจ หรือทางการเงิน และหรือ ทางสังคม
- 4) ไม่ว่าเหตุการณ์เกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อบุคคลเพศใดก็ตาม
- 5) ไม่ว่าจะมีการใช้อาวุธหรือมีการขู่เข็ญว่าจะใช้อาวุธในการกระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ยกตัวอย่างเช่นในคดีเยาวชน การใช้ลูกโป่งน้ำและเหล็กเสียบลูกบอลถือว่าเป็นอาวุธสำคัญเป็นประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาว่าหากมีอันตรายเกิดขึ้นจริงก็เป็นอาวุธ
- 6) การกระทำความผิคนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาเสพติดหรือไม่ ถ้าเป็นให้ดูในหัวข้อการเลือกใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาที่เหมาะสม สำหรับปัจจัยที่เฉพาะเจาะจงที่จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการตกเดือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐกับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ
- 7) ถ้าการกระทำผิคนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาเสพติด ควรพิจารณาถึงชนิดและอันตรายของยาเสพติดที่เกี่ยวข้อง
- 8) ถ้าหากว่าการค้ายาเสพติดหรือการครอบครองยาเสพติดเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าเกิดขึ้นในหรือใกล้โรงเรียน หรือใกล้กับบริเวณ โรงเรียนหรือในหรือใกล้กับสถานที่สาธารณะอื่น ๆ โดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ควรจะพิจารณาเหตุปัจจัยที่ทำให้เกิดปัญหามากขึ้น
- 9) ไม่ว่าการกระทำความผิคนั้นเป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือไม่ ถ้าเป็นเช่นนั้นเยาวชนจงใจก่อให้เกิดขึ้นหรือพยายามที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือสูญเสียแก่ทรัพย์สิน เยาวชนควรจะเล็งเห็นผลได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น
- 10) ไม่ว่าจะมีความผิคนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมาย เช่น การฝ่าฝืนการคุมประพฤติ ถ้าเป็นเช่นนั้นการไม่ปฏิบัติตาม เช่น การไม่ไปโรงเรียน การฝ่าฝืนข้อห้ามออกนอกบ้านในยามวิกาล มีการกระทำผิดกฎหมายที่นอกเหนือคำสั่งของพนักงานคุมประพฤติหรือไม่ ถ้าไม่มี ก็ควรพิจารณาว่าเป็นความผิคนั้นไม่ร้ายแรงและมีความเป็นไปได้ว่ามีความเหมาะสมที่จะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา หรือมีการทบทวนบทลงโทษว่าจะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขหรือไม่
- 11) บทบาทของเยาวชนในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ถ้าเยาวชนเป็นผู้นำซึ่งเป็นผู้วางแผนและสั่งการการกระทำความผิคนั้นระดับความรับผิดชอบต้องมีมากขึ้น อย่างไรก็ตาม

ปัจจัยนี้เป็นปัจจัยที่สองในการพิจารณาความร้ายแรงในการกระทำผิดกฎหมาย

12) ไม่ว่าเยาวชนจะเป็นผู้เสียหายในการกระทำผิดหรือไม่ เช่น โสเภณีเด็ก เยาวชนกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งถูกสั่งการหรือถูกใช้โดยผู้ใหญ่ที่ค้ายาเสพติด ถ้าเป็นเช่นนั้น ก็ควรจะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา

13) ไม่ว่าเยาวชนจะมีประวัติการกระทำผิดหรือไม่ ถ้ามีประเภทความผิดและจำนวนของการกระทำความผิดที่ผ่านมาเป็นอย่างไร แม้ว่าประวัติการกระทำความผิดอาจจะแสดงให้เห็นผลของความรุนแรงเกิดขึ้น จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมเยาวชนเคร่งครัดขึ้น ปัจจัยนี้เป็นปัจจัยที่สองในการพิจารณาความร้ายแรงในการกระทำผิดในปัจจุบัน⁹²

14) เยาวชนได้แสดงความสำนึกผิดหรือไม่ เช่น สำนึกใจที่จะชดใช้เหยียวยายให้แก่ผู้เสียหายหรือชุมชน หรือเห็นด้วยในการกระทำเช่นนั้น

15) ถ้าเยาวชนเคยผ่านกระบวนการยุติธรรมทางระบบศาลมาแล้ว มีความเป็นไปได้ที่บทลงโทษจะรุนแรงกว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาที่มีอยู่ ถ้าคาดว่าบทลงโทษจะมีความรุนแรงน้อยลง ที่ปรึกษากฎหมายของรัฐควรพิจารณาว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลจะเป็นประโยชน์อย่างแท้จริง

3.1.3 บทบาทของพนักงานอัยการกับการยุติคดีเด็กและเยาวชนในชั้นเจ้าพนักงาน

นอกจากหลักการและวัตถุประสงค์ อีกทั้งปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและประวัติของการกระทำความผิดที่ผ่านมาหรือเหตุการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้มีความร้ายแรงยิ่งขึ้นของประเทศแคนาดาตามที่ได้อ้างมาข้างต้น ต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างการใช้มาตรการตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐและการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ ดังนี้⁹³

1. การตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐ

การเลือกใช้การตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐหรือการเลือกใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย ตามที่กล่าวไว้ในมาตรา 10 (1) ของกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนของประเทศแคนาดาซึ่งบัญญัติว่า การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการอาจนำมาใช้กับเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ถ้าเยาวชนไม่สามารถปฏิบัติตามคำเตือนการตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญา หรือการส่งต่อไปยังโปรแกรมชุมชนในมาตรา 6 มาตรา 7

⁹² การนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้ในคดีเด็กและเยาวชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 17-23). เล่มเดิม.

⁹³ แหล่งเดิม.

หรือมาตรา 8 เนื่องจากความร้ายแรงของการกระทำความผิด ประเภทความผิดและจำนวนคดีที่เยาวชนกระทำความผิดกฎหมาย หรือเหตุการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้มีความร้ายแรงยิ่งขึ้น ที่ปรึกษากฎหมายของรัฐควรกำหนดความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด และประวัติของการกระทำความผิดที่ผ่านมา หรือเหตุการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้มีความร้ายแรงยิ่งขึ้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เมื่อการกระทำผิดไม่ร้ายแรงก็ควรนำการตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐมาใช้มากยิ่งขึ้น หากการกระทำผิดมีความร้ายแรงมากก็ควรนำมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการมาใช้มากยิ่งขึ้น

การตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐไม่ควรนำมาใช้กับความผิดที่เยาวชนก่อให้เกิดขึ้นโดยเจตนาหรือพยายามทำร้ายร่างกายหรือควรจะได้เห็นผลได้ว่าการทำร้ายร่างกายจะเป็นการกระทำความผิด

การตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐมีความเหมาะสมที่จะจัดการกับเยาวชนสำหรับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่มีอันตรายน้อย อย่างไรก็ตาม การตัดเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาของอัยการรัฐไม่ควรจะนำมาใช้กับเยาวชนที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดดังต่อไปนี้⁹⁴

(ก) การครอบครองต้นกัญชาหรือกัญชาเป็นจำนวนมาก

(ข) การครอบครองโคเคน ยาอี หรือ เฮโรอีน

(ค) การค้าขายสารยาเสพติดหรือการครอบครองสารเสพติดโดยมีจุดประสงค์เพื่อการค้าในบางสถานการณ์ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดอาจใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการได้

3.1.4 การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ

การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการสามารถนำมาใช้ได้โดยไม่มีจำกัดจำนวนครั้งที่เยาวชนอาจจะถูกจัดการด้วยการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ ถ้าอัยการรัฐพิจารณาแล้วว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาที่ใช้กับความผิดที่มีความรุนแรงน้อยยังไม่เหมาะสม ที่ปรึกษากฎหมายของรัฐยังคงต้องพิจารณาว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการมีความเหมาะสมที่จะจัดการกับเยาวชนหรือไม่ สำหรับพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของพวกเขา ที่ปรึกษากฎหมายควรตระหนักถึงหลักการที่ว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเป็นข้อสันนิษฐานเพียงพอที่จะ

⁹⁴ แหล่งเดิม.

ควบคุมเยาวชนได้ ถ้าหากว่าเยาวชนกระทำความผิดที่ไม่รุนแรงและไม่เคยกระทำความผิดกฎหมายมาก่อน อย่างไรก็ตามสิ่งสำคัญคือข้อสันนิษฐานดังกล่าวอาจมีการพิสูจน์หักล้างได้ การใช้ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและประวัติการกระทำความผิดที่ผ่านมาหรือเหตุการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้มีความร้ายแรงยิ่งขึ้นและหลักการที่สำคัญภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนของประเทศแคนาดา บางครั้งที่ปรึกษากฎหมายของรัฐอาจจะสรุปว่าบทลงโทษไม่เหมาะสมในการควบคุมเยาวชนในสถานการณ์นั้น

กรณีที่ปรึกษากฎหมายของรัฐกำหนดบทลงโทษให้แก่เยาวชนแล้ว ก็ควรจะมีการบันทึกข้อมูลไว้ในสำนวนคดีของเยาวชนไปตามนั้น

มาตรการพิเศษสามารถนำมาใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่มีความร้ายแรงเกินกว่าที่จะถูกจัดการโดยใช้การตักเตือนแทนการดำเนินคดีอาญาจากอัยการรัฐได้ อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและสถานการณ์ดังต่อไปนี้ ไม่เหมาะสมที่จะใช้มาตรการพิเศษในชั้นอัยการ มีสามกรณี ประการแรก คือ คดี การครอบครองต้นกัญชาหรือกัญชาจำนวนมากหรือยาเสพติด เช่น โคเคน เฮโรอีน หรือยาอี ประการสอง การใช้ผู้เยาว์ที่มีอายุน้อยกว่าเยาวชนที่ถูกกล่าวหากระทำความผิดอย่างน้อยสองปีในการกระทำความผิดหรือช่วยเหลือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ประการสุดท้าย คือ การค้าขายสารเสพติดหรือการครอบครองสารเสพติดโดยมีจุดประสงค์เพื่อการค้าอาจมีข้อยกเว้นในกรณีที่เยาวชนแบ่งสารเสพติดในปริมาณเล็กน้อยให้กับเพื่อนหรือไม่มีค่าตอบแทน

การที่เยาวชนปฏิเสธที่จะยอมรับมาตรการหรือมีความล้มเหลวในการปฏิบัติตามมาตรการพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการบำบัดยาเสพติด โดยทั่วไปแล้วก็ไม่ได้หมายความว่าไม่เต็มใจที่จะเข้าร่วมในมาตรการ หรือเป็นข้อบ่งชี้ว่ามาตรการพิเศษไม่เพียงพอที่จะจัดการกับเยาวชนที่กระทำความผิด การปฏิเสธหรือความล้มเหลวอาจจะเป็นปัจจัยหนึ่งในการเลือกใช้บางมาตรการ แต่ก็ไม่ควรที่จะห้ามใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาทั้งหมด

ถ้าอัยการรัฐตัดสินใจส่งคดีไปยังโปรแกรมมาตรการพิเศษ อัยการรัฐก็จะส่งเลื่อนคดีออกไปประมาณสามเดือนและส่งสำนวนคดีไปยังพนักงานคุมประพฤติ มีสองทางเลือกที่อาจจะเกิดขึ้นคือ

ประการแรก พนักงานคุมประพฤติทำหน้าที่คุมประพฤติโดยตรง เพื่อจะให้บรรลุข้อตกลงในการดำเนินการที่เยาวชนจะต้องปฏิบัติตาม โปรแกรมมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นอัยการให้สำเร็จ

ประการที่สอง พนักงานคุมประพฤติจะส่งคดีของเยาวชนต่อไปยังคณะกรรมการกระบวนการยุติธรรมเด็กและเยาวชน

เยาวชนยังสามารถเข้าสู่โปรแกรมมาตรการพิเศษได้มากกว่าหนึ่งครั้ง และยังสามารถเข้ามาตราการพิเศษในชั้นศาลได้อีก ถึงแม้ว่าคดีจะขึ้นสู่ศาลแล้วและถูกตัดสินว่ามีความผิดในคดีก่อนหน้านี้อีก⁹⁵

ถ้าเยาวชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของโปรแกรมตามที่กำหนดไว้กับพนักงานคุมประพฤติหรือคณะกรรมการกระบวนการยุติธรรมเด็กและเยาวชน คดีก็อาจจะกลับเข้าสู่ศาล

เมื่อมาตรการลงโทษสำเร็จแล้ว อัยการรัฐจะต้องสั่งไม่ดำเนินการฟ้องคดีนั้น บันทึกเข้าร่วมในโปรแกรมการลงโทษ (ซึ่งจะมีความแตกต่างจากประวัติอาชญากรรมของเยาวชน) จะถูกเก็บไว้

3.2 ประเทศสวีเดน

แนวคิดและขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนของประเทศสวีเดนก็เฉกเช่นเดียวกับประเทศที่อยู่ในกลุ่มสแกนดิเนเวียอย่างนอร์เวย์ แต่ก็มีแตกต่างจากระบบศาลคดีเด็กและเยาวชนของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาอยู่บางประการ อาทิ⁹⁶ ในประเทศสวีเดน เด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี จะไม่ถูกดำเนินคดีโดยเจ้าพนักงานตำรวจแต่จะมีเจ้าหน้าที่รัฐที่เรียกว่านักสังคมสงเคราะห์ที่มาดำเนินการแทน ต่อเมื่อในช่วงอายุเด็กและเยาวชนที่อยู่ระหว่าง 15-18 ปี จึงเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการในอันจะเข้ามาบริหารคดี สอบสวนการกระทำผิดของเด็กเพื่อหาข้อยุติ ซึ่งอาจมีการใช้มาตรการพิเศษอื่นใดเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

3.2.1 แนวคิดของระบบยุติธรรมเด็กและเยาวชน

ระบบงานยุติธรรมของเด็กเยาวชนในสวีเดนได้รับอิทธิพลมาจากประเทศต้นแบบคือประเทศนอร์เวย์ ซึ่งมีระบบคณะกรรมการสวัสดิการสังคมแบบสแกนดิเนเวีย (Scandinavian System of Welfare Boards) สำหรับพิจารณาเด็กที่มีปัญหา ได้ก่อตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศนอร์เวย์ พระราชบัญญัติแก้ไขเด็กที่ถูกทอดทิ้ง ปี ค.ศ. 1896 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำผิดของเด็ก โดยมีโรงเรียนเป็นเครื่องมือในการให้การศึกษายอบรม ผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนจะไม่ถูกลงโทษ แต่จะได้รับการศึกษาอบรม นอร์เวย์ได้จัดตั้งระบบสวัสดิการสำหรับเด็ก ก่อนที่รัฐอิลลินอยส์ของสหรัฐอเมริกาจะผ่านร่างกฎหมายจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนเป็นเวลาสามปี และก่อนที่อังกฤษจะผ่านร่างกฎหมายเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนเป็นเวลา 2 ปี ระบบของนอร์เวย์ในการจัดการคดีเด็กเยาวชนประสบผลสำเร็จและได้เผยแพร่ไปยังประเทศสวีเดน เดนมาร์ก ฟินแลนด์ และไอร์แลนด์ ในเวลาต่อมา โดยวิธีการบริหารจัดการคดีเด็กและเยาวชนประเทศสวีเดนจะเป็นไป

⁹⁵ แหล่งเดิม.

⁹⁶ จาก กฎหมายเกี่ยวกับความคิดของเด็กและกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน (น. 196-215), โดย ประธาน วัฒนาวณิชย์, 2530, กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก.

ในรูปแบบคณะกรรมการขอล่าวโดยภาพรวมเนื่องจากมีหลักการเดียวกันเพราะมาจากกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย

3.2.2 รูปแบบการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาโดยคณะกรรมการ

คณะกรรมการสวัสดิการสำหรับเด็ก เป็นองค์กรอิสระแยกออกจากศาลหรือองค์การการศึกษา เป็นคณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นในระดับท้องถิ่นในแต่ละชุมชนหรือเทศบาล แต่ละแห่งจะเลือกตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองเด็ก โดยเลือกจากบุคคลต่าง ๆ ประกอบไปด้วย บุคคลธรรมดาผู้มีวิชาชีพและผู้แทนของรัฐ มีองค์ประกอบดังนี้ บุคคลธรรมดาสี่คน ในจำนวนนี้ ต้องเป็นหญิงหนึ่งถึงสองคน ผู้ประกอบวิชาชีพเลือกจากบุคคลในท้องถิ่นนั้น คือ ผู้พิพากษานายแพทย์ และนักบวช อย่างละหนึ่งคน

ในระยะเริ่มต้น ได้มีผู้เสนอให้ผู้พิพากษาเป็นประธานคณะกรรมการเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงาน และควบคุมกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม แต่ฝ่ายซึ่งมีความคิดก้าวหน้าได้ทำการคัดค้านไม่ให้ผู้พิพากษามีอิทธิพลเหนือกรรมการ โดยอ้างว่า ผู้พิพากษาเป็นฝ่ายอนุรักษ์นิยมซึ่งเป็นเหตุผลในทางการเมือง ส่วนนักศึกษาก็มักจะเป็นพวกหัวก้าวหน้าและไม่ต้องการใช้กฎหมายอย่างเป็นทางการ เช่นเดียวกับการพิจารณาคดีในศาล แต่เห็นว่าควรจะใช้วิธีการศึกษาอบรม ในที่สุดพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาเป็นกรรมการคนหนึ่งเท่านั้น⁹⁷

คณะกรรมการสวัสดิการของเด็กมีอำนาจและขอบเขตกว้างขวางมาก ผู้ที่จะมาสู่คณะกรรมการได้แก่ ผู้กระทำผิดซึ่งมีอายุต่ำกว่าอายุความรับผิดชอบทางอาญา หรือนัยหนึ่งคือต่ำกว่าสิบสี่ปี ผู้กระทำผิดที่มีอายุระหว่าง 14-16ปี อาจถูกส่งตัวไปยังคณะกรรมการได้โดยผ่านอัยการหรือศาลเพื่อใช้มาตรการศึกษาอบรมแทนการลงโทษ หรือพิพากษาลงโทษแล้วจึงส่งตัวไป คณะกรรมการสามารถเข้าไปแทรกแซง ก่อนที่เด็กกระทำผิดได้ (Predelinquent) เช่น บิดามารดาปล่อยปละละเลย หรือเด็กมีสภาพที่ตกอยู่ในความเสี่ยงทางศีลธรรม ในกรณีเด็กจะต้องมีอายุไม่เกินสิบหกปีและมีลักษณะส่งไปในทางที่จะเป็นเด็กกระทำผิด เด็กหรือเยาวชนจะถูกควบคุมไว้จนถึงอายุ 18 ปี มาตรการทางด้านการศึกษาที่ใช้มีหลายวิธี เช่น แนะนำ ว่ากล่าวตักเตือนต่อเด็ก หรือผู้ปกครอง หรือนำเด็กไปไว้ยังบ้านทดแทน (Foster Homes) หรือ โรงเรียนพิเศษ (Special school) ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับโรงเรียนดัดสันดานในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา⁹⁸

โดยพื้นฐานแล้วระบบนี้ได้ก่อตั้งขึ้นเมื่อ ปี ค.ศ. 1896 ยังคงใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงทางด้านอุดมการณ์และทรัพยากรทางด้านวัตถุบางอย่าง กฎหมายใหม่เกี่ยวกับความ

⁹⁷ แหล่งเดิม. (น. 198-200).

⁹⁸ แหล่งเดิม.

ยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนเรียกว่า พระราชบัญญัติสวัสดิภาพเด็ก บัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1953 กฎหมายนี้มีไว้กฎหมายเพื่อการศึกษา แต่เป็นกฎหมายเพื่อสวัสดิการ อยู่ภายใต้การบริหารงานของ กระทรวงกิจการสังคม คณะกรรมการสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายใหม่ มีลักษณะคล้ายคลึงกับศาลที่ ทำหน้าที่พิจารณาคดีมากกว่าคณะกรรมการเดิม แต่วิธีพิจารณาโดยอาศัยกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญาและหลักศีลธรรมแบบเดิมได้ถูกยกเลิกและเปลี่ยนไปใช้วิธีแบบไม่เป็นทางการมากกว่าแต่ ก่อน คณะกรรมการไม่มีผู้พิพากษาเข้าร่วมด้วย ยกเว้นในกรณีที่มีปัญหาจึงจะขอความช่วยเหลือจาก ผู้พิพากษา เช่น การแยกเด็กออกจากบิดามารดา เป็นต้น นายแพทย์และนักบวชก็ถูกตัดออกจาก คณะกรรมการด้วยเหตุผลที่ตัดนักบวชออกก็เนื่องจากคณะกรรมการที่ดั้นนั้นควรจะใช้หลักศีลธรรม ให้น้อยลง ส่วนนายแพทย์ที่ถูกตัดออกจากคณะกรรมการด้วยเหตุผลในทางปฏิบัติ

คณะกรรมการในปัจจุบันประกอบด้วย บุคคลธรรมดาห้าคน มีทั้งหญิงและชาย และ กรรมการอย่างน้อยหนึ่งคน จะต้องแต่งตั้งจากกรรมการสังคมในท้องถิ่นนั้น คุณสมบัติของผู้เป็น กรรมการ มิได้กำหนดไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด แต่ต้องมีอายุไม่เกิน 66 ปี เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ ใช้คณะกรรมการซึ่งเลือกตั้งจากท้องถิ่นเพราะเป็นประเพณีในการปกครองตนเองของประเทศใน กลุ่มสแกนดิเนเวียซึ่งให้ประชาชนมีส่วนร่วมบริหารความยุติธรรม ต่อมาได้อาศัยนักวิชาการเพิ่ม มากขึ้น เช่น นักสังคมสงเคราะห์ และนักบริหารสังคม เป็นต้น ในชุมชนกว่า สี่ร้อยแห่ง คณะกรรมการได้มอบหมายให้นักสังคมสงเคราะห์ซึ่งได้รับการฝึกอบรมมาเป็นอย่างดี เป็นผู้จัดทำ ระเบียบวาระการประชุมในระดับภูมิภาค เจ้าหน้าที่สวัสดิการเด็กจะเป็นผู้แนะนำและประสานงาน การดำเนินงานของคณะกรรมการ คณะกรรมการมีสิทธิและในบางครั้งต้องปรึกษาแพทย์หรือ ผู้เชี่ยวชาญอื่น ๆ ก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยในเรื่องสำคัญ ๆ

โดยหลักการแล้วงานสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน ครอบคลุมถึงเด็กทุกคนที่มีปัญหา หรือ ต้องการความช่วยเหลือ ไม่ว่าเจ็บป่วย ร่างกายพิการ ปรับตัวไม่ดี ที่อยู่อาศัยไม่ถูกสุขลักษณะ หรือ บิดามารดาปล่อยปละละเลย อายุความรับผิดชอบในทางอาญายังคงเดิมไม่เกินสิบสี่ปี แต่ในประเทศอื่น นอกจากนอร์เวย์ ได้กำหนดอายุความรับผิดชอบทางอาญาไว้ไม่เกินสิบห้าปี ผู้ที่มาสู่คณะกรรมการจะมี อายุไม่เกินสิบแปดปี เขาอาจถูกควบคุมตัวจนถึงอายุ 21 ปี คณะกรรมการชุดนี้จะพิจารณาเด็กหรือ เยาวชนกระทำผิดไม่เกินอายุ 18 ปี

ตามกฎหมายเก่า ปี ค.ศ. 1896 ผู้กระทำผิดที่มีอายุเกินกว่า ความรับผิดชอบทางอาญาแต่ ไม่เกินสิบแปดปี จะประสบปัญหาการใช้กฎหมายสองระบบได้แก่ การถูกฟ้องต่อศาล และหรือ การถูกส่งตัวไปคณะกรรมการโดยพนักงานอัยการหรือศาลแล้วแต่กรณี⁹⁹

⁹⁹ แหล่งเดิม. (น. 209-212).

กฎหมายใหม่ได้ใช้มาตรการป้องกันเพิ่มขึ้น ก่อนที่จะแยกเด็กออกจากครอบครัว รัฐจะให้ความช่วยเหลือเด็กนั้นทางด้านเศรษฐกิจ หรือความช่วยเหลืออื่น ๆ เช่น อุปกรณ์การศึกษา สถานที่ศึกษาเป็นต้น เมื่อมาตรการป้องกันไม่ได้ผล เขาจะถูกส่งตัวไปยังบ้านทดแทน บ้านสำหรับเด็ก โรงเรียนพิเศษ หรือสถานที่บำบัดแก้ไขอื่น ๆ ที่เหมาะสม สถานที่บำบัดผู้พิการหรือเป็นโรคจิต ได้นำเข้ามารวมไว้ในระบบใหม่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ปี ค.ศ. 1953 ด้วย ส่วนสถานอบรมอื่น ๆ ยังมีอยู่เช่นเดิมเพียงแต่เปลี่ยนชื่อใหม่เท่านั้น

โดยสรุป

ในประเทศแคนาดารัฐบาลกลางได้มอบอำนาจให้แต่ละรัฐทำการออกกฎหมายภายใน ใจเองได้ เพื่อประโยชน์สูงสุดให้แก่ผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายเยาวชนแต่ละพื้นที่ของประเทศแคนาดา พนักงานอัยการสามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของ โปรแกรมการลงโทษซึ่งได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจากอัยการสูงสุดหรือผู้มีอำนาจทำการแทน เมื่อเห็นว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอในการฟ้องร้องดำเนินคดีในความผิดนั้นและคดียังไม่ขาดอายุความ ฟ้องร้อง นอกจากพนักงานอัยการจะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ยังสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้เช่นกัน ส่วนในประเทศแถบสแกนดิเนเวียได้แก่ สวีเดน และนอร์เวย์ต่างมีองค์กรพิเศษมารองรับหลังกระบวนการแก้ไขฟื้นฟู โดยหากผู้ปกครองไม่สามารถดูแลสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนให้ดีได้ คณะกรรมการจะแยกเด็กออกจากครอบครัว โดยให้ความช่วยเหลือเด็กนั้นทางด้านเศรษฐกิจ หรือความช่วยเหลืออื่น ๆ เช่น อุปกรณ์การศึกษา สถานที่ศึกษาเป็นต้น หรือหากเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่ได้ผล เด็กและเยาวชนก็อาจถูกส่งตัวไปยังบ้านทดแทน บ้านสำหรับเด็ก โรงเรียนพิเศษ หรือสถานที่บำบัดแก้ไขอื่น ๆ ที่เหมาะสม สถานที่บำบัดผู้พิการหรือเป็นโรคจิต ในการดูแลหลังใช้กระบวนการของคณะกรรมการเสร็จสิ้นแล้ว ส่วนในประเทศแคนาดาเพื่อจะไม่ดำเนินคดีอย่างเป็นทางการต่อไปพนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ ด้วยความยินยอมของเยาวชนให้ส่งตัวเยาวชนไปเข้าโปรแกรมหรือไปยังหน่วยงานในชุมชนที่จะช่วยเหลือเยาวชนไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก

เห็นได้ว่า ในประเทศแถบสแกนดิเนเวีย อาทิ นอร์เวย์และสวีเดนต่างก็การใช้กฎหมาย สองระบบที่แยกออกจากกันทั้งนี้ก็เพื่อประสิทธิภาพของการดำเนินคดีโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งหากเป็นคดีการถูกฟ้องต่อศาล และหรือ การถูกส่งตัวไปคณะกรรมการโดยพนักงานอัยการหรือศาลแล้วแต่กรณี

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบบทบาทพนักงานอัยการกับการยุติคดี

โดยใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา

ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาของการแก้ไขฟื้นฟูโดยใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและหรือกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีเด็กและเยาวชนที่เรียกว่าการประชุมกลุ่มครอบครัวในชั้นพนักงานอัยการตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพ.ศ. 2534 ในมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งมีประเด็นปัญหาหลายประการคือ ทั้งในประเด็นเรื่องมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา คุลยพินิจของผู้อำนวยการสถานพินิจและพนักงานอัยการกับการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชน บทบาทพนักงานอัยการที่เหมาะสมควมไม่เป็นเอกภาพขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการยุติคดีเด็ก เยาวชนตลอดถึงการบังคับใช้กฎหมาย(After Care) หลังการสั่งไม่ฟ้อง

4.1 วิเคราะห์มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการถือเป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในชั้นก่อนฟ้อง

คำว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา นั้นเป็นชื่อเรียกที่อาจยังไม่คุ้นชินนัก ซึ่งมีการนำมาใช้กับการดำเนินคดีในประเทศไทยและบัญญัติไว้ในหมวด 7 ของมาตรา 86 กล่าวโดยเฉพาะในมาตรา 86 ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ถ้าปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดี เมื่อคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพ ฐานะ และเหตุแห่งการกระทำความผิดแล้ว หากผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง ให้จัดทำแผนแก้ไข บำบัดฟื้นฟูให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติ และหากจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชน

อาจกำหนดให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย ปฏิบัติด้วยก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปรับเปลี่ยนความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน บรรเทา ทดแทน หรือชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนและสังคม แล้วเสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา ทั้งนี้ การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนด้วย เมื่อพนักงานอัยการได้รับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจตามวรรคหนึ่งแล้ว หากมีข้อสงสัย อาจสอบถามผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาได้ ถ้าพนักงานอัยการไม่เห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ให้สั่งแก้ไขแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือสั่งดำเนินคดีต่อไปและให้ผู้อำนวยการสถานพินิจแจ้งคำสั่งของพนักงานอัยการ ให้พนักงานสอบสวน และผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ หากพนักงานอัยการเห็นว่าแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชนแล้วเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมให้พนักงานอัยการเห็นชอบกับแผนดังกล่าว และให้มีการดำเนินการตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูดังกล่าวได้ทันทีพร้อมทั้งให้รายงานให้ศาลทราบในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงแก่ศาลว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร”

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงแยกหลักเกณฑ์การที่พนักงานอัยการจะสามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้ดังนี้ นอกจากเรื่องการให้ความยินยอมของผู้เสียหายและของเด็กและเยาวชน

- 1) คดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม
- 2) เด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ
- 3) เด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดี
- 4) ผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้องให้เสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา โดยการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชน

จากหลักเกณฑ์ทั้งสี่ประการตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ดังกล่าวข้างต้น ที่พอจะเป็นประเด็นปัญหาในเชิงการบริหารงานยุติธรรมก็คงจะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดนั้นต้องกระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี จึงมีปัญหานั้นนักวิชาการถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบันว่า มาตรการพิเศษแทนการ

ดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการนั้นเป็นอย่างเดียวกันกับแนวคิดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice Perspective) หรือไม่ ซึ่งมีแนวความคิดเห็นเป็นสองฝ่ายดังนี้

ฝ่ายแรกเห็นว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาไม่ใช่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เนื่องจาก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นต้องใช้ในการกระทำผิดเล็กน้อย และไม่เป็นภัยต่อสังคมอย่างร้ายแรง

ฝ่ายที่สองเห็นว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก็คือกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในรูปแบบหนึ่งเพราะแม้จะเป็นคดีที่มีอัตราโทษสูง แต่หากทำให้สังคมหรือชุมชนเกิดความสงบสุขและผู้เสียหายพอใจได้รับการเยียวยาแล้วก็คือว่าเป็นรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ได้เช่นเดียวกัน

ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายที่สองเพราะความหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ไม่ได้มีลักษณะเป็นหลักการที่ตายตัว แต่เห็นว่ามีลักษณะเป็นพลวัตร (Dynamic) ยืดหยุ่นได้ พิเคราะห์ได้จากไม่ได้มีการจำกัดฐานความผิดไว้อย่างเคร่งครัดว่าจักต้องนำไปใช้กับคดีความผิดเพียงเล็ก ๆ น้อย ๆ เท่านั้นหรือการให้ประโยชน์แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่สามารถชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดของตนซึ่งจะทำให้ได้รับการปรานีโดยการลดโทษจากศาล แต่บางประเทศที่นำวิธีการดังกล่าวไปใช้นั้น ได้มีการจำกัดขอบเขตหรือฐานความผิดเอาไว้อย่างแคบทั้งนี้อาจเป็นเพราะ จารีตประเพณี วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม เศรษฐกิจ ระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกันไปแต่ละประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น Professor ที่มีชื่อเสียงระดับโลกทางด้านกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ อาทิ Tony Marshall, Howard Zehr, Mark Umbreit, John Braithwaite และ Heather Stray¹⁰⁰ ฯลฯ ต่างก็เห็นพ้องด้วยว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์อาจนำไปใช้ในรูปแบบพิเศษอื่น ๆ เพื่อเหตุผลในการบริหารจัดการคดีให้มีประสิทธิภาพเพื่อความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่คิดค้นขึ้นมาใหม่ได้ ซึ่งบางประเทศนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไปใช้กับคดีอาชญากรรมร้ายแรง คดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ¹⁰¹ อาชญากรรมทางเพศ ซึ่งสอดคล้องกับ ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์¹⁰² ระบุว่าอันที่จริงแล้ว

¹⁰⁰ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ (เอกสารจัดทำขึ้นในวาระครบรอบ 300 ปี ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอเดินบะระ) (น. 36-40). เล่มเดิม.

¹⁰¹ ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในเมือง Ipswich ซึ่งเป็นเมืองที่ทำเหมืองถ่านหินในออสเตรเลียซึ่งมีคนจำนวนมากเจ็บป่วยและตายในเหมือง เนื่องด้วยวิธีการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ภายหลังเกิดเหตุภัยพิบัติที่เหมือง ทำให้คู่กรณีและผู้ที่เกี่ยวข้องได้ข้อสรุปที่จะนำไปสู่การใช้มาตรการในการป้องกันภัยพิบัติดังกล่าวในวันข้างหน้าได้อย่างดีเยี่ยม และข้อตกลงนี้ก็ยากที่จะเกิดขึ้นในการดำเนินการตามระบบกระบวนการยุติธรรมที่ใช้อยู่

ไม่ได้มีกฎเกณฑ์กติกาว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ใช้ได้กับความผิดเล็กน้อยเท่านั้น ดังเช่น ในราวันดา Bishop Rismond TuTu ให้สัมภาษณ์ว่าได้นำเอาเรื่อง Restorative justice ไปใช้เพื่อสร้างสมานฉันท์ในระหว่างเผ่าพันธุ์ในราวันดา ในแคนาดาได้มีการใช้ในกรณีการประพาศติมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในเท็กซัสได้ใช้ในคดีฆาตกรรมเพื่อให้เหยื่อที่มีชีวิตหลงเหลืออยู่หรือผู้เป็นญาติได้มีโอกาสพบกับผู้กระทำความผิด เพื่อสร้างความรู้สึที่ดีขึ้น นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึง กระบวนการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก็เป็นไปอย่างเดียวกัน เพียงแต่อาจมีรูปแบบที่เสริมเข้ามาเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ปัจจุบันต่างพบว่าประเทศทั่วโลกได้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาบังคับใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่หลากหลายคือการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล การคุมประพฤติแทนการลงโทษจำคุก การทำบริการสังคม อันเห็นได้ว่าวิธีการเหล่านี้เป็นกระบวนการที่จักทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ได้สำนึกในการกระทำความผิดและเห็นคุณค่าของวัฒนธรรมทางสังคมมากยิ่งขึ้นในการที่จักต้องใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข โดยการแสดงความรับผิดชอบในแง่ของการพูดต่อหน้าที่ประชุมถึงความผิดที่ได้กระทำลง การยอมรับความผิดหรือสำนึกในการกระทำความผิดต่อผู้เสียหายและชุมชน ซึ่งอาจแสดงออกเป็นตัวเงินหรือการทำบริการสังคม

นอกจากนี้เมื่อมองวัตถุประสงค์ของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในการลดความตึงเครียดของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักที่มีลักษณะเป็นการต่อสู้หรือการดำเนินคดีแบบปรปักษ์กัน (Fight Theory หรือ Adversarial System) ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์อันเป็นระบบที่ออกแบบมาทำให้คู่ความไม่อาจก่อให้เกิดความไว้วางใจกันหรือทำให้คดีเสร็จสิ้นได้โดยง่าย อีกทั้งช่วงเวลาหรือกระบวนการในการทำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาอาจทำได้ทั้งกรณีของขั้นตอนที่อยู่ระหว่างก่อนการพิจารณาคดีของศาลและในชั้นศาล และเมื่อพิจารณากระบวนการสุดท้ายหรือผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นทั้งมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์นั้นก็มีความคล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะเป็น การสำนึกยอมรับสารภาพในความผิดที่ได้กระทำลง การชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลย การทำบริการสังคมเพื่อเป็นการเยียวยาแก่ชุมชนหรือสังคมที่ได้รับผลกระทบ

อ้างอิงใน กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ (เอกสารจัดทำขึ้นในวาระครบรอบ 300 ปี ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอดินบะระ) (น. 16). เล่มเดิม.

¹⁰² จาก *ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย* (น. 15-16), โดย กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, 2545, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.

ของอาชญากรรม การคุมประพฤติเนื่องจากเมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยเข้าสู่กระบวนการแล้วและทำตามเงื่อนไขที่ที่ประชุมได้กำหนดครบถ้วน ผู้ต้องหาหรือผู้กระทำผิดก็จะได้รับความปรานีจากพนักงานอัยการหรือศาลในอันที่จะได้รับการลดโทษจนถึงขั้นของการคุมประพฤติในหลายกรณีที่เข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถเข้ามาตราการคุมประพฤติได้ หากสุดท้ายแล้วทั้งผู้เสียหายและผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่อาจตกลงกันได้หรือผู้ต้องหาหรือจำเลยปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ให้ไว้ไม่ครบถ้วน กระบวนการก็จะถูกยกเลิกและย้อนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมปกติเสมือนว่าไม่เคยมีการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา หรือกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาก่อน

4.2 วิเคราะห์ดุลยพินิจของผู้อำนวยการสถานพินิจและพนักงานอัยการกับการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนเปรียบเทียบมาตรา 63 เดิมและมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

ปัจจุบันปัญหาเด็กและเยาวชนกระทำผิดมีมากขึ้น จนกลายเป็นปัญหาสำคัญของชาติ ทั้งนี้เพื่อที่จะนำเอาแนวความคิด รูปแบบ และวิธีการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ในรูปแบบการประชุมกลุ่มครอบครัวมาใช้เป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกเสริมกระบวนการยุติธรรมหลักให้การแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมนิสัยเด็กและเยาวชน ซึ่งถือว่าเป็นปรัชญาสำคัญของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบและวิธีการของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กของต่างประเทศ ที่ประสบความสำเร็จและประเทศต่าง ๆ นำไปใช้ด้วยจากการศึกษาพบว่า รูปแบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กของไทยในปัจจุบันยังไม่มีประสิทธิภาพในการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดเท่าที่ควร ไม่มีการแยกผู้กระทำผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ กับผู้กระทำผิดคดีนิสัยออกจากกัน ทำให้เสี่ยงต่อการถ่ายทอดพฤติกรรมนิสัยจากกันได้ ซึ่งจากการศึกษายังพบว่า เด็กหรือเยาวชนที่เคยเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในฐานะผู้กระทำผิดมาแล้วกระทำผิดซ้ำมากขึ้น ทั้งนี้ก็เพราะว่ากระบวนการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กนั้น จะเป็นกระบวนการที่ดำเนินการโดยรัฐทั้งหมด เด็กและเยาวชนถูกควบคุมตัวในสถานพินิจที่มีความแออัดดูแลไม่ทั่วถึง ไม่มีการแยกประเภทความผิดในขณะที่ครอบครัวและชุมชนซึ่งเป็นสิ่งแวดล้อมที่สำคัญที่สุดที่มีอิทธิพลต่อการปรับเปลี่ยนนิสัยของเด็กและเยาวชนเลย การแก้ไขฟื้นฟูจะเป็นไปตามมาตรฐานทางการแพทย์ หรือตามแนวทางของรัฐ ประการสำคัญระบบในปัจจุบันเน้นการนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ไม่มีการเบี่ยงเบนหรือหันเหคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะคดีเล็ก ๆ น้อยๆ ที่เด็กและเยาวชนมีโอกาสกลับตัวเป็นคนดีได้ จะมีการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม

น้อยมากแม้มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 จะบัญญัติเปิดช่องให้ผู้อำนวยการสถานพินิจเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการที่จะสั่งไม่ฟ้องและบังคับใช้มาระยะหนึ่งแต่อัตราการกระทำผิดซ้ำของเด็กและเยาวชนก็ยังคงมีอัตราที่สูงอยู่ และเป็นเพียงโครงการนำร่องที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองให้ใช้กระบวนการอย่างชัดเจนในการปฏิบัติกับผู้ต้องหาและเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น ทำให้ผู้อำนวยการสถานพินิจยังไม่กล้าใช้เท่าใดนักในมาตรการตามมาตรา 63 เดิม

4.2.1 บทบาทพนักงานอัยการที่เหมาะสมในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา

ก่อนจะวิเคราะห์บทบาทพนักงานอัยการในการใช้มาตรการพิเศษ ควรกล่าวถึงหลักการเบื้องต้นของการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนตามกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่เพื่อให้ทราบพัฒนาการของกฎหมาย ก่อนจะดำเนินการวิเคราะห์ถึงการประชุมกลุ่มครอบครัวและมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาโดยองค์กรที่ใช้อำนาจอันได้แก่ผู้อำนวยการสถานพินิจ พนักงานอัยการและศาล ตามลำดับ

สำหรับกระบวนการเบื้องต้นของการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนตามกฎหมายเก่าอันได้แก่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มีหลักการสำคัญ กล่าวคือ เมื่อเด็กหรือเยาวชนถูกจับกุมแล้ว หากปรากฏว่าเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนให้แล้วเสร็จภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่เด็กหรือเยาวชนมาถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวน เมื่อถามปากคำเสร็จแล้วจะต้องนำตัวเด็กหรือเยาวชนส่งสถานพินิจ พร้อมหนังสือแจ้งการจับกุมหรือควบคุมตัว ตามมาตรา 50 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534

เมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้รับตัวเด็กและเยาวชนตามมาตรา 50 แล้ว มีกระบวนการดังบัญญัติไว้ในมาตรา 55¹⁰³ ดังนี้

1. สั่งให้พนักงานคุมประพฤติสืบเสาะข้อเท็จจริงตามมาตรา 34(1) เว้นแต่ในคดีอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าผู้อำนวยการสถานพินิจเห็นว่าการสืบเสาะข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่จำเป็นแห่งคดี จะสั่งงดสืบเสาะข้อเท็จจริงนั้นเสียก็ได้ แล้วให้แจ้งไปยังพนักงานสอบสวนที่เกี่ยวข้อง

¹⁰³ มาตรา 55 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534.

2. ทำรายงานในคดีที่มีการสืบเสาะ เพื่อแสดงข้อเท็จจริงตามมาตรา 34(1) และแสดงความเห็นเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน แล้วส่งรายละเอียดพร้อมความเห็นนั้นไปยังพนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณี และถ้ามีการฟ้องร้องเด็กหรือเยาวชนต่อศาลให้เสนอรายงานและความเห็นนั้นต่อศาล พร้อมทั้งความเห็นเกี่ยวกับการลงโทษ หรือการใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนด้วย

การสืบเสาะข้อเท็จจริงตามมาตรา 34(1)¹⁰⁴ คือการสืบเสาะและพินิจเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและฐานะของเด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิด และของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนนั้นอาศัยอยู่ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมทั้งปวงเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนนั้น รวมทั้งสาเหตุแห่งการกระทำความผิดเพื่อรายงานต่อศาล

ทั้งนี้เมื่อสถานพินิจได้รับตัวเด็กหรือเยาวชน ก็จะต้องแยกประเภทเด็กหรือเยาวชนนั้นก่อน การจำแนกประเภทหมายถึง วิธีปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนเป็นรายบุคคล ด้วยการวิเคราะห์ประวัติ ภูมิหลังของเด็กหรือเยาวชน ปัญหาทั่วไปและเฉพาะของเด็กหรือเยาวชน การวางแผนปฏิบัติและการกำหนดกิจกรรมด้านการบำบัดฟื้นฟู ป้องกันและพัฒนาให้สอดคล้องกับปัญหาความต้องการ ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงของเด็กและเยาวชนเป็นรายบุคคล นับตั้งแต่วาระแรกที่เด็กหรือเยาวชนถูกควบคุมตัวในสถานแรกรับหรือศูนย์ฝึกและอบรม ตลอดจนกระทั่งถึงกำหนดปล่อยตัวและภายหลังปล่อยตัว

สำหรับกระบวนการฟ้องคดีนั้นอาจเป็นผู้เสียหายหรือพนักงานอัยการก็ได้ โดยหากเป็นพนักงานอัยการต้องมีการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนมาก่อน อัยการจึงจะมีอำนาจฟ้องคดีได้ ส่วนหากผู้เสียหายจะฟ้องคดีนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการสถานพินิจตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวรับฟ้องแล้ว เด็กหรือเยาวชนจะถูกควบคุมตัวโดยอำนาจศาล หากบิดามารดา ผู้ปกครองประสงค์จะให้มีการปล่อยชั่วคราว ก็ต้องยื่นคำร้องต่อศาล

จะเห็นในกระบวนการและขั้นตอนต่อไปแม้จะมีบางมาตรากำหนดให้พิจารณาคดีเด็กและเยาวชนโดยไม่ชักช้าแต่ในหลายส่วนกฎหมายบัญญัติขั้นตอนไว้ค่อนข้างละเอียดและมีความซับซ้อนยังผลให้การพิจารณาคดีหนึ่ง ๆ ต้องใช้ระยะเวลาพอสมควร ดังนี้

เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวได้รับฟ้องคดีที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดให้ศาลแจ้งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจที่เด็กหรือเยาวชนนั้นอยู่ในเขตอำนาจ และแจ้งให้บิดามารดา

¹⁰⁴ มาตรา 34(1) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534.

ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยทราบถึง วันและเวลานั่งพิจารณาของศาลโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรศาลจะสั่งให้บุคคลดังกล่าว มานั่งฟังการพิจารณาด้วยก็ได้

ในกรณีที่ศาลเยาวชนและครอบครัวได้รับฟ้องคดีที่พนักงานอัยการฟ้องต่อศาลตามมาตรา 53 ให้ผู้อำนวยการสถานพินิจดำเนินการตามมาตรา 55 ตามควรแก่กรณี¹⁰⁵

บทบัญญัติการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนทั้งกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่ที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากว่าคดีจะเสร็จสิ้นตั้งแต่ในชั้นจับกุม ชั้นตรวจสอบการจับ ชั้นสถานพินิจชั้นสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ กระทั่งศาลเยาวชนมีคำพิพากษา ต้องใช้เวลานาน ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดในการเบี่ยงเบนคดีโดยใช้มาตรการทางเลือกที่เรียกว่าการประชุมกลุ่มครอบครัวตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิด เมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาโดยคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ฐานะ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนและพฤติการณ์ต่าง ๆ แห่งคดีแล้ว เห็นว่า เด็กหรือเยาวชนอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง และเด็กหรือเยาวชนนั้นยินยอมที่จะอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจด้วยแล้ว ให้ผู้อำนวยการสถานพินิจ แจ้งความเห็นไปยังพนักงานอัยการ ถ้าพนักงานอัยการเห็นชอบด้วย ให้มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นได้ คำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการนั้นให้เป็นที่สุด

การควบคุมเด็กหรือเยาวชนในสถานพินิจตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดเวลาตามที่ผู้อำนวยการสถานพินิจเห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินสองปี¹⁰⁶

บทบัญญัติมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินกว่าห้าปีขึ้นไป

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 63 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจผู้อำนวยการสถานพินิจแต่ฝ่ายเดียวในการเป็นต้นธารของการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน โดยกระบวนการประชุมกลุ่มครอบครัวจะเริ่มได้ก็ต่อเมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนรายนั้นมีเหตุอันเหมาะสมที่จะได้รับการพิจารณาเข้าสู่กระบวนการ ซึ่งประเด็น

¹⁰⁵ มาตรา 53 และมาตรา 55 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534.

¹⁰⁶ มาตรา 63 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534.

ดังกล่าวก็เช่นเดียวกันกับการประชุมกลุ่มครอบครัวที่เรียกอีกชื่อหนึ่งตามกฎหมายใหม่ว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา ตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ถ้าปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ หากเด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำก่อนฟ้องคดีเมื่อคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพฐานะ และเหตุแห่งการกระทำความผิดแล้ว หากผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง ให้จัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติและหากจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนอาจกำหนดให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติด้วยก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปรับเปลี่ยนความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน บรรเทา ทดแทน หรือชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนและสังคม แล้วเสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณา ทั้งนี้ การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนด้วย

เมื่อพนักงานอัยการได้รับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจตามวรรคหนึ่งแล้ว หากมีข้อสงสัยอาจสอบถามผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาได้ ถ้าพนักงานอัยการ ไม่เห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ให้สั่งแก้ไขแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือสั่งดำเนินคดีต่อไปและให้ผู้อำนวยการสถานพินิจแจ้งคำสั่งของพนักงานอัยการให้พนักงานสอบสวนและผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ หากพนักงานอัยการเห็นว่าแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชนแล้วเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมให้พนักงานอัยการเห็นชอบกับแผนดังกล่าว และให้มีการดำเนินการตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูดังกล่าวได้ทันทีพร้อมทั้งให้รายงานให้ศาลทราบ

กรณีปรากฏข้อเท็จจริงแก่ศาลว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร”

สังเกตว่าไม่ว่าจะเป็นไปตามกฎหมายเก่าหรือใหม่ก็ตาม กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่เรียกว่าการประชุมกลุ่มครอบครัวหรือมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา แม้อ่านจากรายการสิ่งไม่พ้องนั้นจะอิงกับดุลยพินิจของพนักงานอัยการก็ตาม แต่ก็หาทำให้อัยการนั้นมีอำนาจเหนือกว่าผู้อำนวยการสถานพินิจแต่อย่างใด เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้วอัยการคดีเด็กและ

เยาวชนหากเห็นว่าเด็กนั้นสามารถกลับตนเป็นคนดีได้ และมีความสำนึกผิด แม้จะเป็นคดีที่มีอัตราโทษให้จำคุกอย่างสูงน้อยกว่า 5 ปีก็ตาม แต่ถ้าหากเป็นคดีนโยบายของกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เช่น คดียาเสพติด คดีการก่อความเดือดร้อนรำคาญให้กับผู้อื่นเช่น การแข่งรถซึ่งกัน อัยการเยาวชน ก็ไม่สามารถที่จะสั่งไม่ฟ้องได้เนื่องจาก ผู้อำนวยการสถานพินิจจะไม่เสนอความเห็นไปยังอัยการเพื่อทำการเบี่ยงเบนคดีโดยการประชุมกลุ่มครอบครัวตามมาตรา 63 หรือ มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 แม้ในทางปฏิบัติแล้วอัยการจะขอร้องเป็นรายกรณีก็ตาม อีกประการหนึ่งก็คือ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนยังมีสายการบังคับบัญชาที่ค่อนข้างเป็นไปตามระบบราชการอย่างเคร่งครัด มิได้มีความอิสระในการสั่งคดีดังเช่นพนักงานอัยการ ดังนั้น ผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน แม้จะเป็นหัวหน้าส่วนราชการในจังหวัดนั้นแต่ก็ยังอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของอธิบดีกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน

หากพิจารณาถึงหลักในการดำเนินคดีอาญาในปัจจุบันจะจำแนกได้ 2 ประการ คือ

1. หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principle) ซึ่งยึดถือหลักที่ว่าเมื่ออัยการมีเหตุผลเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดกฎหมาย อัยการต้องยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลเสมอ หลักนี้ใช้กันอยู่ในประเทศทางภาคพื้นยุโรป เยอรมัน ตะวันออก กรีซ ยูโกสลาเวีย โปแลนด์ เป็นต้น แต่ก็มิได้หมายความว่า จะใช้กันอย่างเคร่งครัดโดยปราศจากข้อยกเว้น ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมาย
2. หลักการฟ้องคดีตามดุลยพินิจ (Opportunity Principle) ซึ่งยึดถือหลักที่ว่าตามกฎหมายมิได้บังคับว่า เมื่ออัยการมีเหตุผลควรเชื่อว่าเมื่อผู้ต้องหากระทำความผิดกฎหมายแล้ว อัยการต้องยื่นฟ้องผู้ต้องหานั้นต่อศาลเสมอไป แต่บทบัญญัติในกฎหมายกลับเปิดโอกาสให้อัยการใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหาได้เมื่อมีเหตุผลสมควร หลักนี้ใช้อยู่ในประเทศต่าง ๆ เช่น ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา อิสราเอล เป็นต้น

การดำเนินคดีอาญาโดยหลักใช้ดุลยพินิจนั้น จะเปิดทางให้อัยการมีโอกาสใช้ดุลยพินิจเลือกปฏิบัติในการฟ้องหรือไม่ฟ้อง เพื่อให้สอดคล้องกับสิ่งแวดล้อมในแต่ละคดี แม้จะปรากฏว่าได้มีการกระทำความผิด และรู้ตัวผู้กระทำความผิดแล้ว

อัยการอาจใช้ดุลยพินิจไม่ดำเนินคดีโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ของผู้ต้องหา สิ่งแวดล้อม ส่วนได้ส่วนเสียของสังคม ตลอดจนคำนึงถึงนโยบายของสังคมที่เรียกว่ารัฐประศาสนโยบายได้

อำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการไทย ในการฟ้องคดีอาญานั้นได้ใช้หลักการฟ้องคดีตามดุลยพินิจมาช้านานแล้ว ดังปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 ซึ่งนำหลักการมาจากอังกฤษ และในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ. 127 หมวดที่ 9

ว่าด้วยอัยการ มาตรา 35 ข้อ 7 บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอำนาจที่จะถอนฟ้องคดีที่พนักงานอัยการโจทก์ หรือจะไม่ฟ้องคดีที่ศาลไต่สวนให้ฟ้องก็ได้ แต่พนักงานอัยการต้องแจ้งความนั้นไปให้ศาลทราบ” และต่อมาเมื่อมีการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว การฟ้องคดีของพนักงานอัยการก็ใช้หลักการฟ้องตามดุลยพินิจเช่นเดิม

ทางปฏิบัติแทบจะไม่มีการใช้ดุลยพินิจเพราะมีระเบียบ กฎข้อบังคับภายในหน่วยงานของพนักงานอัยการที่จำกัดอำนาจการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการ หรือถ้าหากจะมีการใช้ดุลยพินิจก็มีน้อยมากเท่าที่ปรากฏได้แก่ การสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา ซึ่งได้กันไว้เป็นพยาน การสั่งไม่ฟ้องราษฎรที่ยากจนซึ่งบุกรุกเข้าไปทำกินในป่าสงวนแห่งชาติ และการสั่งไม่ฟ้องราษฎรที่ยากจนกรณีห้างโลดศฟ้อง 2 แม่ลูกชายซาลาเปา โดยถือตามนโยบายของรัฐ ดังนี้เป็นต้น

ดังนั้น ในการใช้ดุลยพินิจเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการ จึงอยู่ในวงแคบและจำกัดลักษณะการใช้อยู่มาก ทำให้เป็นปัญหาในการปฏิบัติมาก เพราะพนักงานอัยการไทยใช้ดุลยพินิจในการไม่ฟ้องคดีจำกัดมาก กล่าวคือ จะพิจารณาว่า พยานหลักฐานพอฟ้องหรือไม่และพิจารณาเหตุตามกฎหมาย เช่น คดีขาดอายุความ การกระทำไม่เข้าองค์ประกอบความผิด เป็นต้น แต่เหตุอื่น ๆ ในทางปฏิบัติ เช่น การสั่งไม่ฟ้องคดีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ การฟ้องคดีจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ ขึ้น

สำหรับมาตรการการก่อกวนคดีอาญาในปัจจุบัน อัยการจะใช้กันอยู่ในทางปฏิบัติเพื่อที่จะก่อกวนคดีอาญา ออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการทำให้คดีขึ้นสู่ศาลน้อยที่สุดนั้น มีอยู่ 3 มาตรการ กล่าวคือ

1) มาตรการในการเปรียบเทียบ

การเปรียบเทียบคดีอาญานั้นส่วนใหญ่จะทำตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน หากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 37(2) (3) (4) และมาตรา 38 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่หากสำนวนมาถึงพนักงานอัยการ ในกรณีที่พนักงานอัยการมีคำสั่งฟ้อง ถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 144) ก็ให้อำนาจพนักงานอัยการในการสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการเปรียบเทียบได้อีก ทั้งนี้พนักงานอัยการจะต้องตรวจพิจารณาและสั่งคดีให้เสร็จก่อนกำหนดหนึ่งเดือน (ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2528 ข้อ 59-62)

มาตรการในการก่อกวนคดีอาญาโดยการเปรียบเทียบนี้ เป็นมาตรการที่จะช่วยทำให้คดีเล็ก ๆ น้อย ๆ หรือคดีที่เป็นความผิดอันยอมความได้ไม่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาล ดังนั้นในการก่อกวนคดีอาญามาตรการเปรียบเทียบ เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพที่สำคัญ ควรจะต้องนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ให้เกิดผลมากที่สุด เพื่อก่อกวนคดีบางประเภทออกไปจากการพิจารณา

ของศาล เพื่อให้ศาลมีเวลาในการพิจารณาคดีที่สำคัญในการส่งผลต่อระบบการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาอย่างมีประสิทธิภาพ

2) มาตรการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาท

การประนอมข้อพิพาท จะเป็นมาตรการที่มีอยู่ในเกือบทุกขั้นตอนและเป็นมาตรการหนึ่งในการที่ลดปัญหาที่คดีจะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้คดีอาญา โดยเฉพาะคดีอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความได้ไม่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาล แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรการประนอมข้อพิพาทไม่ค่อยจะได้นำมาใช้เท่าที่ควร และในชั้นพนักงานอัยการ มาตรการประนอมข้อพิพาท ก็ยังเป็นมาตรการกลั่นกรองคดีอาญาอีกมาตรการหนึ่งที่ใช้ในทางปฏิบัติ

ในชั้นนี้ คือ การให้เจ้าพนักงานอัยการประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ โดยความสมัครใจตกลงของกลุ่มทั้งสองฝ่าย (ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2532) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การประนอมข้อพิพาทเป็นไปอย่างรอบคอบ รัดกุม มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการปฏิบัติงานประนีประนอมข้อพิพาทของคณะกรรมการหมู่บ้าน พ.ศ. 2530 เป็นเหตุผลที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ดำเนินการวางระเบียบ และวิธีปฏิบัติในชั้นของพนักงานอัยการ

ทางปฏิบัติจริง มาตรการว่าด้วยประนอมข้อพิพาทชั้นพนักงานอัยการ ยังเป็นมาตรการที่ไม่ค่อยจะได้นำมาใช้ สาเหตุมาจากระเบียบดังกล่าวต้องให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องเองต่อเจ้าพนักงานอัยการ (ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทชั้นพนักงานอัยการ ข้อ 4) ซึ่งทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทราบแนวทางและวิธีปฏิบัติ หรือในกรณีที่หัวหน้าพนักงานอัยการเห็นสมควรให้ทำการประนอมข้อพิพาท ก็ให้พนักงานอัยการผู้รับผิดชอบทำหนังสือเชิญคู่กรณี หากคู่กรณีสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่าย ก็ให้พนักงานอัยการทำการประนอมข้อพิพาทในทางปฏิบัติพนักงานอัยการผู้รับผิดชอบคดีมักจะไม่ทำหนังสือเชิญคู่กรณี เพราะเห็นว่าเป็นการเสียเวลาและยุ่งยาก โดยเห็นว่าถ้าคู่กรณีตกลงกันได้ก็ให้ไปทำยอมในชั้นศาลเป็นกรณีที่ง่ายกว่า ส่งผลทำให้เป็นภาระต่อองค์กรตุลาการโดยไม่จำเป็น

ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดไว้ในกรณีที่ระเบียบของกรมอัยการไม่ได้กำหนดไว้ ให้นำข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการปฏิบัติงานประนอมข้อพิพาทของคณะกรรมการหมู่บ้าน พ.ศ. 2530 มาบังคับใช้โดยอนุโลม (ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการประนอมข้อพิพาทชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2535 ข้อ 8)

3) มาตรการในการใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้อง

เป็นอีกมาตรการหนึ่งในการกั้นกรองคดีอาญา โดยที่พนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาได้ แม้จะปรากฏว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหา หากได้พิจารณาถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำ ความผิดแล้วเห็นว่าการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือจะกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือ ผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ (ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงาน อัยการ พ.ศ. 2528 ข้อ 51) ซึ่งการใช้ดุลยพินิจในกรณีดังกล่าว

ในทางปฏิบัติพนักงานอัยการของประเทศไทยไม่ค่อยได้ใช้ดุลยพินิจ อาจเนื่องจากไม่แน่ใจว่าตนมีอำนาจหรือกลัวเกิดข้อครหา จึงยึดหลักฟ้องไว้ก่อนปลอดภัยกว่า

มีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นเมื่อกลางปี พ.ศ. 2542¹⁰⁷ คือ คดีที่เด็กชายวัย 16 ปี กับแม่ของเขา ถูกห้างโลตัสซูเปอร์เซ็นเตอร์ แจ้งความดำเนินคดีในข้อหาลักทรัพย์นายจ้าง ทรัพย์สินที่ขโมย คือ ซาลาเปา 1 ลูก ราคา 10 บาท โดยพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องในคดีนี้ เนื่องจากเห็นว่าการฟ้องคดี ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน รวมถึงคดีที่หญิงท้องแก่เข้าไปลักทรัพย์ในธนาคารแต่ถูกตำรวจ จับได้ก่อน ซึ่งอัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่ฟ้อง แต่ทางกระทรวงยุติธรรมมีความเห็นว่าพนักงานอัยการ ไม่มีอำนาจที่จะสั่งไม่ฟ้องในคดีที่ครบองค์ประกอบความผิดแล้ว เป็นประเด็นที่ยังเป็นข้อถกเถียง อันเป็นสาเหตุให้พนักงานอัยการไม่กล้าที่จะใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง

ในชั้นพนักงานอัยการในรูปแบบของการชะลอการฟ้อง ซึ่งหมายถึงการคุมประพฤติใน ชั้นก่อนฟ้องคดี โดยที่อัยการยังสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา หลังจากพิจารณาพยานหลักฐานและปัจจัยอื่น ๆ แล้ว หากเห็นว่าผู้ต้องหาสามารถแก้ไขฟื้นฟูได้นอกระบบเรือนจำ ก็ชะลอการฟ้องไว้ระยะเวลาหนึ่ง แล้วกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ต้องหาปฏิบัติตาม หากปฏิบัติตามเงื่อนไข อัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องแต่หากทำ ผิดเงื่อนไขอัยการก็จะฟ้องคดีร่วมกับคดีใหม่ ซึ่งวิธีการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์สำหรับในคดีที่มี อัตราโทษเล็ก ๆ น้อย ๆ และผู้กระทำความผิดไม่ใช่เป็นผู้กระทำความผิดโดยสันดาน การนำวิธีการชะลอการ ฟ้องมาปฏิบัติซึ่งอาจมีความจำเป็นอยู่พอสมควร

นอกจากนี้โดยหลักการแล้วอำนาจการสั่งไม่ฟ้องเป็นดุลยพินิจโดยแท้ของพนักงาน อัยการตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 แม้จะถือว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายเฉพาะก็ตามแต่กฎหมายเฉพาะก็ใช้จะบัญญัติถ้อยคำโดยไม่คำนึงถึง

¹⁰⁷ จาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 189), โดย คณิต ฅ นคร ก, กรุงเทพมหานคร.

หลักความเป็นอิสระขององค์กรอัยการที่ถือว่าเป็นทนายแผ่นดินและมีรากฐานความเป็นอิสระอย่างต่อเนื่องและมั่นคงตลอดมาของการมีดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้องคดี

ดุลยพินิจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการ ในลักษณะสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องมีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรม เนื่องจากอาจทำให้การดำเนินคดียุติลงที่ชั้นอัยการ หรืออาจต้องดำเนินการต่อไปจนถึงชั้นศาล เป็นที่น่าสังเกตว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้วางบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ในการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการเลย แต่ก็อาจแยกพิจารณาโดยทั่วไปได้ดังนี้¹⁰⁸

1) ดุลยพินิจการสั่งฟ้องของพนักงานอัยการ มีหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ดังนี้

(1) ตามพยานหลักฐานในสำนวนประกอบด้วยข้อกฎหมายแล้วมีเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหากระทำความผิดกฎหมายจริงโดยมีพยานหลักฐานพิสูจน์องค์ประกอบความผิดที่เป็นข้อหาของจำเลยได้ครบทุกองค์ประกอบ

(2) พยานหลักฐานเท่าที่ปรากฏในสำนวนการสอบสวนมีเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในศาลเพื่อให้ศาลลงโทษ

2) ดุลยพินิจการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ มีหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ดังนี้

(1) ตามพยานหลักฐานในการสอบสวนไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดได้

(2) มีข้อกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

(3) กรณีอื่น ๆ

(ก) สั่งไม่ฟ้องตามนโยบายเพื่อประโยชน์ของประชาชน (public policy) กล่าวคือ หากการฟ้องคดีนั้น ๆ ไม่เป็นประโยชน์แก่สังคม หรือมีแต่จะนำไปสู่สังคมเสียหายก็ไม่ควรฟ้องร้อง เช่น การสั่งไม่ฟ้องตามนโยบายของรัฐบาล เพื่อความสงบสุขของบ้านเมือง ซึ่งพนักงานอัยการจำเป็นต้องนำสิ่งเหล่านี้มาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ เพราะพนักงานอัยการเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหารในกระบวนการยุติธรรมต้องให้ความร่วมมือกับทางรัฐบาลเท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพนักงานอัยการ และรัฐบาลเคยขอความร่วมมือจากสำนักงานอัยการสูงสุดในเรื่องนี้มาแล้ว เช่น ขอความร่วมมือมิให้ฟ้องราษฎรที่ยากจนและเข้าไปทำกิจในที่ป่าสงวนแห่งชาติ เนื่องจากเป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาล เป็นต้น

(ข) สั่งไม่ฟ้องด้วยเหตุผลทางหลักอาชญาวิทยา กล่าวคือ จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวผู้กระทำความผิดกับสังคมหรือสิ่งแวดล้อมว่ามีปัญหาประการใดบ้าง การดำเนินคดีและสั่งลงโทษผู้ต้องหาจะเกิดผลดีผลร้ายแก่ตัวเขาและสังคมส่วนรวมเพียงใดหรือไม่

¹⁰⁸ อติสร ไชยกุลป์ ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ 2545 น. 29-38

อันเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญา เช่น ผู้กระทำผิดโดยประมาท และผู้กระทำผิดบางอย่างที่ไม่เป็นความผิดในตัวเอง แต่เป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติ (Mala prohibita) เช่น การกระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมายศุลกากร การกระทำผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน เป็นต้น การฟ้องคดีผู้กระทำผิดดังกล่าวจะมีผลในทางป้องกันปราบปรามน้อยมาก ประกอบทั้งจะเกิดผลร้ายแก่ชีวิตและอนาคตของผู้กระทำผิดมากขึ้นไป ไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำไปแล้ว และไม่ได้ผลในทางเข้าไปปรับปรุงผู้กระทำผิด พนักงานอัยการก็อาจไม่ฟ้องบุคคลดังกล่าวข้างต้น

ตามหลักอาชญาวิทยากระบวนการลงโทษทางอาญาคาดหวังว่าการลงโทษจะต้องเหมาะสมกับแต่ละบุคคลและลงโทษเท่าที่จำเป็นเท่านั้น การลงโทษโดยมิได้คำนึงถึงความละเอียดอ่อนตรงนี้อาจเกิดผลร้ายมากกว่าผลดี เช่น การลงโทษจำคุกระยะสั้น หรือการลงโทษจำคุกในความผิดบางอย่างที่ไม่ใช่ผู้ร้ายโดยสันดานแทนที่จะช่วยเหลือเขาให้กลับเป็นคนดีเข้าสู่สังคมก็อาจเป็นการทำลายคุณลักษณะบางอย่างของเขาจนไม่อาจกลับเข้าสู่สังคมปกติได้ กระบวนการที่จะให้มีระบบที่จะสั่งไม่ฟ้องโดยให้มีเงื่อนไขประโยชน์สาธารณะ บำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิด การชดใช้ให้แก่บุคคลรอบข้าง อาจเป็นมาตรการอันหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคมปกติได้ดีกว่า จากหลักอาชญาวิทยาดังกล่าวเห็นได้ว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดมีจุดมุ่งหมายเพื่อแก้ไข วัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีจึงมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้ดุลยพินิจของพนักงานอัยการ และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เป็นปัจจัยพิจารณาตามหลักอาชญาวิทยาที่จะเป็นปัจจัยที่จะเป็นหลักเกณฑ์ในการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ เพื่อเป็นการควบคุมมิให้ใช้ดุลยพินิจโดยไม่สมควร

“ดุลยพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา” หมายถึง การที่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีมีพยานหลักฐานพอฟ้อง แต่อยู่ในขั้นตอนที่พนักงานอัยการมีโอกาสเลือกว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้อง โดยมีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเหตุผลทางอาชญาวิทยา ส่วนกรณีที่สั่งไม่ฟ้องเพราะพยานหลักฐานไม่พอฟ้องหรือการกระทำไม่มีความผิดตามกฎหมายนั้น ในทุกประเทศพนักงานอัยการจะต้องสั่งไม่ฟ้องเสมอเพียงอย่างเดียวกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่การใช้ดุลยพินิจ เนื่องจากพนักงานอัยการต้องสั่งไม่ฟ้องได้เพียงประการเดียวตามกฎหมายไม่ได้ให้โอกาสทางเลือกกับพนักงานอัยการในการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องได้ การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาในกรณีคดีมีพยานหลักฐานไม่พอฟ้องนั้น เป็นเพียงการวินิจฉัยชี้แจงนำพยานโดยอาศัยความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในทางวิชาชีพอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นความหมายของดุลยพินิจที่ถูกต้องควรเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถวินิจฉัยในทางใดทางหนึ่งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของการสั่งคดี การที่พนักงานอัยการจะสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีใดนั้น จะต้องกระทำอย่างระมัดระวัง โดยพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายโดยละเอียด และเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการสั่งฟ้องและสั่งไม่ฟ้องคดี ดังนี้ คือ¹⁰⁹

การสั่งฟ้อง เป็นการสั่งชี้ขาดว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาและไม่มีเหตุที่ผู้ต้องหาไม่ควรต้องรับโทษ กับทั้งไม่มีเหตุที่ไม่ควรฟ้องผู้ต้องหา และเมื่อพนักงานอัยการได้สั่งฟ้องแล้ว พนักงานอัยการก็จะฟ้องหรือดำเนินการเพื่อให้ได้ตัวมาฟ้องต่อไป

การสั่งไม่ฟ้อง เป็นการสั่งชี้ขาดอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- 1) ชี้ขาดว่าการกระทำของผู้ต้องหาไม่มีความผิดอาญา
- 2) ชี้ขาดว่าฟังไม่ได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่กล่าวหา
- 3) ชี้ขาดว่าฟังได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา แต่มีเหตุตามกฎหมายที่ผู้ต้องหาไม่ควรต้องรับโทษ
- 4) ชี้ขาดว่าฟังได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด และไม่มีเหตุตามกฎหมายที่ผู้ต้องหาไม่ควรต้องรับโทษ แต่มีเหตุที่ไม่ควรฟ้องผู้ต้องหา¹¹⁰

ในการวินิจฉัยสั่งคดีพนักงานอัยการจะมีข้อพิจารณา 3 ประการ คือ ประการแรก พิจารณาว่าการกระทำตามข้อเท็จจริงในคดีนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่

ประการที่สอง พยานหลักฐานในคดีนั้นเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือไม่

ประการที่สาม การฟ้องคดีนั้นจะสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะหรือไม่

ในการวินิจฉัยทั้ง 3 ประการดังกล่าว อัยการจำเป็นต้องวินิจฉัยโดยอาศัยความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในทางวิชาชีพตามข้อพิจารณาสองข้อแรก และเป็นการใช้ดุลยพินิจตามข้อสุดท้าย

ศ.ดร.คณิต ณ นคร อธิบดีอัยการสูงสุด ได้เคยตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ในการสั่งคดีนั้นขั้นตอนในการพิจารณาของพนักงานอัยการชอบที่จะเป็นไปตามลำดับ ดังนี้¹¹¹

¹⁰⁹ จาก “การสั่งคดีและคำสั่งคดีของพนักงานอัยการ,” โดย คณิต ณ นคร, 2521 (กุมภาพันธ์), *วารสารอัยการ*, 1.

¹¹⁰ แหล่งเดิม.

¹¹¹ *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (น. 207-208). เล่มเดิม.

(1) พิจารณาเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีหรือเงื่อนไขระดับคดี ซึ่งพนักงานอัยการต้องกระทำก่อนที่จะพิจารณาในเนื้อหาของคดีในชั้นต่อไป ถ้ามีเงื่อนไขระดับคดี พนักงานอัยการก็ต้องตั้งระดับคดีเพราะเหตุนั้น ๆ

(2) เมื่อพนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนั้น ไม่มีเงื่อนไขระดับคดี พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำที่กล่าวหานั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่ ถ้าเห็นว่าการกระทำที่กล่าวหาไม่เป็นความผิด พนักงานอัยการก็ต้องสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

(3) ถ้าการกระทำผิดที่ผู้กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย พนักงานอัยการก็ต้องวินิจฉัยต่อไปว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดหรือไม่ ถ้าผู้ต้องหาไม่ได้เป็นผู้กระทำผิด พนักงานอัยการก็ต้องสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

(4) ถ้าการกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย และเห็นว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด พนักงานอัยการก็ต้องวินิจฉัยต่อไปว่า พยานหลักฐานเพียงพอแก่การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอพนักงานอัยการก็ชอบที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

(5) แม้การกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมายผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด และมีพยานหลักฐานเพียงพอ พนักงานอัยการก็ชอบที่จะพิจารณาต่อไปเป็นลำดับสุดท้ายอีกว่ามีเหตุสมควรที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้ามีเหตุอันสมควรไม่ฟ้องผู้ต้องหา พนักงานอัยการก็ชอบที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้หา

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าอัยการที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจที่เรียกว่าองค์กรกึ่งตุลาการฝ่ายเดียวเท่านั้นที่ควรมีอำนาจในการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดี ตามดุลยพินิจที่เห็นว่าเหมาะสม บทบัญญัติในมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 และมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ค่อนข้างลึกรอนอำนาจของอัยการอย่างร้ายแรงและกลับเพิ่มอำนาจในการยุติคดีโดยการทำความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแต่เพียงฝ่ายเดียวซึ่งอาจขาดความรู้ความเชี่ยวชาญในการบังคับใช้กฎหมายเนื่องจากตำแหน่งดังกล่าวไม่จำเป็นต้องจบกฎหมายมาก็ได้ จากข้อมูลคุณสมบัติการแต่งตั้งผู้สามารถดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสถานพินิจได้นั้น อาจจบปริญญาตรีทางจิตวิทยา สังคมสงเคราะห์ การบริหารงานบุคคล กรณีเหล่านี้ยังทำให้ถูกตั้งข้อสังเกตถึงความถูกต้องเหมาะสมของการใช้ดุลยพินิจในการเสนอความเห็นสั่งไม่ฟ้องตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 และมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

การตัดอำนาจศาลในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553 โดยการขยายอำนาจอัยการในการพิจารณาอัตราโทษเด็กและเยาวชนที่ เหมาะสมในการใช้มาตรการพิเศษนี้ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักการบริหารงานกระบวนการ ยุติธรรมเพื่อลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลอย่างแท้จริง ที่นานาประเทศมักเรียกกันว่า Diversion นั้นเอง

สอดคล้องกับในประเทศนอร์เวย์และสวีเดน ได้ใช้รูปแบบของดุลยพินิจของพนักงาน อัยการในการเบี่ยงเบนคดีโดยผ่านพนักงานอัยการแล้วส่งต่อไปให้กับคณะกรรมการสวัสดิการสำหรับเด็ก เป็นองค์กรอิสระแยกออกจากศาล เป็นคณะกรรมการซึ่งจัดตั้งขึ้นในระดับท้องถิ่นในแต่ละ ชุมชนหรือเทศบาล แต่ละแห่งจะเลือกตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองเด็ก โดยเลือกจาก บุคคลต่าง ๆ ประกอบไปด้วย บุคคลธรรมดาผู้มีวิชาชีพและผู้แทนของรัฐ มีองค์ประกอบดังนี้ บุคคลธรรมดาสี่คน ในจำนวนนี้ต้องเป็นหญิงหนึ่งถึงสองคน ผู้ประกอบวิชาชีพเลือกจากบุคคลใน ท้องถิ่นนั้น คือ ผู้พิพากษานายแพทย์ และนักบวช อย่างละหนึ่งคน

คณะกรรมการสวัสดิการของเด็กมีอำนาจและขอบเขตกว้างขวางมากโดยมิได้จำกัด อัตราโทษของคดีแต่อย่างใด มีเงื่อนไขเพียงแก่ผู้ที่จะมาสู่คณะกรรมการจะต้องเป็นผู้กระทำผิดซึ่งมี อายุต่ำกว่าอายุความรับผิดทางอาญา หรือนัยหนึ่งคือต่ำกว่าสิบสี่ปี ผู้กระทำผิดที่มีอายุระหว่าง 14-16 ปี อาจถูกส่งตัวไปยังคณะกรรมการได้โดยผ่านอัยการหรือศาลเพื่อใช้มาตรการศึกษาอบรมแทนการ ลงโทษ หรือพิพากษาโทษแล้วจึงส่งตัวไป นอกจากนี้คณะกรรมการสามารถเข้าไปแทรกแซงก่อนที่ เด็กกระทำผิดได้ (Predelinquent) เช่น บิดามารดา ปล่อยปละละเลย หรือเด็กมีสภาพที่ตกอยู่ในความ เสื่อมเสียทางศีลธรรม ในกรณีเด็กจะต้องมีอายุไม่เกินสิบหกปีและมีลักษณะส่ง ไปในทางที่จะเป็น เด็กกระทำผิด เด็กหรือเยาวชนจะถูกควบคุมไว้จนถึงอายุ 18 ปี มาตรการทางด้านการศึกษาที่ใช้มี หลายวิธี เช่น แนะนำ ว่ากล่าวตักเตือนต่อเด็ก หรือผู้ปกครอง หรือนำเด็กไปไว้ยังบ้านทดแทน (Foster Homes) หรือโรงเรียนพิเศษ (Special school)

นอกจากนี้หากเปรียบเทียบในประเทศแคนาดาจะพบว่ามีการบวนการยุติธรรมเชิง สมานฉันท์ทั้งในชั้นก่อนฟ้องคดีและหลังฟ้อง ในชั้นก่อนฟ้องคดีเรียกกันว่าการประชุมกลุ่ม ครอบครัว (Family Group Conference) แต่ในชั้นศาลเห็นได้ชัดว่าการล้อมวงลงโทษ (Circle Sentencing) ของแคนาดาคนละกรณีกับการประชุมกลุ่มครอบครัว (Family Group Conference) เพราะการล้อมวงลงโทษนั้นเป็นกระบวนการในการพิจารณาพิพากษาของศาลซึ่งศาลอาจลดโทษ หรือคุมประพฤติเด็กและเยาวชนแล้วแต่กรณี ซึ่งไม่ใช่เป็นเรื่องการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลเหมือน อย่างเช่นการประชุมกลุ่มครอบครัว (Family Group Conference) ที่กระทำในชั้นก่อนฟ้องคดี และ เมื่อพิจารณาในแง่การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายซึ่งเป็นส่วนสำคัญในกระบวนการยุติธรรม

เชิงสมานฉันท์ ในกระบวนการล้อมวงลงโทษ (Circle Sentencing) แนวคิดดังกล่าวก็ไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหายในการเข้าร่วมกระบวนการหรือมีส่วนร่วมในการล้อมวงลงโทษ ซึ่งแตกต่างจากการประชุมกลุ่มครอบครัว (Family Group Conference) ทั้งของประเทศแคนาดา นิวซีแลนด์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทย ต่างก็เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายก่อนจึงจะเข้าสู่กระบวนการประชุมกลุ่มครอบครัวหรือมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นควรแก้ไข มาตรา 86 ให้อำนาจในการเสนอความเห็นและสั่งคดีเป็นของพนักงานอัยการคดีเยาวชนและครอบครัว แต่เพียงผู้เดียวโดยตัดอำนาจศาลตามบทบัญญัติและแก้ไขเพิ่มเติมให้มีผู้อำนวยการสถานพินิจซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้คอยช่วยเหลือพนักงานอัยการซึ่งทรงอำนาจถึงตุลาการและกิ่งบริหาร และหากเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป พนักงานอัยการอาจใช้ดุลยพินิจให้มีการประชุมกลุ่มครอบครัวได้หากเห็นว่าเพื่อประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน ผู้กระทำความผิดอาจกลับตนเป็นคนดีได้และยอมรับสารภาพผิดอีกทั้งบิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี ให้คำมั่นเป็นหนังสือว่าสามารถดูแลเด็กและเยาวชนนั้นได้อย่างแท้จริง ซึ่งผู้เขียนจะร่างกฎหมายและนำเสนอในบทที่ 5 เป็นลำดับต่อไป

4.2.2 วิเคราะห์ความไม่เป็นเอกภาพขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการยุติคดีเด็กและเยาวชน

ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 22 พฤษภาคม 2554 และมาตรา 9 บัญญัติให้ยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 เหตุผลสำคัญในการตราพระราชบัญญัตินี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่และโครงสร้างใหม่ รวมทั้งส่วนของกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัว เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก¹¹² โดยมีการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาทั้งในชั้นก่อนฟ้องคดีและหลังฟ้องคดีได้ซึ่งใช้หลักการพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) และการหันเหเด็กหรือเยาวชนออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion) ทั้งนี้เพื่อลดตราบาปมิให้เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดต้องมีคำพิพากษาคิดตัวไปในอนาคตอันจะส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตร่วมกับสังคมโดยไม่ถูกตั้งข้อรังเกียจ จึงมีข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบาทของศาลเยาวชนและครอบครัวในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86

¹¹² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

ซึ่งว่าด้วยการกำหนดมาตรการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ทั้งนี้เป็นการให้อำนาจแก่ผู้อำนวยการสถานพินิจจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู หากพิจารณาแล้วเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตัวเป็นคนดีได้โดยมุ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงเสนอความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อให้พนักงานอัยการพิจารณาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับแผนดังกล่าว หากไม่เห็นชอบให้พนักงานอัยการมีอำนาจสั่งแก้ไขแผนหรือสั่งดำเนินคดีต่อไป และหากพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนก็สามารถที่จะดำเนินการตามแผนดังกล่าวได้ทันทีพร้อมทั้งให้รายงานให้ศาลทราบ และภายหลังหากปรากฏข้อเท็จจริงต่อศาลว่าการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร¹¹³

อย่างไรก็ดีจากการดำเนินงานบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา กลับพบปัญหาที่สำคัญอยู่สองประการ

ประการแรก ตามมาตรา 86 วรรคสอง ที่บัญญัติกรณีที่พนักงานอัยการได้รับแผนแก้ไขฟื้นฟูและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว หากอัยการไม่เห็นชอบกับแผนแก้ไขฟื้นฟูที่ส่งผู้อำนวยการสถานพินิจให้แก้ไขแผน หรือหากเห็นว่าควรดำเนินคดีต่อไป อัยการก็สามารถยื่นฟ้องเป็นคดีปกติต่อศาลได้ทันที สุดท้ายหากอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนกฎหมายก็ให้สถานพินิจดำเนินการตามแผนได้เลย เมื่อดำเนินการตามแผนเสร็จ มาตรา 86 วรรคสองตอนท้าย ซึ่งบัญญัติไว้ค่อนข้างคลุมเครือ กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติว่า “เมื่อพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนและให้ดำเนินการตามแผนดังกล่าวได้ทันที พร้อมทั้งรายงานให้ศาลทราบ” ในทางปฏิบัติมีปัญหาการตีความเกิดขึ้นด้วยข้อความว่า ... พร้อมทั้งรายงานให้ศาลทราบ ... มีความไม่ชัดเจนทางกฎหมายว่าใครจะเป็นคนรายงานให้ศาลทราบระหว่างผู้อำนวยการสถานพินิจหรือพนักงานอัยการ ในขณะนี้พบว่าในต่างจังหวัดมีแนวปฏิบัติ โดยพนักงานอัยการตกลงกับสถานพินิจว่าการรายงานให้ศาลทราบควรเป็นหน้าที่ของสถานพินิจ ไม่ใช่หน้าที่ของพนักงานอัยการเพราะกฎหมายไม่ได้ระบุชัดที่จะต้องให้พนักงานอัยการเป็นคนรายงานศาล กฎหมายเพียงบัญญัติว่า “...พร้อมทั้งรายงานให้ศาลทราบ” ซึ่งประเด็นดังกล่าวศาลกลับมีการตีความที่ต่างกัน ศาลเห็นว่ากฎหมายบัญญัติเป็นบทบังคับให้พนักงานอัยการรายงาน ไม่ใช่ให้สถานพินิจรายงานให้ศาลทราบ ดังนั้นเมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นคนรายงานที่ไม่ใช่พนักงานอัยการ ศาลจึงถือว่ากระบวนการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจึง

¹¹³ จาก *กฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศไทยเฉพาะกรณีไม่สอดคล้องตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนา* (โดยสถาบันกฎหมายอาญารองการทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ)) (น. 39), โดย วันชัย รุจนวงศ์ และคณะ, 2543, กรุงเทพมหานคร: คอมแพคท์พริ้นท์.

ไม่รับและไม่อนุญาตให้ทำตามแผน¹¹⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในการจัดทำแผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูนั้น ผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นผู้มีบทบาทสำคัญและใกล้ชิดกับเด็กมากที่สุดเป็นต้น ธารของคดีแต่เริ่มต้นและเป็นกลไกสำคัญในการจัดทำตามแผนทั้งหมด ส่วนพนักงานอัยการนั้นก็กลับเข้าร่วมกระบวนการเพียงบางขั้นตอนเท่านั้น ดังนั้นเพื่อให้การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนกลับคืนสู่สังคมต่อไปโดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นสำคัญจะเป็นประโยชน์มากกว่าหากมีการให้ผู้รู้เรื่องและใกล้ชิดกับเด็กและเยาวชนมากที่สุด เป็นผู้พิจารณารายงาน ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้แก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 86 วรรคสองตอนท้าย โดยให้ผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นคนรายงานให้ศาลทราบ

ประการที่สอง คือ เรื่องของ “ความยินยอมในการจัดทำแผน” กับ “ความยินยอมเรื่องแผน” โดยเมื่อแผนในการแก้ไขฟื้นฟูได้มีการจัดทำเสร็จแล้วต้องมีกระบวนการให้ความยินยอมแผนนั้นด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติต้องทำควบคู่กันในการทำแผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูเด็ก โดยการถามความเห็นผู้เสียหายว่ารู้สึกและมีความคิดเห็นอย่างไร จะคัดค้านแผนหรือให้ความยินยอมหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นยังจะต้องสอบถามเด็กและเยาวชนด้วยว่าจะยินยอมเข้าสู่แผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูหรือไม่ ซึ่งถ้าเด็กและเยาวชนยินยอม กระบวนการก็เดินหน้าต่อไปจนเมื่อจัดทำแผนเสร็จ กฎหมายยังกำหนดขั้นตอนเพิ่มเติมให้มีการลงนามร่วมกันอีก ซึ่งการลงนามนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญของแผน ซึ่งหากผู้เสียหายลงนามในแผนบำบัดแก้ไขฟื้นฟูที่จัดทำแล้วจะมาคัดค้านภายหลังไม่ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติกลับพบว่า มีหลายกรณีผู้เสียหายกลับคัดค้านไม่ร่วมลงนามในขั้นตอนการทำแผนเสร็จ ซึ่งตามมาตรา 86 วรรคสาม ศาลถือว่าเป็นกรณีมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่ากระบวนการในการจัดทำแผนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะมีอำนาจสั่งได้ตามสมควร ด้วยบทบัญญัตินี้เองทำให้ ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวาง จะสั่งอย่างไรก็ได้ ซึ่งศาลอาจสั่งให้กระบวนการนั้นย้อนกลับไปให้จัดทำแผนมาใหม่หรืออาจสั่งไม่เห็นชอบด้วยแผนไปเลยก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้นกรอบระยะเวลาที่จำกัดตามมาตรา 87 วรรคแรกตอนท้าย ที่กำหนดให้ผู้อำนวยการสถานพินิจต้องสั่งให้มีการจัดทำแผนส่งให้พนักงานอัยการให้ทันภายในสามสิบวัน ยิ่งทำให้ท้ายที่สุดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการก็ไม่อาจที่จะบรรลุวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการบัญญัติขึ้นมาตนเอง ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ เพื่อให้แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูซึ่งถือเป็นหัวใจหลักในการแก้ไขปัญหาลูกและเยาวชนมีประสิทธิภาพทันที่ควรตัดอำนาจศาลออกจากกระบวนการพิจารณาการเห็นชอบของแผนตามมาตรา 87 วรรคแรกตอนท้าย

¹¹⁴ ชัดติยา รัตนดิลก (การสื่อสารระหว่างบุคคล, 24 สิงหาคม 2555). งานคดีเยาวชนและครอบครัว. อ้างถึงใน www.kmcenter.go.th/kms/node/1690

4.3 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดแนวทางเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพขององค์กรในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในชั้นก่อนฟ้องวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายหลังการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ

ในต่างประเทศและสวีเดนและนอร์เวย์ต่างมีองค์กรพิเศษมารองรับหลังกระบวนการแก้ไขฟื้นฟู โดยหากผู้ปกครองไม่สามารถดูแลสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนให้ดีได้ คณะกรรมการจะแยกเด็กออกจากครอบครัว โดยให้ความช่วยเหลือเด็กนั้นทางด้านเศรษฐกิจ หรือความช่วยเหลืออื่น ๆ เช่น อุปกรณ์การศึกษา สถานที่ศึกษาเป็นต้น หรือหากเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่ได้ผล เด็กและเยาวชนก็อาจถูกส่งตัวไปยังบ้านทดแทน บ้านสำหรับเด็ก โรงเรียนพิเศษ หรือสถานที่บำบัดแก้ไขอื่น ๆ ที่เหมาะสม สถานที่บำบัดผู้พิการหรือเป็นโรคจิต ในการดูแลหลังใช้กระบวนการของคณะกรรมการเสร็จสิ้นแล้ว ส่วนในประเทศแคนาดาเพื่อจะไม่ดำเนินคดีอย่างเป็นทางการต่อไป พนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ ด้วยความยินยอมของเยาวชนให้ส่งตัวเยาวชนไปเข้าโปรแกรมหรือ ไปยังหน่วยงานในชุมชนที่จะช่วยเหลือเยาวชน ไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก

ดังนั้นด้วยเหตุดังกล่าวในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จึงควรแก้ไขการสั่งคดีโดยสั่งไม่ฟ้องเป็นสั่งไม่ฟ้องแบบมีเงื่อนไขแทนและกำหนดให้มีกระบวนการติดตามดูแล (After care) โดยคณะกรรมการติดตามสอดส่องเด็กและเยาวชนอันประกอบไปด้วยสมาชิก โดยคณะกรรมการจะคุมความประพฤติเด็กหรือเยาวชนนั้นได้ไม่เกิน 2 ปี และเมื่อเด็กหรือเยาวชนนั้นได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามแผนครบถ้วนและพ้นระยะเวลาการคุมประพฤติแล้ว อัยการก็จะใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีนั้น ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้เด็กและเยาวชนผู้เสี่ยงที่จะกระทำผิดซ้ำ (Recidivism) หลังจากที่ได้เด็กและเยาวชนได้ปฏิบัติตามแผนฟื้นฟูเสร็จสิ้น ซึ่งหากปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นละเมิดเงื่อนไขการติดตามดูแลหรือ หรือกระทำความผิดอาญาซ้ำในระหว่างการชะลอการฟ้อง ให้อัยการยกเลิกการชะลอการฟ้องและดำเนินการฟ้องคดีในศาลเยาวชนและครอบครัวตามกระบวนการยุติธรรมปกติ ก่อนที่จะมีการเข้าสู่การชะลอการฟ้องคดีของพนักงานอัยการ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายปัจจุบันของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่ยังมีได้มีการแก้ไขซึ่งให้อำนาจในการเริ่มต้นการประชุมกลุ่มครอบครัวเป็นของพนักงานอัยการ จริงอยู่แม้ตามมาตรา 86-88 ซึ่งกำหนดให้มีเวลาการจัดทำแผนและการทำตามแผน แต่เมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องหลังจากที่ได้เด็กและเยาวชนนั้นได้ทำตามแผนการฟื้นฟูซึ่งกฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้ไม่เกินหนึ่งปี ซึ่งมีความไม่แน่นอน ซึ่งอาจมีการกำหนดให้มีระยะเวลาตั้งแต่ 1 เดือนถึง 1 ปีก็เป็นได้ภายใต้ที่กฎหมายกำหนด อันเห็นได้ว่าระยะเวลาสั้นเกินไปที่จะเป็นการพิสูจน์หรือทำให้เด็กและเยาวชนที่

มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนจากสังคมจนก่ออาชญากรรมนั้นจะรู้สำนึกในการกระทำผิดตนอย่างแท้จริง อันส่งผลให้อัตราการกระทำผิดซ้ำเพิ่มสูงขึ้นสู่ศาล (Diversion) ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อมีการประชุมกลุ่มครอบครัว ตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง พ.ศ. 2534 หรือ ตามมาตรา 86 ตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 แม้หากสถานพินิจอาจแก้ไขปัญหาด้วยการมีกรทำหนังสือยินยอมที่จะอยู่ในความดูแลของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนแล้ว พบว่ายังไม่มียุทธศาสตร์ใดในการที่จะเป็นแรงขับให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามหนังสือยินยอมให้อยู่ในความดูแลของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นเพียงมาตรการกำหนดให้เด็กหรือเยาวชนมารายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติตามวันเวลาที่กำหนด และแม้ตามแบบฟอร์มหนังสือยินยอมให้อยู่ในความควบคุมและค้ำประกันสัญญาว่าจะไม่กระทำความผิดอีกของสถานพินิจทั้งแบบเก่าและแบบใหม่ กำหนดไว้ว่าหากเด็กหรือเยาวชนไม่มาพบตามที่เจ้าหน้าที่นัดทุกครั้งหรือมีการกระทำความผิดซ้ำก็ไม่มีบทบัญญัติให้สถานพินิจสั่งให้ปรับได้เช่นเดียวกับศาลที่มีกฎหมายให้อำนาจในการปรับเด็กและเยาวชนที่ไม่มาศาล ตามความในมาตรา 128 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

ดังนั้น แนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้บิดามารดาหรือผู้ปกครอง ต้องกำหนดเงื่อนไขในการเรียกประกันหรืออาจวางข้อกำหนดหรือข้อตกลงแก่ผู้ปกครองหรือบุคคลที่รับดูแลแล้วจะดูแลเด็กให้เป็นพลเมืองดีได้ และเมื่อการกระทำผิดเกิดขึ้นซ้ำอีกหรือมีการผิดเงื่อนไขก็สามารถยึดหลักประกันและดำเนินคดีได้ทันที ซึ่งเมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เสนอความเห็นและพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง¹¹⁵ ก็อาจกำหนดเงินจำนวนหนึ่งให้ถือเสมือนเป็นเงินประกันตามหนังสือยินยอมที่จะอยู่ในความดูแลของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว บิดามารดาหรือผู้ปกครอง ต้องให้ความดูแลเอาใจใส่ทั้งเรื่องความเป็นอยู่และความประพฤติเพื่อไม่ให้เด็กกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก อย่างไรก็ตามหากเป็นครอบครัวที่ยากจนไม่มีเงินพอที่จะทำสัญญาประกันเงื่อนไข เช่น เงินที่ประกันตัวชั่วคราวเด็กหรือเยาวชนอาจจะได้มาจากหยิบยืมหรือกู้จากบุคคลอื่น ก็ชอบที่จะยื่นคำร้องต่อผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่าตนเป็นคนอนาถาและมีเหตุจำเป็นต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวคืนเจ้าหน้าที่หรือเมื่อผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและ

¹¹⁵ มาตรา 86-88 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

เยาวชนรับคำร้องและพิจารณาแล้วว่ามิใช่เหตุผลอันสมควรและเป็นความจริงก็ชอบที่อนุญาต โดยใช้วิธีการอื่นแทนการนำเงินมาวางเป็นประกันเงื่อนไข ดังเช่นศาลจังหวัดสุพรรณบุรี¹¹⁶ มีการขยายประเภทของสิ่งที่จะนำมาเป็นประกันได้ ซึ่งทำเป็นโครงการช่วยเหลือคนยากจนและเป็นการกำจัดเจ้าหนี้เงินกู้นอกระบบให้ออกจากการเป็นกาฝากในกระบวนการยุติธรรม เช่น การใช้ทะเบียนรถจักรยานยนต์ ก็เป็นเอกสารที่แสดงความเป็นเจ้าของในสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกัน ภาพถ่ายบ้านของครอบครัวเยาวชน หรือมีการใช้บุคคลที่ค้ำประกันจากแนวคิดเดิมที่ใช้ข้าราชการตั้งแต่ ชั้น 3 ขึ้นไป ก็เปลี่ยนมาเป็นบิดามารดา หรือผู้อุปการะเลี้ยงดูเยาวชนอยู่ในขณะกระทำความผิด เนื่องจากแนวคิดนี้เป็นการผูกมัดเชื่อมคุณค่าทางจิตใจระหว่างนายประกันและเยาวชนเข้าด้วยกันอย่างแยกขาด ซึ่งจากประสบการณ์ที่ผ่านมา ก็มีกรณีที่เยาวชนหลบหนีไปซึ่งเป็นการผิดเงื่อนไขในสัญญาประกันตัวชั่วคราวโดยใช้เงินประกัน ก็ไม่ทำให้เยาวชนรู้สึกว่าการหนีประกันตัวเป็นเรื่องที่ผิดหรือทำให้ผู้มีพระคุณต้องเดือดร้อนแต่หากนำมาตรึงการประกันตัว โดยให้ใช้บิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นหลักประกันแล้ว เยาวชนก็ย่อมคิดได้ว่าหากตนหลบหนีไปหรือทำอะไรผิดสัญญาหรือเงื่อนไข หลังจากที่พักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง¹¹⁷ ย่อมทำให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองต้องเป็นทุกข์และเดือดเนื้อร้อนใจเป็นอย่างมาก และกรณีที่ครอบครัวมีเงินประกัน ไม่เพียงพอหากมีการเรียกหลักประกันเพิ่มเติม ก็อาจจัดให้มีการทำสัญญาโดยจะชำระที่เหลือในวันเวลาใด และกำหนดให้การหนีประกันตัวในระหว่างเงื่อนไขหลังอัยการสั่งไม่ฟ้อง ถือว่าเป็นการกระทำผิดอาญา หรืออาจชดเชยจำนวนเงินที่เหลือโดยการทำบริการสาธารณะนอกจากนี้ พนักงานอัยการโดยหลักแล้วเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปว่าสามารถใช้ดุลยพินิจสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาได้ ดังที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งการสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไม่ว่าจะเป็นในประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา ฯลฯ ต่างก็แยกประเภทได้เป็น 2 ประเภท คือ การสั่งไม่ฟ้องแบบไม่มีเงื่อนไข (Unconditional Dismissal) และการสั่งไม่ฟ้องแบบมีเงื่อนไข (Conditional Dismissal) หรือการชะลอการฟ้อง (Suspended Dismissal) ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อพนักงานอัยการได้รับความเห็นจากผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน และเห็นชอบด้วยก็สั่งไม่ฟ้อง (Dismissal) เด็กหรือเยาวชน โดยคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการนี้ให้เป็นที่สุด จะเห็นได้ว่าทั้งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 บัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุว่าเป็นการสั่งไม่ฟ้องรูปแบบใด ดังนั้น แนวทางแก้ไขปัญหากังยังมีได้

¹¹⁶ มติชน. สืบค้นเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2557, จาก www.matichon.co.th

¹¹⁷ มาตรา 88 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

แก้ไขพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ควรให้อำนาจในการสั่งไม่ฟ้องแบบมีเงื่อนไขหรือการชะลอการฟ้องเป็นของอัยการฝ่ายเดียว ผู้เขียนจึงเสนอการแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติกรณีเด็กหรือเยาวชนไม่ปฏิบัติตามหนังสือขอม อยู่ใน การควบคุมของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยผู้อำนวยการสถานพินิจ ประสานงานในทางปฏิบัติกับอัยการสูงสุดหรืออัยการจังหวัดสำนักคดีเยาวชนและครอบครัว เพื่อ ขอความร่วมมือให้ข้อเสนอแนะในเรื่องของการใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้องแบบมีเงื่อนไข (Conditional Dismissal) ซึ่งอาจออกเป็น “ระเบียบการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องในคดีที่มีการจัดให้มีการ ประชุมกลุ่มครอบครัวตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ” ในคดีที่เข้าสู่การประชุมกลุ่มครอบครัว พนักงานอัยการอาจจะมียกคำสั่งไม่ฟ้องแบบมีเงื่อนไข โดยให้รอการฟ้องไว้เพื่อวิเคราะห์ความประพฤติของผู้ต้องหาโดยการคุมประพฤติไม่เกิน 2 ปี ต่อเมื่อเด็กหรือเยาวชนได้แก้ไขปรับปรุงความประพฤติดีขึ้นแล้ว พนักงานอัยการเจ้าของสำนวนจึง จะมีคำสั่งไม่ฟ้องเด็ดขาดในที่สุด ซึ่งย่อมจะทำให้บังเกิดผลในการแก้ไขปรับปรุงความประพฤติ ของเด็กหรือเยาวชน เพราะเด็กหรือเยาวชนจะระลึกเสมอว่าตนอาจจะถูกฟ้องได้อีกถ้าไม่แก้ไข ปรับปรุงความประพฤติให้ดีขึ้น และจะทำให้คำสั่งไม่ฟ้องนั้นมีความเป็นภาวะวิสัย (Objective) อีกทั้งยังเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและ ครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 และ มาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ต้องรอการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 แต่อย่างใด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

นับตั้งแต่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนพ.ศ. 2494 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 กระทั่งถึงพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อการพิทักษ์ปกป้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนให้ได้รับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟู (Rehabilitation) เพื่อกลับตนเป็นพลเมืองดีมากกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด (Crime Control) ยังผลให้เด็กและเยาวชนซึ่งกระทำความผิดกฎหมายอาญาได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้กระทำความผิดกฎหมายที่เป็นผู้ใหญ่ อาทิ ในขั้นตอนของการสอบปากคำของพนักงานสอบสวนที่ต้องมีที่ปรึกษากฎหมายและจะต้องสอบปากคำร่วมกับพนักงานอัยการ นักสังคมสงเคราะห์ หรือนักจิตวิทยา การห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาซึ่งมีข้อกำหนดว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดต่อศาลเยาวชนและครอบครัว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการสถานพินิจที่เด็กหรือเยาวชนนั้นอยู่ในเขตอำนาจ อย่างไรก็ตาม กระบวนการยุติธรรมแบบดั้งเดิมส่งผลให้การดำเนินชีวิตตามปกติของเด็กและเยาวชนหยุดชะงักทำให้ขาดโอกาสในการศึกษาเล่าเรียนหรือการทำงาน โดยเฉพาะการที่เด็กหรือเยาวชนมิได้รับการประกันตัวและถูกควบคุมตัวไว้หรือกรณีศาลเยาวชนได้พิพากษาให้ต้องเข้ารับการฝึกและอบรมอันเป็นการเสี่ยงต่อการเลียนแบบพฤติกรรมและเกิดมลทิน (Stigma) ประกอบกับจากสถิติของจำนวนเด็กและเยาวชนที่ถูกจับกุมและศาลมีคำพิพากษากระทำความผิดซ้ำยังคงมีอัตราที่สูง นอกจากนี้ก็เป็นผลมาจากนโยบายของกระทรวงยุติธรรมและรัฐบาลในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 9 ที่เล็งเห็นถึงปัญหาเรื่องปริมาณคดีล้นศาลและนักโทษล้นคุก โดยให้แต่ละองค์กรในกระบวนการยุติธรรมเสนอรูปแบบของการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) เช่น สำนักงานอัยการสูงสุดเสนอร่างกฎหมายเรื่องการต่อรองคำรับสารภาพ (Pre-bargaining) และผลักดันร่างพระราชบัญญัติชะลอการฟ้อง ซึ่งขณะนี้กำลังอยู่ในขั้นของการกลั่นกรองโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และเพื่อเป็นการตอบสนองนโยบายของรัฐบาล พนักงานอัยการโดยความร่วมมือกับกรมพินิจเป็นหน่วยงานที่สำคัญขององค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมเพื่อการอำนวยความสะดวกให้แก่เด็กและเยาวชน จึงได้พยายามคิดค้นรูปแบบการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ในรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

(Restorative Justice) ที่เรียกว่าการประชุมกลุ่มครอบครัว (Family and community Group Conferences) ตามมาตรา 63 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 และมาตรา 86 แห่ง พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 แต่จากการบังคับใช้มาเป็นเวลาพอสมควรทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติงานอยู่ พอการ

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งเป็นบทบัญญัติใหม่ มีลักษณะเป็นการที่ศาลเข้ามามีบทบาทควบคุมการใช้ดุลย พินิจของพนักงานอัยการมากจนอาจทำให้เกิดความล่าช้าและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เด็ก หรือเยาวชนในการที่จะเข้าสู่แผนฟื้นฟูได้เร็วขึ้น ดังคำที่ว่าความยุติธรรมที่ล่าช้า คือความ ไม่ยุติธรรม อีกทั้งยังไม่เป็นการคุ้มครองสิทธิเด็กเท่าที่ควรทั้งเป็นกระบวนการที่เย็นเยือกผิดจาก หลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ อันมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้คดีเสร็จสิ้นโดยเร็ว และกลับคืนคนดีสู่สังคม

5.2 ข้อเสนอแนะ

ดังนั้นเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปด้วยความมีประสิทธิภาพในการที่จะเข้าไปแก้ไข ปัญหาผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน จึงเห็นควรที่ให้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ดังนี้

1. เพิ่มบทบาทพนักงานอัยการให้มีดุลยพินิจเด็ดขาดในการยุติคดี เช่นเดียวกับมาตรา 63 เดิม โดยศาลอาจมีบทบาทในการร่วมมือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดี อาญาในชั้นอัยการ โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 86 ให้ศาลทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาหรือทำ ความเห็นหรือให้คำแนะนำแก่กระบวนการนั่งประชุมล้อมวงในการใช้มาตรการพิเศษแทนการ ดำเนินคดีอาญาในชั้นอัยการ

2. แก้ไขในส่วนอัตราโทษการใช้ดุลยพินิจการเข้าสู่มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดี อาญาของพนักงานอัยการไม่ควรจำกัดอัตราโทษห้าปี แต่ให้ขยายอัตราโทษได้ โดยหากเป็นคดีที่มี อัตราโทษจำคุกเกินกว่าห้าปีขึ้นไป อัยการอาจใช้ดุลยพินิจให้มีการประชุมกลุ่มครอบครัวได้หาก เห็นว่าเพื่อประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน ผู้กระทำผิดอาจกลับตนเป็นคนดีได้และ ขอมรับสารภาพผิดอีกทั้งบิดามารดา ผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี ให้คำมั่น เป็นหนังสือว่าสามารถดูแลเด็กและเยาวชนนั้นได้อย่างแท้จริง

3. แก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 86 วรรคสองตอนท้าย เมื่อพนักงานอัยการเห็นชอบด้วยกับแผนและให้ดำเนินการตามแผนดังกล่าวได้ทันที พร้อมทั้งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นคนรายงานให้ศาลทราบ

4. แก้ไขการส่งคดีโดยส่งไม่ฟ้องเป็นส่งไม่ฟ้องแบบมีเงื่อนไขแทนและกำหนดให้มีกระบวนการติดตามดูแล(after care) โดยคณะกรรมการติดตามสอดส่องเด็กและเยาวชนอันประกอบไปด้วยสหวิชาชีพ โดยคณะกรรมการจะคุมความประพฤติเด็กหรือเยาวชนนั้นได้ไม่เกิน 2 ปี และเมื่อเด็กหรือเยาวชนนั้นได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามแผนแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนครบถ้วนและพ้นระยะเวลาการคุมประพฤติแล้ว อัยการก็จะใช้ดุลยพินิจในการส่งไม่ฟ้องคดีนั้น ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้เด็กและเยาวชนกลุ่มเสี่ยงที่จะกระทำผิดซ้ำ (Recidivism) หลังจากที่เด็กและเยาวชนได้ปฏิบัติตามแผนฟื้นฟูเสร็จสิ้น ซึ่งหากปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นละเมิดเงื่อนไขการติดตามดูแลหรือกระทำความผิดอาญาซ้ำในระหว่างการชะลอการฟ้อง ให้อัยการยกเลิกการชะลอการฟ้องและดำเนินการฟ้องคดีในศาลเยาวชนและครอบครัวตามกระบวนการยุติธรรมปกติก่อนที่จะมีการเข้าสู่การชะลอการฟ้องคดีของพนักงานอัยการ

กรม
บรรณานุกรม
ศ

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน. (2546). *การศึกษาดูงานเพื่อกำหนดรูปแบบและวิธีการประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน ณ ประเทศนิวซีแลนด์ ระหว่างวันที่ 21-28 กันยายน 2546*. กรุงเทพมหานคร.
- _____. (ม.ป.ป.). สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2554, จาก www2.djop.moj.go.th/intranet/upload_circular
- กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. (2554). *การกระทำความคิดของเด็กและเยาวชน*. สืบค้นเมื่อ 24 มิถุนายน 2555, จาก www.m-society.go.th/document/statistic/statistic_6622.pdf
- การประชุมวิชาการระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 1 (2546) “กระบวนการทัศน์ใหม่ของกระบวนการยุติธรรมในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด-การประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชนรูปแบบกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่มีความเป็นไปได้ในสังคมไทย” เอกสารประกอบการประชุม.
- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2545). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่ สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- _____. (2550). *ยุติธรรมชุมชนและยุติธรรมสมานฉันท์*. กรุงเทพมหานคร: ชุมชนสหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทย จำกัด.
- กุลพล พลวัน. (2547). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- _____. (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ขัตติยา รัตนดิถ (การสื่อสารระหว่างบุคคล, 24 สิงหาคม 2555). *งานคดีเยาวชนและครอบครัว*. อ้างถึงใน www.kmcenter.ago.go.th/kms/node/1690
- คณิต ฅ นคร. *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพมหานคร.
- _____. (2524, กุมภาพันธ์). “การสังคดีและคำสั่งคดีของพนักงานอัยการ.” *วารสารอัยการ*, 1.

- จรัสพงศ์ ขจัดสารพัดภัย. (2554). *แนวทางในการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553*. สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2554, จาก, จาก www.nanju.ago.go.th/document/008.doc
- จิตติมา ชงไชย. (2543). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540: ศึกษาเฉพาะกรณีการคุ้มครองผู้เสียหายและพยานที่เป็นเด็กในการสอบสวน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- จิราวัฒน์ เข้มชัยพร. (2551). *การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (2006). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกในการยุติข้อขัดแย้งทางอาญาสำหรับสังคมไทย*. สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2554, จาก <http://joticlub.exteen.com/20060623/entry-2>
- จิตติภรณ์ อุเทนสุด. (2551). *คู่มือการประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน*. กรุงเทพมหานคร: กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กระทรวงยุติธรรม.
- ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2555). *การนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้ในคดีเด็กและเยาวชน* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพมหานคร.
- ณัฐดนัย สุภัทรากุล. (2549). *มาตรการบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติด ศึกษารูปแบบการบำบัดฟื้นฟูผู้ติดยาเสพติดของประเทศไทยกับรูปแบบการบูรณาการของศาลยาเสพติดของต่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ณัฐวสา นัตร์ไพฑูริย์. (2550). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: จากทฤษฎีสู่ทางปฏิบัติในนานาชาติ*. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ.
- เทพ สามงามยา. (2550). *หลักการพื้นฐานที่เหมาะสมในการดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชนในชั้นศาล* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นิติธร วงศ์ยืน. (2550). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ด้วยวิธีการประชุมกลุ่มครอบครัว: หลักการสำคัญโดยย่อและข้อคิดเห็นบางประการ*. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม.
- นิออน พิณประดิษฐ์. (2545). *จิตวิทยาทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.

- บ้านมหาดอทอง. (2251). *สิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพมหานคร.
- บุญเพราะ แสงเทียน. (2540). *คำอธิบายกฎหมายเยาวชนกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน*. กรุงเทพมหานคร: อักษร.
- _____. (2546). *กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์*. กรุงเทพมหานคร: วิทยพัฒน์.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (ม.ป.ป.). *การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์* (เอกสารประกอบการสอนรายวิชากฎหมายอาญาชั้นสูง). สืบค้นเมื่อ 12 มิถุนายน 2555, จาก [www.gconsole.com/bon/llm/.../สรุปอาญาชั้นสูง%20\(อ.ปกป้อง\).p...](http://www.gconsole.com/bon/llm/.../สรุปอาญาชั้นสูง%20(อ.ปกป้อง).p...)
- ประเทือง ธนิยผล. (2553). *การบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*. สืบค้นเมื่อ 8 มิถุนายน 2555, จาก [www.lawprachin.com/.../วิชา%20LA790%20รศ\[1\].ประเทือง.doc](http://www.lawprachin.com/.../วิชา%20LA790%20รศ[1].ประเทือง.doc)
- _____. (2555). *กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. (2530). *กฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็กและกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน*. กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก.
- _____. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพมหานคร: โฟร์พรีนติ้ง.
- ประภาศน์ อวยชัย. (2515-2516). *บทบาทศาลคดีเด็กและเยาวชนกับความมั่นคงแห่งชาติ*. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม.
- ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์. (2531). *สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม*. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พรศักดิ์ คุรงควินุลย์ และคณะ. (2543). *สิทธิมนุษยชน Human Right*. กรุงเทพมหานคร: ตำรวจ.
- พัลลภ พิสิษฐ์สังฆการ. (2546). *คำอธิบายพร้อมรวมคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543 เรียงมาตรา*. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร.
- พิชญา เหลืองรัตนเจริญ. (2555). *กระบวนการยุติธรรมของเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด* (คู่มือนิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- มาตาดักษณ์ ออรุ่งโรจน์. (2551). *กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รุ่งเรือง ฤตยพงษ์. (2534, สิงหาคม). “ระบบอัยการในประเทศสหรัฐอเมริกา.” *วารสารอัยการ*, 14(162).

- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. (2545). *การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมของเด็กและ ครอบครัวเพื่อตอบสนองการคุ้มครองเด็ก เยาวชน และครอบครัว* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพมหานคร: องค์การยูนิเซฟประเทศไทย.
- _____. (2537, กันยายน-ตุลาคม). “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.” *วารสารคุณพาท*, 5(41).
- วันชัย รุจนวงศ์ และคณะ. (2543). *กฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศไทยเฉพาะกรณีไม่สอดคล้องตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนา* (โดยสถาบันกฎหมายอาญารองการทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ). กรุงเทพมหานคร: คอมแพคท์พริ้นท์.
- วิชา มหาคุณ. (2539, กรกฎาคม-กันยายน). “รายงานการเดินทางไปประชุมและศึกษาด้านกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน ณ.ประเทศสหรัฐอเมริกา.” *วารสารคุณพาท*, 43(3).
- วิภาส สรรักษ์. (2554). *ผู้เสียหายกับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553*. สืบค้นเมื่อ 12 ตุลาคม 2555, จาก www.srk-ju.ago.go.th/Ar6.pdf
- สง่า ลีนะสมิต. (2520). *กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สดศรี สัตยธรรม น้าประเสริฐ. (2524). *กระบวนการพิจารณาคดีอาญาเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมภพ เรืองตระกูล. (2535). *จิตเวชศาสตร์*. กรุงเทพมหานคร: อักษรสัมพันธ์.
- สุดจิต เจนนพกาญจน์. (2546). *กระบวนการทัศน์ในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เสน่ห์ จามริก. (2542). *สิทธิมนุษยชน: เกณฑ์คุณค่าและฐานความคิด*. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ลักษณ์.
- แสงเดือน แสงบัวงามล้ำ. (ธันวาคม 51-มกราคม 2552). “กบข. อังกฤษและเวลส์: ที่เหมือนและต่างจากไทย.” *วารสารยุติธรรม*, 9(2).
- หยุด แสงอุทัย. (2495). *คำอธิบายกฎหมายศาลเด็ก*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานประชานิติ.
- _____. (2515). *ประมวลกฎหมายอาญา เรียงโดยตนเอง*. กรุงเทพมหานคร: แสนสุทธิการพิมพ์.
- _____. (2516). *กฎหมายอาญาทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- อภิศิ โปธิ์พร้อม. (2554). “นิตธิรรมก้าวไกล 8 ปี แห่งการรอกอย...พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและ
ครอบคร้าวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบคร้าว พ.ศ. 2553.” *วารสารศาลยุติธรรม
ปริทัศน์*, 5(3).
- อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2553, กุมภาพันธ์-มีนาคม). “อัยการกับการคุ้มครองสิทธิ (เด็ก).”
วารสารยุติธรรม, 10(3).
- อรสม สุทธิสาคร. (2544). *อาชญากรเด็ก?*. กรุงเทพมหานคร: วิริยะธุรกิจ.
- อรุณี กระจ่างแสง. (2533, กันยายน). “บทบาทของพนักงานอัยการในการสอบสวนคดีอาญา: ศึกษา
เปรียบเทียบเยอรมัน สหรัฐอเมริกาและไทย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 20(3).
- อังกริยา ชูตินันท์ และคณะนิติศาสตร์. (2549). *โครงการติดตามผลและการพัฒนารูปแบบการลด
ปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล สำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม*. กรุงเทพมหานคร.
_____. (2551). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์โดยวิธีการประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน
เพื่อหักเหคดีเด็กและเยาวชน โดยไม่ต้องขึ้นสู่ศาลเยาวชนและครอบครัว
(รายงานผลการวิจัย)*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- อังกริยา ชูตินันท์. (2552). *กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก และเยาวชน และครอบครัว (แก้ไขเพิ่มเติม
ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- _____. (2555). “พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดี เยาวชนและ
ครอบคร้าว พ.ศ. 2553.” *วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวทิยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์*.
- _____. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่2)*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- อัชยา ดิษยบุตร และคณะ. (2531). *คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494
และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494*. กรุงเทพมหานคร:
รุ่งเรืองธรรม.
- อาภรณ์ รัตนมณี. (2553). “ทำไมระบบการศึกษาไทยจึงพัฒนาช้า.” *บทความทางวิชาการ*.
- อุดม รัฐอมฤต. (2552). “สรุปการศึกษาวิจัยเรื่องบทบาทของอัยการในมุมมองของกระบวนการ
ยุติธรรมเชิงสมานฉันท์.” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 38(2).
- อุทัย อาทิวะช. (2548, มีนาคม). “สิทธิของผู้เสียหายในกฎหมายฝรั่งเศส.” *วารสารบทบัณฑิตย์*, 61(1).
- _____. (2556). *คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*. กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองธรรม.

ภาษาอังกฤษ

Asquith, H.H. (1852-1928). *YOUTH DIVERSION*. Retrieved Febtember 25, 2013, p.1-2 from
www.justice.gov.nl.ca/just/prosect/guidebook/023.pdf

Corrado, R.R. (1994). *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*.
Retrieved June 22, 2012, from <http://www.highbeam.com/doc/1G1-14778228.html>
Canadian Journal y

Department of Justice Canada. (2011). *Crown Decision-Making Under the Youth Criminal
Justice Act*. Retrieved June 22, 2012, from [http://www.justice.gc.ca/eng/pi/yj-jj/res-
rech/moyer_basic/decision/p4.html](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/yj-jj/res-
rech/moyer_basic/decision/p4.html)

Hurlock, E.B. (1974). *Personality development*. New York: Mc Graw Hill.

Kimble, G.A. (1980). *Principles of general psychology*. New York: John Wiley. Son,Inc.,

Renhardt, A.N. (1977). *Current practice in family centered community nursing*. Saint Louis: The
C.V.Mooky Co.,

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ

ชัยวิทย์ ฤทธิพิชัยวัฒน์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
เนติบัณฑิตไทย

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ

เลขานุการ กกต. ดร.ธีรวัฒน์ ธีรโรจน์วิทย์

สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง