

บทที่ 4

วิเคราะห์บทบาทในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณา คดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86

การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาซึ่งเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกใหม่ที่อาศัยหลักกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) แต่ทั้งนี้อาศัยเพียงหลักกฎหมายที่ว่ามานั้นยังไม่เพียงพอจึงต้องวิเคราะห์ถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและใช้เป็นหลักการใหญ่ในการร่างพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ส่งผลให้ศาลต้องกำหนดบทบาทที่ชัดเจนเพื่อผดุงความยุติธรรมและคุ้มครองสวัสดิภาพเนื่องในฐานะองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีความน่าเชื่อถือและยังต้องคำนึงถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชน (The Best Interest of Childs) ประกอบกับยังมีผู้พิพากษาสมทบ (Lay Judge) เป็นผู้ที่ผ่านมาการคัดเลือกมาจากสำนักงานศาลยุติธรรม โดยการสอบข้อเขียนและการสัมภาษณ์ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดและมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบศาลเยาวชนและครอบครัว จังหวัดต่างๆที่เปิดทำการ มีหน้าที่ในทางตุลาการ ร่วมพิจารณาพิพากษาคดีที่เด็กหรือเยาวชนถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด คดีครอบครัวและคดีแพ่งที่มีผู้เยาว์มีผลประโยชน์ได้เสีย รวมถึงเป็นผู้ให้การอบรม บำบัด แก้ไข ฟื้นฟู และสงเคราะห์เด็กและเยาวชนที่หลงผิดให้กลับตนเป็นพลเมืองคืออยู่ร่วมกับสังคมได้อย่างปรกติสุข¹ แต่สภาพปัญหาในปัจจุบันเกี่ยวกับพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 นี้ศาลมีอำนาจเพียงแค่ว่าหากเห็นว่าแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูชั้นก่อนฟ้องไม่ชอบด้วยกฎหมายทำได้เพียงการสั่งตามความเห็นสมควรทั้งนี้เป็นการใช้อำนาจในหลักเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (The Best Interest Of Justice) แต่ยังไม่สามารถบังคับใช้หลักเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้อย่างเต็มที่อีกทั้งสภาพความเป็นอยู่รวมถึงระบบของกฎหมายในประเทศไทยนั้นยังมีปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เหมือนกับต่างประเทศ กล่าวคือการกระทำความผิดของเด็กนั้นกฎหมายไทยยังมองว่าเด็กคือผู้ที่กระทำความผิดในทางอาญาในการปรับบทกฎหมายจึงต้องปรับตาม

¹ ไพฑูรย์ ทับจันทร์ , “บทบาทของผู้พิพากษาสมทบกับการปฏิบัติหน้าที่ในศาลเยาวชนและครอบครัว,” (รายงานผลงานส่วนบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 10 สำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2555), น. 4.

ประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกับผู้ที่บรรลุนิติภาวะกระทำความผิดเช่นเดียวกับอาชญากร แต่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มีมุมมองที่ไม่เหมือนกับกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาทั่วไปโดยมีเจตนารมณ์ที่จะแก้ไข บำบัดฟื้นฟูเด็กที่กระทำความผิดโดยมิได้มองว่าเด็กที่กระทำความผิดนั้นเป็นอาชญากรแต่อยู่ในลักษณะที่เป็นผู้ป่วยควรได้รับการรักษา เยียวยา อย่างถูกวิธีเมื่อพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ถูกบังคับใช้จึงมีปัญหาด้านกฎหมายหลังของการบังคับใช้ตามมาตรา 86 รวมถึงบทบาทของศาลเยาวชนซึ่งเป็นองค์กรที่ให้ความยุติธรรมไปพร้อมกับแก้ไข บำบัดฟื้นฟู ในลักษณะสังคมสงเคราะห์ดังกล่าวในข้อต่อไป

4.1 การทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชน

ตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 เป็นขั้นตอนของการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้อง โดยให้ผู้อำนวยการสถานพินิจทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเพื่อเสนอพนักงานอัยการเพื่อมีคำสั่งว่าจะเห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือไม่ โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 40 (3) (บี) เมื่อเห็นว่าเป็นที่เหมาะสมหรือพึงปรารถนาจะมีการใช้มาตรการพิเศษสำหรับเด็กเหล่านั้นโดยไม่อาศัยกระบวนการทางตุลาการ ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่าสิทธิมนุษยชนการคุ้มครองตามกฎหมายจะได้รับการเคารพอย่างเต็มเปี่ยม โดยการที่ศาลเพียงแต่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเพียงเท่านั้นยังไม่อาจเพียงพอหากแต่ต้องสามารถกำหนดเงื่อนไขในแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูดังกล่าวได้ด้วยจึงมีข้อสังเกตว่าแม้ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 40 (3) (บี) ดังที่กล่าวมานั้นว่าไม่จำเป็นต้องอาศัยกระบวนการทางตุลาการก็ได้หมายความว่าหากศาลเข้ามาเห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูชั้นก่อนฟ้องแล้วจะต้องมีการพิจารณาคดีหรือพิพากษาให้เป็นตราบาปแก่เด็กหรือเยาวชนต่อไปในอนาคตทุกกรณีหากแต่เป็นการลดบทบาทจากผู้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีมาเป็นผู้ร่วมแก้ไขปัญหาให้ตรงจุดเพื่อมิให้เด็กหรือเยาวชนกลับมากระทำความผิดซ้ำซากอีกประกอบกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of Childs) ซึ่งเป็นหลักใหญ่ในอนุสัญญาข้อใดๆก็ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติข้อ 3 (1) นี้ย่อมจะเป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กหรือเยาวชนหากศาลเข้าไปเห็นชอบด้วยกับเงื่อนไขในแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูชั้นก่อนฟ้อง หากเปรียบเทียบกับกรณีสถานพินิจการของลูกหนี้ในคดีล้มละลายที่หากต้องการจะฟื้นฟูกิจการจะต้องมีการทำแผนฟื้นฟูกิจการเช่นกันและศาลต้องเห็นชอบด้วยกับแผนฟื้นฟูกิจการนั้น ในกรณีดังกล่าวที่ผู้เขียนยกตัวอย่างมานั้นก็เพื่อที่จะเปรียบเทียบเสนอให้เห็นถึงมุมมองว่าการ

ล้มละลายซึ่งเทียบได้กับการประหารชีวิตในทางแพ่งโดยเป็นเรื่องการบริหารจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งปวง แต่หากเปรียบเทียบกับอนาคตของเด็กหรือเยาวชนที่แม้ว่าจะกระทำความผิดแต่เด็กหรือเยาวชนนั้นก็เชื่อว่าเป็นทรัพยากรของโลกหรือเป็นกำลังหลักในอนาคตของชาติความร่วมมือกันระหว่างองค์กรต่างหากที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชนมากที่สุด โดยหลักการที่นำมาปรับใช้กับมาตรา 86 นี้เป็นการใช้มาตรการหันเหคือออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion) โดยวิธีการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) ซึ่งมีแนวคิดให้ผู้เสียหายหรือเหยื่อของอาชญากรรมเป็นประธานในคดีดังที่กล่าวมาแล้วนั้นความยินยอมของผู้เสียหายหรือเหยื่อจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เกิดขึ้นได้ แม้การฟ้องคดีของพนักงานอัยการในประเทศไทยจะเป็นการฟ้องคดีในรูปแบบการใช้ดุลพินิจโดยหากเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะอาจมีการ ถอนฟ้อง ขอมความ ได้ซึ่งทำให้สิทธิภาคีอาญาฟ้องระงับแต่ในฐานความผิดที่สามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 86 นี้ได้จะต้องเป็นความผิดต่อส่วนตัวเท่านั้น ผู้เสียหายหรือเหยื่อจึงเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการให้ความยินยอม หากผู้เสียหายไม่ยินยอมด้วยแล้วกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์คงไม่อาจเกิดขึ้นได้แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจึงต้องมีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหลายฝ่ายรวมถึงศาลที่ต้องเข้าไปมีบทบาทเห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูโดยอาศัยหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชน (The Best Interest of Childs) เพื่อพิทักษ์ประโยชน์สูงสุดในฐานะที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นกลางมีความน่าเชื่อถือ โดยการที่ศาลเข้าไปมีบทบาทเห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเนื่องจากเป็นธรรมดาที่คดีหากไม่มีการใช้มาตรการพิเศษแล้วคดีย่อมที่จะต้องเข้ามาสู่กระบวนการของศาล แต่ในกรณีนี้การที่พนักงานอัยการจะใช้อำนาจในชั้นก่อนฟ้องศาลยอมที่จะต้องเข้าไปมีบทบาทเพื่อเป็นการรับรองว่าแผนดังกล่าวมีความเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมายแล้วเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็กหรือเยาวชนในการใช้มาตรการพิเศษชั้นก่อนฟ้องคดีนี้มิใช่เป็นเรื่องที่ศาลเข้าไปสั่งคดีแทนพนักงานอัยการเพียงแต่ให้ศาลเข้าไปมีบทบาทกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูมิใช่เป็นการก้าวล่วงดุลพินิจของพนักงานอัยการแต่อย่างใด โดยอำนาจการสั่งคดีก็ยังเป็นของพนักงานอัยการเช่นเดิมเพียงแต่หากว่ากระบวนการยังไม่เหมาะสมไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะต้องมีผู้ที่จะต้องสั่งให้คดีนั้นกลับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาแบบปกติโดยสรุปแล้วว่าการที่ศาลได้เข้าไปมีบทบาทหรือทราบความเคลื่อนไหวก็ยอมที่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

4.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

หลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายมีแนวความคิดที่พัฒนามาจากหลักในเรื่อง เสรีนิยม (Liberalism) แนวความคิดเรื่องประชาธิปไตย (Democratic) และ สิทธิมนุษยชน (Human Right) โดยในความเป็นจริงแล้วหลักการตรวจสอบนั้นไม่จำเป็นต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรศาลทุกกรณีแต่ในทางบริบทของสังคมไทยนั้นองค์กรศาลถือได้ว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายโดยมิได้มีส่วนได้เสียดังนั้นในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ศาลเยาวชนถือว่าเป็นผู้ที่มีบทบาทมากที่สุดในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กหรือเยาวชน ไม่ว่าจะเด็กหรือเยาวชนนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิด เช่น ขั้นตอนการตรวจสอบการจับตามมาตรา 73 รวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรา 86 นี้ ล้วนแต่เป็นหลักการตรวจสอบ (Due Process) อันเป็นหลักที่ประกันการเพิกถอนสิทธิ การตัดสิทธิ การกระทำใดๆ อันมีผลต่อสิทธิต่างๆ เช่น เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคลนั้นจะกระทำมิได้เว้นแต่จะมีกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายดังนั้นผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบจึงต้องมีความเป็นกลาง เที่ยงธรรม และต้องเป็นองค์กรที่มีความน่าเชื่อถือเป็นที่ยอมรับ องค์กรตุลาการซึ่งก็คือศาลเยาวชนและครอบครัวจึงมีความเหมาะสมในการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเช่นว่านี้แล้วแต่อย่างไรก็ตามบทบาทของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแผนแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู นั้นควรต้องมีความตกลงการทำความเข้าใจขององค์กรศาลเยาวชน กล่าวคือ ควรจะต้องกำหนดหรือออกเป็นข้อกำหนดหรือข้อเสนอแนะของอธิบดีศาลเยาวชนแล้วแต่กรณีเพื่อกำหนดแนวทางในกรอบความเข้าใจที่ร่วมกันระหว่างผู้พิพากษาเพื่อป้องกันปัญหาความคลาดเคลื่อนในความเห็นของการสั่งคดีและอาจส่งผลให้กระบวนการพิจารณาคดีเกิดปัญหาความล่าช้าโดยไม่จำเป็นเพราะการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนนั้นจะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วสมควรล่าช้าโดยไม่จำเป็น การให้อำนาจศาลเยาวชนในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจึงเป็นเรื่องที่ดีและเหมาะสมแล้วแต่หากให้การตรวจสอบนั้นเกิดผลสัมฤทธิ์ในทางปฏิบัติแล้วควรต้องให้อำนาจในส่วนของการแก้ไข ด้วยเพื่อให้การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนเป็นไปอย่างได้ผล ถ้าพึงเพียงแต่การตรวจสอบเพียงอย่างเดียวในความเห็นของผู้เขียนนั้นมองว่าไม่มีความเพียงพอสำหรับการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องเพราะอาจทำให้กระบวนการเกิดความล่าช้าโดยไม่จำเป็น

4.3 การให้ความยินยอมในคดีความผิดต่อส่วนตัว

การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 หลักเกณฑ์ที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่ง ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดในคดีอาญา ความผิดต่อส่วนตัว คือ ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งหากผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอมเสียแล้วนั้น คดีย่อมไม่อาจที่จะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้ การให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ไม่อาจมีผู้ใดมาตรวจสอบได้ว่าก่อนที่ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมการได้รับสิ่งที่ชดเชยสิ่งที่เสียหายหรือสูญเสียไปจากการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนนั้นมีเงื่อนไขหรือวิธีการชดเชยอย่างไร ตัวอย่างเช่น หากเด็กหรือเยาวชนนั้นกระทำความผิดฐานลักขโมยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 352 ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อส่วนตัวประกอบกับได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และต้องการจะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องตามมาตรา 86 นี้จึงชอบที่จะต้องมี ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นสำคัญ จึงมีข้อสังเกตว่าหากเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดนั้นชดเชยความเสียหายหรือบรรเทาผลร้ายโดยวิธีการคืนทรัพย์สินหรือเงินที่ลักขโมยให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วเท่ากับจำนวนที่ได้กระทำความผิดมากรณีเช่นว่านี้เพียงพอแล้วหรือไม่ หากปรากฏว่าผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอมเนื่องจากต้องการค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการทำละเมิดหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่ให้ความยินยอมจนกว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นจะได้ชดเชยราคาในส่วนดังกล่าวที่เกินกว่าราคาทรัพย์สินที่ถูกประทุษร้ายจนกว่าจะพอใจนั้น จะเป็นปัญหาที่ทำให้ความยินยอม เช่นว่านั้นไม่มีราคาไม่สอดคล้องต่อเจตนารมณ์ของการแก้ไขปัญหาคดีหรือเยาวชนกระทำความผิด อันมีลักษณะที่คล้ายค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เปิดโอกาสให้ราษฎรด้วยกันบังคับกันเอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แม้กระบวนการตามมาตรา 86 นี้จะเป็นกระบวนการในชั้นก่อนฟ้องคดีซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ โดยส่วนใหญ่แต่ก็ไม่มีบทกฎหมายใดที่ให้พนักงานอัยการในการตรวจสอบถึงการได้มาซึ่งความยินยอมดังกล่าวและเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 86 วรรคสามว่า “หากปรากฏข้อเท็จจริงแก่ศาลว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขฟื้นฟูนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร” จึงมีข้อสังเกตที่จะต้องพิจารณาถึงบทบาทของศาลว่าหากปรากฏว่าการได้มาซึ่งความยินยอมของผู้เสียหายได้มาโดยวิธีการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษกันเองระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายแล้วจึงอาจไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาซึ่งมีหลักมาจากกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ซึ่งมิได้มุ่งหมายให้มีการสำนึกในการกระทำโดยใช้เงินเพื่อเยียวยาชดเชยการกระทำความผิดซึ่งหากข้อเท็จจริงจะปรากฏ

แก่ศาลก็จะเป็นการยากที่จะปรากฏอยู่ในสำนวนจึงยากต่อการตรวจสอบทั้งนี้จึงต้องอาศัยหลักเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบในเชิงลึกถึงการได้มาซึ่งความยินยอมของผู้เสียหายได้เพื่อให้สอดคล้องต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 โดยมุ่งที่จะแก้ไขบำบัดฟื้นฟูมากกว่าการลงโทษ

4.4 การให้ความยินยอมในคดีอาญาต่อแผ่นดิน

ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาทั้งของผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดไว้ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญโดยมีหลักว่าเด็กหรือเยาวชนและผู้เสียหายต้องให้ความยินยอมไว้ใน 2 ส่วน กล่าวคือ

- (1) การให้ความยินยอมที่จะใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา
- (2) การให้ความยินยอมกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

หากไม่มีความยินยอมเช่นนั้นแล้วการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยหลักแล้วการกระทำความผิดทางอาญาไม่ว่าความผิดนั้นจะเป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่อย่างไรก็ย่อมที่เกิดความวุ่นวายและความไม่สงบแก่รัฐอยู่เสมอ

จากการศึกษาพบว่ามาตรา 86 มิได้บัญญัติถึงในกรณีที่หากพบว่าการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนนั้นเป็นกรณีความผิดที่อาญาต่อแผ่นดินไว้ในปัจจุบันจึงเกิดปัญหาว่าศาลเยาวชนและครอบครัวหลายแห่งได้มีคำสั่งไม่อนุญาตในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดในคดีอาญาต่อแผ่นดินและศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้คดีดังกล่าวใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในหมวด 7 โดยมีความเห็นว่า"ความผิดตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ นั้น รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย" อีกทั้งยังต้องตีความไปในทางที่ถือว่าเป็นคดีที่ไม่มีผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมจากปัญหาดังกล่าวย่อมส่งผลถึงบทบาทของศาลเยาวชนในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา ถ้าหากมีการตีความมาตรา 86 โดยศาลไว้เช่นนั้นน่าจะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และการหันเหคดีเด็กและเยาวชนออกจากกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ทั้งนี้ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 2 ว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ (Non - Discrimination) จึงต้องบังคับใช้กับเด็กหรือเยาวชนอย่างเท่าเทียมแต่ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากคำว่าผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ซึ่งต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเท่านั้นที่จะได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดทางอาญานั้นฐานหนึ่งแม้จะปรากฏว่ามีการกระทำความผิดอาญาซึ่งเป็นและก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมโดยรวมจึงต้องถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายทุกกรณี

และต้องมีผู้ที่สามารถให้ความยินยอมแทนรัฐได้เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเพราะเนื่องจากหากไม่ผู้ให้ความยินยอมแทนรัฐแล้วกฎหมายมาตรา 86 นี้ก็จะสามารถใช้บังคับได้น้อยหรือไม่สามารถบังคับได้โดยส่วนใหญ่หากย้อนไปถึงเจตนารมณ์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่ใช้วิธีการประชุมกลุ่มครอบครัวซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากประเทศนิวซีแลนด์เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นรัฐจะเป็นผู้เสียหายทุกกรณีจึงไม่มีคดีใดที่จะไม่มีผู้เสียหายดังนั้นเมื่อมีผู้เสียหายและมีตัวแทนของรัฐให้ความยินยอมแล้วศาลย่อมที่จะอนุญาตให้เด็กหรือเยาวชนนั้นเข้าสู่การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้เพื่อให้กระบวนการดังกล่าวดำเนินไปได้อย่างเข้มแข็งและแก้ปัญหาได้อย่างจริงจัง

4.5 การกระทำความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท

เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นพนักงานสอบสวนเป็นผู้ที่มีหน้าที่สอบสวนแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดและความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา อีกทั้งเป็นต้นทางของกระบวนการยุติธรรมซึ่งในเบื้องต้นมีหน้าที่ที่จะต้องปรับข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์กระทำ ความผิดในคดีเข้ากับข้อกฎหมายแล้วจึงแจ้งข้อกล่าวหา รวมถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่นว่านั้นเป็นความผิดให้แก่ผู้ต้องหา (Charging) แต่การสอบสวนหรือการแจ้งข้อหาต่อผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็กจะต้องมีสหวิชาชีพเช่นนักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา ทนายความ พนักงานอัยการ หรือบุคคลที่เด็กร้องขอ ซึ่งในการกระทำความผิดของเด็กนั้นอาจเป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวและอาจเป็นครั้งแรกที่เด็กนั้นกระทำความผิดแต่เมื่อพนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาและพนักงานอัยการมีความเห็นควรสั่งฟ้องในฐานะความผิดต่าง ๆ นั้นอาจมีบางฐานความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตามกฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินห้าปีซึ่งเข้าเงื่อนไขของการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86 และบางฐานความผิดที่ไม่เข้าเงื่อนไข จึงมีข้อสังเกตถึงความไม่ชัดเจนของการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาขึ้นก่อนฟ้องหากการที่เด็กหรือเยาวชนนั้นกระทำความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดกรรมเดียวแต่ผิดต่อกฎหมายหลายบทซึ่งจะต้องลงโทษบทหนักตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 เนื่องจากหากพนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาเพิ่มเติมหรือพนักงานอัยการมีคำสั่งให้พนักงานสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาเพิ่มเติมฐานความผิดที่ไม่เข้าเงื่อนไขของมาตรา 86 กับความผิดที่เข้าเงื่อนไขรวมกันมาจะมีปัญหาเกี่ยวกับความผิดที่สามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้ เพราะไม่มีบทกฎหมายใดในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 บัญญัติไว้ถึงกรณี

ดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการตีความและปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายของ มาตรา 86 ซึ่งการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องไม่อาจใช้บังคับได้ตาม เจตนารมณ์เมื่อพิจารณาจากการกระทำความผิดทางอาญาในลักษณะหนึ่งซึ่งเกิดจากการกระทำ กรรมเดียวซึ่งอาจเป็นเจตนาที่ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลต่อฐานความผิดหนึ่งแต่ในขณะเดียวกัน ก็อาจเป็นความผิดที่ทับซ้อนและเข้าองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายในอีกฐานความผิดหนึ่งด้วย ตัวอย่างเช่น พนักงานอัยการฟ้องจำเลยซึ่งเป็นเยาวชนต่อศาลเยาวชนในความผิดที่มีอัตราโทษอย่าง สูงเกินกว่า 5 ปี และความผิดที่มีอัตราโทษอย่างสูงต่ำกว่า 5 ปี มาพร้อมกันด้วยและขอให้ลงโทษบท หนักตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 90 แต่ในทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยซึ่งเป็นเยาวชนนั้นมีความผิดเพียงฐานความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงต่ำกว่า 5 ปี แต่เด็กหรือเยาวชนนั้นไม่เคยทำ แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามาก่อนหน้านั้นย่อมทำให้ ผู้เยาว์นั้นเสียสิทธิในการได้รับประโยชน์จากมาตรา 86 แห่งกฎหมายฉบับนี้ได้