

ปัญหาเกณฑ์อายุขั้นต่ำและขั้นสูงที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา และแนวคิดการเสนอปรับปรุงเกณฑ์อายุ

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคิดในการปรับปรุงเกณฑ์อายุขั้นต่ำและขั้นสูงของเด็ก ในการรับผิดชอบทางอาญา ในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73, 74, 75, 76 ไม่สอดคล้องกับแนวคิดสากลในการคุ้มครองสิทธิเด็กและกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยจะทำการศึกษาวิเคราะห์โดยการนำแนวคิดในการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ว่าควรปรับปรุงเกณฑ์อายุขั้นต่ำและขั้นสูงของเด็กนั้นมีเหตุผลใดมารองรับ เช่น เหตุผลทางอาชญาวิทยา เหตุผลทางการแพทย์ เหตุผลด้านสิทธิมนุษยชน เป็นต้น เมื่อเปรียบเทียบเกณฑ์อายุขั้นต่ำและขั้นสูงกับของต่างประเทศแล้วนั้น มีข้อดีและข้อเสียเช่นใด เหมาะสมกับสภาพสังคมและกฎหมายของประเทศไทยหรือไม่ ซึ่งจำแนกข้อพิจารณาในเรื่องนี้ได้ 3 ประเด็น คือ

4.1 ปัญหาจากการกำหนดอายุที่รับผิดชอบทางอาญาไม่เหมาะสม

ตามที่คุณวิจัยได้ศึกษาค้นคว้าทฤษฎีพัฒนาการทางด้านจริยธรรมและเหตุผลทางการแพทย์ จะพบว่า เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปี ยังมีพัฒนาการทางด้านจริยธรรมที่ไม่สมบูรณ์ โดยถือเอาอัตตาของตนเองเป็นใหญ่ กระทำสิ่งต่างๆ เพื่อแสวงหารางวัลและหลีกเลี่ยงการลงโทษ การที่เด็กกระทำผิดโดยไม่เข้าใจสาระการกระทำของตนเองว่าผิดศีลธรรมหรือผิดกฎหมายหรือไม่ ถือว่าเด็กมีเจตนากระทำผิดมิได้ เพราะบุคคลที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ต้องรู้ว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้น เป็นความผิดและได้ตัดสินใจกระทำตามที่ตัดสินใจ จึงจะถือว่ามีเจตนากระทำผิด ดังนั้น จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเด็กนั้นมีเจตนาในการกระทำผิดหรือไม่ ให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางด้านจริยธรรมและสภาพจิตใจของเด็ก หากเด็กยังไม่มีความสามารถในการแยกแยะความแตกต่างของถูก/ผิด เพราะพัฒนาการของตนยังไม่ถึงระดับขั้นที่จะกระทำได้ แต่กฎหมายให้เด็กต้องรับโทษจะส่งผลต่อสภาพจิตใจและบุคลิกภาพของเด็ก เป็นการทำร้ายเด็กทางอ้อม เนื่องจากเด็กที่มีอายุน้อยกระทำผิดเด็กจะเกิดความวิตกกังวล และการที่กฎหมายลงโทษเด็กโดยให้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมจะทำให้เด็กเกิดความเครียด และส่งผลให้เกิดการหยุดชะงักของพัฒนาการ ซึ่งเด็กแต่ละคนจะสร้างกลไกป้องกันตนเอง เช่น ก้าวร้าว, ซึมเศร้า, พุดโกหก เป็นต้น การเยี่ยวยาเด็กให้กลับคืนสู่ปกติจะใช้เวลาานานมาก หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการลงโทษผู้กระทำผิดที่มีเจตนากระทำผิด และป้องกันความปลอดภัยของชีวิตและทรัพย์สินของสมาชิกใน

สังคม ดังนั้นการที่เด็กกระทำผิดเพราะรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และมีได้มีจิตใจเป็นอาชญากร แต่ถูกลงโทษ ย่อมไม่ยุติธรรมต่อเด็กเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งเกณฑ์อายุขั้นต่ำ 7 ปี ไม่เหมาะสมกับการคุ้มครองสิทธิ เด็กในเรื่องการพัฒนาและแก้ไขฟื้นฟูเด็กให้กลับคืนสู่สังคม เนื่องจากการกำหนดอายุที่ต่ำเกินไป เป็นการใช้กฎหมายลงโทษและจำกัดอิสรภาพเด็กโดยไม่เป็นธรรม ทั้งที่เด็กควรจะได้รับสิทธิพิเศษ อยู่ในครอบครัวของตน ก็อาจถูกนำมาคุมขังเพื่อรอพิจารณาคดี และอาจซึมซับตัวอย่างที่ไม่ดีใน สถานที่คุมขัง ซึ่งเป็นการใช้กฎหมายผลักดันให้เด็กเข้าไปใช้ชีวิตในสภาพแวดล้อมที่ไม่ดีโดยมิได้ ตั้งใจก็เป็นได้ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปัญหาเหล่านี้เกิดจากการกำหนดอายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดไม่ เหมาะสมกับวัยของเด็ก ซึ่งหัวข้อต่อไปนี้จะศึกษาว่าการกำหนดเกณฑ์อายุที่ไม่เหมาะสมโดย เปรียบเทียบกับต่างประเทศและขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนและกฎหมายใดบ้าง

4.1.1 การเปรียบเทียบเกณฑ์อายุขั้นต่ำและขั้นสูงที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาของต่างประเทศและประเทศไทย

4.1.1 เกณฑ์พิจารณาการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน แต่เดิมเด็กและเยาวชน ที่ต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด จะถูกดำเนินการในกระบวนการยุติธรรม เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ วิธีการและขั้นตอนต่างๆ จะเป็นอย่างคดีอาญาธรรมดา⁴⁴ นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ได้มีแนวความคิดขึ้นใหม่ว่า เด็กและเยาวชนที่กระทำผิดกฎหมายนั้นไม่ใช่อาชญากร แนวความคิดนี้ได้รับการเผยแพร่และสนับสนุนโดยนักอาชญาวิทยา นักสังคมวิทยา และนักจิตวิทยา ที่พยายามเน้นให้สังคมได้ตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำผิดกฎหมายของเด็กและเยาวชน เป็นความผิดพลาดที่เกิดขึ้นจากความด้อยประสบการณ์ ความบกพร่องในสภาพแวดล้อม และ บุคลิกภาพหรือภาวะทางจิตใจ ฉะนั้นเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิดกฎหมายควรจะได้รับปฏิบัติ แตกต่างไปจากอาชญากรหรือผู้ใหญ่ที่กระทำผิด

จากแนวความคิดนี้เองจึงต้องมีหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาแยกเด็กและเยาวชน กระทำผิดออกจากผู้ใหญ่กระทำผิดซึ่งมีอยู่ 2 ประการ คือ

1. เกณฑ์อายุ การที่จะให้เด็กหรือเยาวชนได้รับความสงเคราะห์หรือคุ้มครอง ตามแนวความคิดในเรื่องการกระทำผิดนี้ได้มีการกำหนดอายุของเด็กหรือเยาวชนไว้ ทั้งเกณฑ์อายุ

⁴⁴ นิมนวล เชาวระวณิช, "อุปสรรคของการคุมประพฤติในสถานพินิจศาลคดีเด็กและเยาวชนกลาง" วิทยานิพนธ์ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518. (อัดสำเนา).

ขั้นต่ำสำหรับกรณีที่จะถือว่าอายุเท่าใดจึงจะเริ่มรับผิดชอบทางอาญา และเกณฑ์ขั้นสูงเพื่อจะถือว่าอายุเท่าใดจึงจะใช้วิธีการลงโทษสำหรับผู้ใหญ่ ซึ่งจากการสำรวจเปรียบเทียบปรากฏดังนี้⁴⁵

อายุขั้นต่ำ

| | |
|---------------------------------------|------------|
| พม่า, อินเดีย, ปากีสถาน, สหรัฐอเมริกา | อายุ 7 ปี |
| ซีลอน | อายุ 8 ปี |
| ฟิลิปปินส์ | อายุ 9 ปี |
| อังกฤษ | อายุ 10 ปี |
| ญี่ปุ่น | อายุ 14 ปี |

อายุขั้นสูง

| | |
|--|------------|
| ลังกา, ฮองกง, อินเดีย (เฉพาะชาย), ปากีสถาน, ฟิลิปปินส์, สิงคโปร์, เบลเยียม, อิสราเอล | อายุ 16 ปี |
| มาเลเซีย, กรีซ, โปแลนด์, อังกฤษ | อายุ 17 ปี |
| จีน (ไต้หวัน), อินเดีย (เฉพาะหญิง), อินโดนีเซีย, อิหร่าน | อายุ 18 ปี |
| สหรัฐอเมริกา (ในมลรัฐส่วนมาก) | อายุ 19 ปี |
| ญี่ปุ่น, เกาหลี | อายุ 20 ปี |
| สวีเดน | อายุ 21 ปี |

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้ 7 ปี และเกณฑ์อายุขั้นสูง 18 ปี กล่าวคือ เกณฑ์อายุขั้นต่ำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ โดยกฎหมายบัญญัติไว้ว่า “เด็กอายุยังไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”⁴⁶ และนอกจากนี้ พ.ร.บ. จัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มีบทบัญญัติกล่าวถึงเฉพาะบุคคลที่มีอายุเกินกว่าเจ็ดปีบริบูรณ์ขึ้นไปเท่านั้น บุคคลที่มีอายุต่ำกว่านี้มิได้กล่าวถึงไว้

เหตุที่กฎหมายไม่ประสงค์จะเอาผิดกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี เนื่องจากเห็นว่ายังเป็นผู้ที่ไร้เดียงสา ไม่มีเจตนาร้าย สมควรที่จะได้รับการพิทักษ์รักษามากกว่าการลงโทษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดที่มีโทษทางอาญายืดหลักเรื่องเจตนาของผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ เด็กที่มีอายุ

⁴⁵ สง่า สีนะสมิต, กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 8-9.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73.

ต่ำกว่า 7 ปี ย่อมจะยังไม่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี อาจยังไม่สามารถแยกส่วนได้ว่าอะไรผิดอะไรถูก ดังที่เพียเจีย (Piaget) นักจิตวิทยาชาวสวิสได้แบ่งขั้นตอนการพัฒนาความผิดของเด็กไว้ 5 ขั้นคือ⁴⁷

ขั้นที่ 1 เริ่มตั้งแต่แรกเกิดถึง 2 ขวบ (Sensorimotor Period) เด็กระยะนี้ไม่สามารถแยกตนเองออกจากสิ่งแวดล้อมได้เลย รับรู้เฉพาะสิ่งที่เขาได้เห็น และถ้าสิ่งนั้นหลุดพ้นจากสายตาไปเมื่อใดก็หมายความว่าสิ่งนั้นไม่มีตัวตน มีความต้องการเป็นผู้รับฝ่ายเดียว

ขั้นที่ 2 ระยะเวลา 2 ถึง 4 ขวบ (Symbolic Period) เป็นระยะที่เด็กจะสร้างสมมุติฐานจากประสบการณ์หรือความคิดฝันกับสิ่งของเล่นต่างๆ เริ่มใช้คำพูดที่มีลักษณะแตกต่างไปจากเมื่อเรียนหัดพูดใหม่ๆ แต่ยังไม่เข้าใจถึงความหมายที่แท้จริงของคำพูดต่างๆ

ขั้นที่ 3 ระยะเวลา 4 ถึง 7 ขวบ (Preoperational Period) เป็นระยะที่เด็กเริ่มไปโรงเรียน จึงมีการรู้จักผู้คนมากขึ้น วงสังคมจะกว้างขึ้นและอาจจะต้องทำกิจกรรมต่างๆ อย่างด้วยตัวเอง แต่ก็ยังมีความคิดระหว่างตนเองกับโลกภายนอกอยู่ในเขตจำกัดมาก เนื่องจากการรับรู้ยังมีจุดศูนย์กลางอยู่ที่สิ่งที่ตนเห็นหรือได้ยินเท่านั้น การคิดในมุมกลับหรือผลของการกระทำแทบจะไม่มีเลย และส่วนใหญ่จะยังไม่สามารถแยกส่วนย่อยออกจากส่วนรวมได้

ขั้นที่ 4 ระยะเวลา 7 ถึง 12 ขวบ (Concrete Operational Period) เป็นระยะที่เด็กมีความเข้าใจต่อสิ่งสามัญทั่วไป แต่ก็ยังไม่สามารถเข้าใจสิ่งยากๆ ที่ต้องใช้เหตุผลนอกเหนือจากประสาทสัมผัสของตนได้ สามารถคิดในมุมกลับหรือย้อนรอยได้ (Conservation) สามารถแยกส่วนย่อยออกจากส่วนใหญ่ได้ มีความเข้าใจถึงสิทธิและหน้าที่ว่าสิ่งใดควรเคารพ สิ่งใดไม่ควรเคารพ ควรกระทำตัวเช่นไรในโอกาสใด

ขั้นที่ 5 ระยะเวลา 11 ถึง 13 ขวบ (Formal Thinking) เป็นระยะที่เด็กเข้าใจถึงกฎเกณฑ์ในสังคมได้เป็นอย่างดีขึ้น สามารถใช้เหตุใช้ผลในการตัดสินใจปัญหา แยกแยะข้อมูลชนิดต่างๆ ได้ดี แต่ก็ยังมีความรู้สึกลำบากในการแบ่งแยกข้อมูลที่จำเป็น และตัวข้อมูลที่จำเป็นลงไป ซึ่งรวมถึงด้านความประพฤติของเด็กด้วย โดยยังไม่มี ความเข้าใจถึงกฎของความยุติธรรมได้

นอกจากนี้ อิริก เอช. อิริกสัน (Erik H. Erikson) ก็ได้ทำการศึกษาการพัฒนาร่างกายของเด็กโดยเขาแบ่งการพัฒนาร่างกายออกเป็น 8 ระยะด้วยกัน⁴⁸ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปีลงมาจะจัดอยู่ใน

⁴⁷ นวลศิริ เปาโรหิตย์ และคณะ. จิตวิทยาพัฒนาการ. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), หน้า 147-153.

⁴⁸ โสภา ชูภักุลชัย. จิตวิทยาทั่วไป. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2521), หน้า 53-54.

ระยะการพัฒนาระดับที่ 1 – 4 ซึ่งเป็นระยะที่เพิ่งจะเริ่มรู้จักรับผิดชอบ และเริ่มจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับสังคมคล้ายกับแนวการศึกษาของเปียเจต์ที่กล่าวมาแล้ว

สำหรับเกณฑ์อายุชั้นสูง กฎหมายบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด... ถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงครึ่งหนึ่ง”⁴⁹ และ “เยาวชน หมายความว่า บุคคลอายุเกินกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์...”⁵⁰ “ผู้ใหญ่ หมายความว่า บุคคลอายุสิบแปดปีบริบูรณ์แล้ว” ซึ่งย่อมแสดงให้เห็นว่าตามกฎหมายอาญาจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดนั้นมีอายุเกินกว่าสิบเจ็ดปี ส่วนกฎหมายศาลคดีเด็กและเยาวชนถือเกณฑ์อายุสิบแปดปีบริบูรณ์พ้นเกณฑ์เป็นเยาวชน

เมื่อพิจารณาเกณฑ์อายุชั้นต่ำและชั้นสูงของความเป็นเด็กและเยาวชนแล้ว สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ เกณฑ์อายุที่กล่าวนี้จะถืออายุขณะใด คือ ขณะกระทำความผิด ถูกจับ หรือถูกฟ้องคดี ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายของแต่ละประเทศไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ญี่ปุ่น, บอมเบ, ฟิลิปปินส์ ถือเกณฑ์อายุขณะกระทำความผิดไม่ว่าจะถูกจับกุม หรือถูกฟ้องเมื่ออายุเท่าใดก็ตาม ส่วนพม่า, ซีลอน, ปากีสถาน, และอินเดีย (เว้นบอมเบ) ถือวันพิพากษาเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ ถ้าวันพิพากษาอายุเกินเกณฑ์ที่กำหนด เด็กหรือเยาวชนก็จะถูกส่งไปยังศาลธรรมดา⁵¹

สำหรับประเทศไทยถือเกณฑ์อายุขณะฟ้องคดี มิให้ถืออายุขณะกระทำความผิด ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1220/2496 ซึ่งพิพากษาว่าวันฟ้องอายุของจำเลยเกิน 18 ปีบริบูรณ์แล้ว ศาลคดีเด็กและเยาวชนจึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ ทั้งนี้ศาลฎีกาให้เหตุผลว่าความประสงค์ของการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนก็เพื่อสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน จึงได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการสอบสวน การพิจารณา และพิพากษาคดีไว้เป็นพิเศษกับคดีธรรมดาซึ่งล้วนแต่เป็นวิธีการที่จะปรับปรุงจิตใจของเด็กและเยาวชน ส่วนเรื่องการฟ้องนั้น กฎหมายให้อำนาจศาลคดีเด็กและเยาวชนพิจารณาและพิพากษาคดีอาญา เฉพาะที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดเท่านั้น แต่ถ้ามีข้อหาแก่บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป แต่ยังไม่เกินกว่า 20 ปีแล้ว ศาลคดีเด็กและเยาวชนจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ก็ต่อเมื่อได้รับโอนคดีมาจากศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีธรรมดา

⁴⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75.

⁵⁰ พ.ร.บ. จัดตั้งศาลคดีเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2535.

⁵¹ สง่า ลินะสมิต, เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-11.

ส่วนการปฏิบัติของพนักงานสอบสวน ก็คงยึดหลักแนวเดียวกับคำพิพากษาฎีกา
นี้ โดยพิจารณาเกณฑ์อายุขณะทำการสอบสวนว่าขณะนั้นเกินวัยเด็กหรือเยาวชนหรือไม่ ถ้ามีอายุ
เกินวัยดังกล่าวก็จะพิจารณาดำเนินการตามแบบวิธีที่ใช้กับผู้ใหญ่กระทำผิด⁵²

สำหรับหลักฐานเกี่ยวกับเรื่องอายุของเด็กหรือเยาวชนนั้น อาจพิจารณาได้จาก
สูติบัตร สำเนาทะเบียนบ้าน ทะเบียนทหาร หรือใบกองเกิน หรือหลักฐานของทางราชการอื่นๆ (ถ้า
มีส่วน) กรณีที่หาหลักฐานอะไรไม่ได้เลยก็จะใช้วิธีส่งตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นไปให้แพทย์ทางนิติเวชวิทยา
ตรวจร่างกาย กระดูก ฟัน เพื่อให้วินิจฉัยอายุสำหรับผู้ที่ยังบรรลุนิติภาวะด้วยการสมรสก็ต้องดูการ
จดทะเบียนสมรสเป็นสำคัญ แต่ถ้าเป็นสามีภรรยากันโดยมิได้จดทะเบียนสมรสและมีอายุยังไม่เกิน
18 ปี ก็ยังถือว่าเป็นเยาวชนอยู่ ทั้งนี้เพราะกฎหมายจะยอมรับเฉพาะผู้ที่ปฏิบัติถูกต้องตามนิตินัย
เท่านั้น

ก่อนที่จะมีประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ คดีอาญาทั้งปวงที่เด็กและเยาวชนเป็น
ผู้กระทำผิด ศาลคดีเด็กและเยาวชนมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ทั้งหมดทุกฐานความผิดไม่ว่า
จะมีอัตราโทษสูงมากเพียงใดก็ตาม

ส่วน “เด็ก” นั้นไม่อยู่ในข่ายบังคับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ แม้จะกระทำผิด
คดีประเภทดังกล่าว ก็ยังคงอยู่ในอำนาจของศาลคดีเด็กและเยาวชน ไม่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข
แต่อย่างใด

ข้อคิดเห็นในเกณฑ์อายุของเด็กและเยาวชนนี้ อาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2
พวก คือ

พวกแรกถือเกณฑ์อายุขณะฟ้องนั้น พวกนี้มีความเห็นว่า วิธีการที่ศาลคดีเด็ก
และเยาวชนนำมาใช้นั้นไม่ใช่วิธีการของคดีอาญา เหมาะสมที่จะนำมาใช้แก้ไขสำหรับเด็กหรือ
เยาวชนเท่านั้น เมื่อขณะฟ้องอายุเกินไปแล้วแม้จะกระทำผิดในขณะที่ยังเป็นเด็กอยู่ก็ตาม เหตุผล
และความจำเป็นที่จะใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนเช่นนั้นทั้งหมดไป

พวกที่สองถือเกณฑ์อายุขณะกระทำผิด พวกนี้มีความเห็นว่า การนำกฎหมาย
อาญามาใช้นั้นก็ควรจะใช้กฎหมายขณะกระทำผิด ไม่ใช่เอากฎหมายขณะฟ้องมาใช้ แม้คดีที่เด็ก
หรือเยาวชนกระทำผิดจะไม่ถือว่าเป็นคดีอาญา แต่ก็มีกฎหมายอาญามาใช้จึงไม่สมควร
อย่างยิ่งที่จะตีความยกเว้นไปจากหลักสำคัญของกฎหมายอาญา

⁵² ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 16 บทที่ 2.

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อสงสัยว่าตามความเห็นของพวกเขาแรกที่ถือเอาเกณฑ์อายุขณะฟ้องเป็นเครื่องพิจารณาการกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชน ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีที่ได้เด็กหรือเยาวชนกระทำผิดในขณะที่มีอายุน้อยกว่าเกณฑ์อายุขั้นต่ำแล้วถูกจับในภายหลัง เมื่ออายุพ้นเกณฑ์ขั้นต่ำไปแล้ว เช่น กระทำผิดเมื่ออายุ 5 ปี ถูกจับกุมเมื่ออายุ 9 ปี จะสอบสวนดำเนินคดีได้หรือไม่ ปัญหานี้ยังไม่เคยมีแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ จึงต้องยึดถือตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 เป็นสำคัญ

2. เกณฑ์การกระทำผิด นอกจากจะพิจารณาเรื่องเกณฑ์อายุดังกล่าวมาแล้ว ในข้อ 1. ยังจะต้องพิจารณาด้านการกระทำผิดอีกส่วนหนึ่งด้วย ทั้งนี้เพราะการกระทำของเด็กหรือเยาวชนบางอย่างแม้จะถือว่าเป็นความผิด แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นร้ายแรงถึงขั้นเป็นความผิดอาญา เช่น การสูบบุหรี่ หนีโรงเรียน หรือเที่ยวกลางคืน ฯลฯ เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ถ้าผู้ใหญ่เป็นผู้กระทำ จะไม่ถือเป็นความผิด

ดังนั้น การที่จะถือว่าขบช่ายการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนมีเพียงใด ก็ย่อมขึ้นอยู่กับตัวบทกฎหมายที่ใช้เป็นสำคัญ ซึ่งแนวทางของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันออกไป เช่น จากการประชุมระหว่างประเทศที่กรุงลอนดอนเกี่ยวกับการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด เมื่อปี ค.ศ. 1960 ได้แนะนำว่า การกระทำผิดของเด็กและเยาวชนควรหมายถึงเฉพาะการกระทำผิดกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่ก็ยังมีหลายประเทศที่ให้ความหมายการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนไว้กว้างขวางครอบคลุมไปถึงพฤติกรรมที่นอกเหนือจากความผิดอาญาด้วย⁵³

เกณฑ์การกระทำผิดของเด็กและเยาวชนที่มีลักษณะกว้างขวาง ซึ่งในแต่ละประเทศอาจจะไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับความรู้สึกหรือจารีตประเพณีของประชาชนที่มีต่อเด็กและเยาวชนว่า จะเข้าใจปัญหาเรื่องของเด็กและเยาวชนกระทำผิดไปในทางใด มีความรู้สึกเห็นอกเห็นใจเขาเพียงใด มีความพร้อมที่จะถือว่าการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนไม่ใช่เป็นคดีอาญาแล้วหรือไม่ หรือจะยังคงถือว่าเป็นคดีอาญาอยู่ แต่ใช้วิธีผ่อนคลายนในกระบวนการพิจารณามีให้มีลักษณะหรือวิธีการแบบคดีอาญา (Noncriminal Procedure) เท่านั้น ในสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์การกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในแต่ละมลรัฐไว้แตกต่างกัน เช่น ในรัฐอิลลินอยส์ (Illinois) วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า เด็กที่กระทำผิดได้แก่เด็กชายอายุต่ำกว่า 17 ปี หรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 18 ปี ประพฤติฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐ บิดามารดาปกครองไม่ได้ มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ ผู้มีความประพฤติชั่วร้าย หรือที่ปราศจากศีลธรรมอันดี หลบหนีออกจากบ้านโดย

⁵³ สง่า ลินะสมิต, เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

ไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือประพฤติน เกี้ยวกร้าน มั่วสุมกับแหล่งอบายมุขอยู่ในสถานที่เสื่อมเสีย สถานที่เล่นการพนัน ร้านขายสุรา สถานเริงรมย์ เป็นอาจินต์ หรือเร่ร่อนตามท้องถนนในเวลากลางคืนโดยไม่มีเหตุจำเป็น หรือไม่มี อาชีพที่ถูกต้องตามกฎหมาย เทียบเตวไปตามสถานีรถไฟ ห้อยโหนรถไฟ ใช้คำพูดหยาบคาย ภาษาไม่สุภาพในที่สาธารณะ หรือในโรงเรียน หรือปฏิบัติตนไม่สุภาพ ส่วนในมลรัฐโอไฮโอ แยก การกระทำผิดของเด็ก บัญญัติไว้ในกฎหมายอีกอย่างหนึ่งโดยระบุกรณีเด็กที่ขึ้นศาลคดีเด็กไว้ 3 ประเภท คือ เด็กที่กระทำผิดอาญาหรือกฎหมายอื่น (Delinquent Children) เด็กอนาถา (Neglected Children) และเด็กจรจัด (Dependent Children) และกรณีย่อยๆ ของเด็กแต่ละ ประเภทเป็นการกระทำที่ใกล้เคียงพอจัดไว้ในจำพวกเดียวกันได้

ตามที่กล่าวมานี้จะเห็นว่า แนวความคิดในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนกระทำ ผิดนั้นพิจารณาแยกออกได้เป็น 2 พวก คือ พวกหนึ่งถือว่าการดำเนินคดีเด็กและเยาวชนไม่เป็น คดีอาญาโดยสิ้นเชิง ต้องใช้วิธีการสำหรับเด็กอย่างเดียว จะใช้วิธีการลงโทษจำคุกไม่ได้โดยเด็ดขาด ส่วนอีกพวกหนึ่งถือว่าการดำเนินคดียังเป็นลักษณะคดีอาญาอยู่ แต่ใช้วิธีผ่อนปรนในทางปฏิบัติ ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น วิธีการจับกุมการสอบสวน การฟ้อง การพิจารณาพิพากษาคดี ตลอดจนวิธีดำเนินการภายหลังศาลพิพากษา ตามแนวหลังนี้ศาลจะลงโทษจำคุกเด็กก็ได้ หรือจะ ใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนก็ได้ หรือจะใช้ทั้งสองอย่างผสมกันไปได้

4.2 ปัญหาจากการกำหนดอายุรับผิดทางอาญาไม่เหมาะสม

4.2.1 ปัญหาเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดชัดกับหลักสิทธิมนุษยชน

เนื่องจากหลักสิทธิมนุษยชนของเด็กในปัจจุบันมุ่งคุ้มครองเด็กให้เจริญเติบโต อย่างเหมาะสมในทุกด้าน เพราะเด็กยังมีความอ่อนแอ ต้องการการปกป้องพิทักษ์สิทธิในด้านต่างๆ มิให้ผู้ใดมาเอาเปรียบหรือกระทำรุนแรงโดยผลจากกฎหมายก็ตาม แม้เด็กจะเป็นผู้กระทำผิด ก็ตาม โดยต้องได้รับการปกป้องเช่นเดียวกับเด็กธรรมดาทั่วไป มิให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งนี้จากการประชุมคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 21 กันยายน - 9 ตุลาคม 2541 ได้มีการตั้งข้อกังวลเกี่ยวกับเกณฑ์อายุในการรับผิดทางอาญาของเด็กในประเทศไทย ว่าจะต่ำเกินไปหรือไม่ เพราะแนวโน้มประเทศต่างๆ จะปรับอายุขั้นต่ำให้สูงขึ้น แม้แต่เกณฑ์อายุ ขั้นต่ำของเด็กในการรับผิดทางอาญาของประเทศในกลุ่มอาเซียน เช่น ญี่ปุ่น จีน มาเลเซีย ก็ใช้ เกณฑ์ที่ 14, 14 และ 10 ปีตามลำดับ เนื่องจากแต่ละประเทศมุ่งคุ้มครองสิทธิเด็กตามหลักสิทธิ มนุษยชน โดยคำนึงถึงสิทธิประโยชน์และโอกาสกลับตัวของเยาวชนเหล่านี้เป็นสำคัญ ซึ่งสอดคล้อง กับทฤษฎีตราบาปคือ การที่สังคมลงโทษหรือตราหน้าผู้กระทำผิดว่าไม่สามารถกลับตนเป็นคนดี

ได้ อาจจะทำให้ผู้นั้นกลายเป็นอาชญากร หากต้องการฟื้นฟูแก้ไขพฤติกรรมเด็กที่กระทำผิด ก็ควรจะให้โอกาสเด็กปรับปรุงพฤติกรรมของตน โดยกฎหมายควรจะลงโทษเฉพาะเด็กที่พิสูจน์เจตนาได้เท่านั้น

ตามมาตรฐานระหว่างประเทศ⁵⁴ ในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของเด็กนั้น ต้องการให้แต่ละประเทศให้หลักประกันสำหรับการพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงร่างกายและจิตใจของเด็ก โดยเฉพาะเรื่องวุฒิภาวะว่าเด็กมีความเข้าใจเรื่องศีลธรรมและการกระทำของตนเพียงใด และสมควรที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 40⁵⁵ ส่งเสริมให้กำหนดอายุขั้นต่ำ โดยเด็กที่มีอายุต่ำกว่าอายุที่กำหนดไว้จะถูกถือว่าไม่สามารถฝ่าฝืนกฎหมายอาญาได้ ที่สำคัญต้องแน่ใจได้ว่าเด็กต้องไม่เป็นเป้าหมายในการถูกทารุณโดยผลของกฎหมายหรือขาดมนุษยธรรม แต่ต้องถูกปฏิบัติด้วยความเชื่อมั่นว่าจะกลับมาเป็นคนดีได้อีกครั้ง

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การกำหนดอายุขั้นต่ำในการรับผิดชอบทางอาญาของประเทศไทย ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเพราะประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดอายุที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาไว้ต่ำเกินไปโดยไม่คำนึงถึงวุฒิภาวะของเด็ก ในอดีตตั้งแต่สุโขทัย ยึดเกณฑ์อายุที่ 7 ปี ซึ่งจากการศึกษาทางการแพทย์ พบว่าอายุ สมอง และความพร้อมทางด้านจิตใจของเด็กในวัย 7 ปี มิได้เหมาะสมแต่อย่างใด ซึ่งเด็กอายุ 10 ปี จะมีความพร้อมในด้านวุฒิภาวะมากกว่า หากแต่ยังยึดเกณฑ์อายุตั้งแต่อดีต โดยมีได้พัฒนาตามที่ได้ศึกษาค้นพบจะเป็นการขัดพัฒนาการของเด็ก และหลักสิทธิมนุษยชนที่มุ่งคุ้มครองเด็กให้เจริญเติบโตให้เหมาะสมแก่วัย

ดังนั้น หากกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ไม่เหมาะสมย่อมมิได้เป็นการแก้ไขฟื้นฟูเด็กหรือคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่กลับเป็นการทำให้เด็กต้องได้รับมลทินติดตัวรวมทั้งต้องถูกลงโทษโดยต้องแยกจากครอบครัวไปใช้ชีวิตในสถานพินิจหรือคุก อันจะได้รับประสบการณ์ที่ไม่ดีติดตามมานับว่าไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีแต่อย่างใด อีกทั้งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีของกฎแห่งกรุงปักกิ่ง อันเป็นกฎหมายมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน โดยกฎแห่งกรุงปักกิ่งได้กล่าวถึงอายุของความรับผิดชอบทางอาญาว่า ไม่ควรกำหนดขอบเขตการเริ่มต้นของอายุให้ต่ำเกินไป โดยพึงคำนึงถึงข้อเท็จจริงเรื่องวุฒิภาวะทางอารมณ์ จิตใจและปัญญาประกอบด้วย ซึ่งอายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดชอบทางอาญานั้นมีความแตกต่างกันมากเนื่องจากวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์ แต่วิธีการสมัยใหม่จะพิจารณาว่าเด็กและเยาวชน

⁵⁴ <http://www.ammesly USA. Org/Right for all>

⁵⁵ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 40

ปฏิบัติตามองค์ประกอบของความรับผิดชอบทางอาญาในแง่ศีลธรรมและจิตวิทยาได้หรือไม่ ถ้ากำหนดอายุต่ำเกินไปหรือไม่กำหนดเสียเลย คำว่ารับผิดชอบก็จะไร้ความหมาย โดยทั่วไปแล้วคำว่ารับผิดชอบอาญาหรือความผิดมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสิทธิทางสังคม และความรับผิดชอบอื่นๆ เช่น สถานภาพทางการสมรสบรรลุนิติภาวะ เป็นต้น จึงควรมีข้อตกลงร่วมกันในเรื่องการจำกัดอายุขั้นต่ำที่มีเหตุผลและใช้เป็นสากล ซึ่งหลักเกณฑ์เรื่องอายุขั้นต่ำนั้นแต่ละประเทศกำหนดไว้แตกต่างกัน เช่น อังกฤษ 10 ปี สหรัฐอเมริกา 7 ปี (รัฐส่วนมาก) ญี่ปุ่น 14 ปี จีน 14 ปี มาเลเซีย 10 ปี ฟิลิปปินส์ 9 ปี ไทย 7 ปี เป็นต้น และแนวโน้มของแต่ละประเทศจะปรับอายุให้สูงขึ้นเพราะเหตุผลทางการแพทย์ และจิตวิทยา ที่ค้นพบว่าเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี ยังไม่มีวุฒิภาวะที่เพียงพอ (not mature) ต่อความเข้าใจได้อย่างแท้จริง การกระทำของตนเป็นความผิดทางอาญา แม้เด็กจะสามารถเข้าใจว่าสิ่งใดผิดหรือถูก แต่ก็ไม่ได้เข้าใจได้เท่ากับผู้ใหญ่

กฎแห่งกรุงปักกิ่งได้กำหนดจุดมุ่งหมายเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน ในเรื่องระบบความยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน ควรเน้นถึงความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชน และให้เกิดความมั่นใจว่าการปฏิบัติต่อผู้กระทำที่เป็นเด็กและเยาวชนจะได้สัดส่วนกับสภาพแวดล้อมทั้งของผู้กระทำผิดและความผิดที่ได้กระทำลงไป ซึ่งหลักการเรื่องได้สัดส่วน นั้นเป็นหลักการที่เป็นเครื่องมือจำกัดการลงโทษ ส่วนมากจะอยู่ในถ้อยคำที่ว่าลงโทษให้เท่ากับน้ำหนักของความผิด ซึ่งการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนนั้นต้องพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำผิดด้วย โดยเฉพาะรายละเอียดเฉพาะตัวของผู้กระทำผิดแต่ละบุคคล ควรมีผลต่อสัดส่วนของการปฏิบัติเช่น พิจารณาเรื่องความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะชดใช้แก่ผู้เสียหาย หรือเรื่องความตั้งใจจะกลับตนเป็นคนดี เป็นต้น ดังนั้น การกระทำของเด็กที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญา ถ้าได้กระทำลงไปโดยไม่รู้ว่าเป็นความผิด ก็ไม่ควรถูกต้องรับโทษ เว้นแต่จะพิสูจน์ว่าเด็กนั้นรู้ถึงความผิดในการกระทำของตน ณ เวลาดังกล่าว แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะสันนิษฐานว่าเด็กมีเจตนากระทำผิดหรือไม่จากอายุขั้นต่ำเป็นหลัก มิได้พิจารณาจากการรู้และเข้าใจของเด็กที่จะถือว่ามีเจตนาสมบูรณ์หากเด็กที่มีความผิดปกติทางจิตหรือป่วยเป็นโรคบางประเภท เช่น ลมบ้าหมู หรือพิการ์ อันส่งผลต่อการผิดปกติทางจิตใจ เป็นเหตุให้เด็กไม่สามารถควบคุมตนเองได้ และได้กระทำผิดขึ้น แม้เด็กจะอายุเกิน 7 ปีแล้ว แต่จะสันนิษฐานว่าเด็กมีเจตนาสมบูรณ์ยอมเป็นการชัดต่อกฎแห่งกรุงปักกิ่ง ข้อ 17 (ก) การปฏิบัติต่อความผิดควรได้สัดส่วนเสมอกัน ไม่เพียงแต่ได้สัดส่วนกับสภาพความรุนแรงของความผิดเท่านั้น แต่จะต้องได้สัดส่วนกับสภาพและความต้องการของเด็กและเยาวชน รวมถึงได้สัดส่วนกับความต้องการของสังคมด้วย ดังนั้น การสันนิษฐานเรื่องอายุของเด็กยอมไม่เป็นสัดส่วนกับสภาพและความต้องการของเด็ก เพราะเด็กไม่มีเจตนาที่สมบูรณ์ตั้งแต่แรก แม้อายุจะเลยเกณฑ์อายุขั้นต่ำก็ไม่ควรลงโทษเด็กแต่อย่างใด ในสถานพินิจ

หลายแห่งมีเด็กที่มีปัญหาทางจิตหรือปัญหาทางสมองถูกควบคุมตัวอยู่ พิจารณาการลงโทษจากอายุขั้นต่ำเพียงประการเดียว ไม่เพียงแต่ไม่สามารถคุ้มครองปกป้องสิทธิเด็กได้ แต่เป็นการละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำที่เด็กควรได้รับจากรัฐของตน อีกด้วย

4.1.2 ปัญหาการกำหนดเกณฑ์อายุขัดกับรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁵⁶ พ.ศ. 2540 มาตรา 53 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "เด็ก เยาวชนและบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม" ซึ่งความรุนแรงตามนัย แห่งมาตรา 53 นั้นมิใช่เฉพาะแต่ความรุนแรงที่เกิดจากบุคคลเท่านั้น หากแต่สามารถจำแนกได้สองกรณี คือ

1. ความรุนแรงที่เกิดจากการกระทำของบุคคลในครอบครัว หรือบุคคลภายนอก ซึ่งได้กระทำต่อเด็ก
2. ความรุนแรงที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือกระบวนการยุติธรรมที่ก่อให้เกิดความรุนแรงต่อเด็ก

การกำหนดโทษประหารชีวิตแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นความรุนแรงจากกฎหมายของรัฐคือเป็นความรุนแรงอันเนื่องมาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 หรือพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ที่อาจใช้โทษตรวนกับเด็ก เหล่านี้เป็นเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายที่ก่อให้เกิดความรุนแรงแก่เด็ก ซึ่งปัจจุบันสังคมโลกได้เปลี่ยนแปลงไปจึงจำเป็นที่จะต้องทบทวนกฎหมายดังกล่าว ปัจจุบันรัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่___) พ.ศ._____แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 18 โดยกำหนด ห้ามมิให้ใช้โทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตกับบุคคลต่ำกว่า 18 ปีแล้ว ขณะนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของรัฐสภา เพื่อป้องกันมิให้เด็กได้รับความรุนแรงจากกฎหมายอีกต่อไป

4.1.3 อายุขั้นต่ำไม่เหมาะสม

เนื่องจากความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลนั้นถือเจตนาเป็นหลัก ซึ่งนอกจากเจตนาแล้ว การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดหรือไม่ ก็เป็นปัญหาที่ว่าผู้กระทำได้กระทำการอันเป็นความเสียหายหรืออันตรายต่อสังคมหรือไม่ ซึ่งความชั่วของผู้กระทำนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้กระทำในการกระทำของตนเพราะว่าการลงโทษต้องอยู่ในขอบเขตของความ

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 53

รับผิดชอบส่วนตัวของผู้กระทำนั้น ดังนั้นหากเด็กที่มีอายุน้อยเกินไป และยังไม่มีความสามารถในการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งจากการศึกษาทำให้ทราบว่าเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี ยังไม่มีความคิดเป็นของตนเองในเรื่องการรับรู้ด้านศีลธรรมโดยจะทำตามแรงกระตุ้นจากภายนอก เด็กมีพัฒนาการด้านการรับรู้และด้านศีลธรรมที่อายุ 10 ปีขึ้นไป แต่ประมวลกฎหมายอาญากลับกำหนดความรับผิดไว้ที่อายุ 7 ปีนั้น จะเป็นการไม่ยุติธรรมต่อเด็กหรือไม่ หากพิจารณาจากอายุ 7 ปี กับ อายุ 10 ปี จะเห็นได้ว่าไม่ต่างจากกันเท่าใด แต่จากการให้ข้อคิดเห็นจากจิตแพทย์ที่เกี่ยวข้อง⁵⁷ จะเห็นได้ว่าการเรียนรู้ของเด็กจะเริ่มที่ 6 ปี โดยเด็กจะเริ่มสะสมความรู้และประสบการณ์รวมทั้งความรู้สึกผิด/ถูกในการตัดสินใจกระทำสิ่งต่างๆ และสามารถเข้าใจว่าผลที่จะตามจากการกระทำของตนนั้นมีความร้ายแรงเพียงใด ดังนั้น การกำหนดอายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดอายุไว้ที่ 7 ปีนั้น ไม่เหมาะสมกับสภาพจิตใจและวุฒิภาวะของเด็กเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเจตนาภพของกฎหมายต้องการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและคุ้มครองสิทธิของเด็ก แต่กลับกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กที่ต่ำเกินไป ย่อมเป็นการผลักดันเด็กเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเร็วขึ้น นับเป็นปัญหาที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากการกำหนดอายุที่ไม่เหมาะสมนั่นเอง จึงควรแก้ไขปรับปรุงเกณฑ์อายุขั้นต่ำจาก 7 ปี ให้เป็น 10 ปี โดยแก้ไขมาตรา 73 ให้มีข้อความดังนี้ " เด็กอายุไม่เกิน 10 ปีกระทำการอันเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ"

อนึ่ง เมื่อแก้ไขมาตรา 73 แล้วก็จำเป็นที่จะแก้ไขเรื่องอายุ ความรับผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน ทั้งระบบคือ เมื่อปรับเกณฑ์อายุขั้นต่ำเป็น 10 ปีแล้ว ก็ควรที่จะแก้ไขอายุเด็กที่กระทำความผิดของเด็กที่อายุกว่า 7 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี ด้วย ซึ่งในปัจจุบันตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดไว้ดังนี้

มาตรา 74 เด็กอายุกว่า 7 ปี แต่ยังไม่เกิน 14 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มากัดเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กคนนั้นให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไปโดยวางข้อกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งต้องไม่เกิน 3 ปี และกำหนด

⁵⁷ บทสัมภาษณ์ แพทย์หญิง พรรณพิมล หล่อตระกูล เมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2546 ที่สถาบันพัฒนาจิตวิทยา.

จำนวนเงินตามที่เห็นสมควร ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครึ่งละหนึ่งพันบาท ในเมื่อนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดามารดาหรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่า จะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดามารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้น หรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นว่านั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าว เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าว

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้ หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรมและสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดได้ ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่น ผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแลอบรมและสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2) (3) (4) และ (5) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ความปรากฏแก่ศาลโดยศาลรู้เอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการหรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแลอบรมและสั่งสอนหรือเจ้าพนักงานว่าพฤติการณ์เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจมาตรานี้

ตามมาตรา 75 กำหนดให้ศาลพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบของเด็ก ซึ่งเป็นความคิดสมัยเก่า โดยความคิดปัจจุบันไม่ได้คำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบอย่างเดียว แต่คำนึงถึงลักษณะเฉพาะตัวของเด็กและสิ่งแวดล้อมว่า จะจัดการกับเด็กอย่างไรจึงจะกลับตัวได้ ฉะนั้นมาตรานี้จึงกำหนดให้ศาลพิจารณาถึงสิ่งอื่นๆ ทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่ควรจะวินิจฉัยว่าสมควร

พิพากษาลงโทษผู้หนึ่งหรือไม่ด้วย เช่น พิจารณาสาเหตุแห่งการกระทำผิด เป็นต้น แม้เด็กจะมีความรู้สึกผิดชอบดีในขณะที่กระทำผิด แต่ถ้าศาลเห็นว่าจะจัดการกับเด็กตามมาตรา 74 โดยวิธีการสำหรับเด็ก เด็กจะกลับตนได้ดีกว่า ศาลก็ควรจัดการตามมาตรา 74 คำว่า "สิ่งอื่นที่พ้องเกี่ยวกับผู้หนึ่ง" มีตัวอย่างได้แก่ สิ่งที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 56 คือ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหาการศึกษาอบรมสุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำ หรือสภาพของความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปรานี"

ถ้าศาลจะลงโทษอาญาแก่เด็ก มาตรานี้บังคับให้ศาลลดโทษให้เด็กกึ่งหนึ่งเสมอไป ทั้งนี้เป็นการลดมาตราส่วนของโทษ คือ ลดอัตราโทษขั้นสูงและขั้นต่ำลงกึ่งหนึ่ง แล้วลงโทษระหว่างนั้น เพราะเยาวชนอายุกว่า 14 ปี ยังคงมีสติปัญญาและอารมณ์ไม่ต่างจากเด็กมากนัก โดยเฉพาะบางรายแม้มีอายุ 16-17 ปีแล้ว แต่ก็อาจมีอายุสมองเท่ากับเด็กอายุ 12-13 ปีก็ได้ เนื่องจากมีอาการผิดปกติทางสมองทำให้พัฒนาการช้า การดูเจตนาของเยาวชนที่กระทำผิดควรต้องพิจารณาอายุสมองของเยาวชนผู้หนึ่งด้วยเป็น มิใช่พิจารณาจากการกระทำเด็กที่แสดงออกมาเท่านั้น

นอกจากเหตุผลดังกล่าวแล้วยังมีเหตุผลอีกประการหนึ่งคือประมวลกฎหมายอาญาใช้เกณฑ์อายุกำหนดมาตรการหรือโทษที่จะลงแก่เด็กเมื่อกระทำความผิด ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดเกณฑ์อายุไปในทิศทางเดียวกัน ระหว่างประมวลกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาคดีของเด็กที่กระทำผิดทางอาญา ซึ่งในปัจจุบันมีความลึกลับของอายุอันนำไปสู่ความไม่เป็นธรรมที่ปฏิบัติต่อเด็ก คือ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 บัญญัติเกี่ยวกับอายุของ "เด็ก" และ "เยาวชน" ไว้ดังนี้⁵⁸

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"เด็ก" หมายความว่า บุคคลอายุเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีบริบูรณ์

"เยาวชน" หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว ไม่มีนิยามของคำว่า "ผู้ใหญ่" และตัดข้อความในนิยามของคำว่า "เยาวชน" ตอนท้ายที่ว่า "แต่ไม่ให้นิยามความถึงบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะแล้วด้วยการสมรส" ออกไป ดังนั้น ในขณะที่เยาวชนที่อายุยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ ซึ่ง

⁵⁸ ร่างพระราชบัญญัติส่งเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. 2534.

บรรลุนิติภาวะแล้วด้วยการสมรสยังถือว่าเป็น "เยาวชน" เพราะในทางคดีอาญานั้น แม้จะสมรสแล้วแต่ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีก็ยังมีอยู่ในระดับ "เยาวชน" เช่นเดิม อย่างไรก็ตาม หากเป็นคดีส่วนแพ่งแล้ว ผู้บรรลุนิติภาวะแล้วด้วยการสมรส ย่อมมีผลต่อความเป็น "ผู้เยาว์" เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 บัญญัติว่า "ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้กระทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448" ดังนั้น ผู้เยาว์ที่ทำการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วก็หมดสภาพการเป็น "ผู้เยาว์" และไม่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวในคดีครอบครัว

แต่การบัญญัติอายุของเด็กและเยาวชนใน ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 บัญญัติเรื่องเกณฑ์อายุและกำหนดโทษไว้ดังนี้⁵⁹

มาตรา 74 เด็กอายุกว่าเจ็ดปี แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

มาตรา 75 ผู้ใด อายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความผิดชอบและสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง

มาตรา 76 ผู้ใดอายุกว่าสิบเจ็ดปี แต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้"

ข้อที่ควรหยิบยกขึ้นมาพิจารณาก็คือ ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติถึง "เด็ก" ไว้ในมาตรา 73 และมาตรา 74 โดยบัญญัติว่า "เด็ก" ต้องมีอายุไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 75 บัญญัติว่า "ผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี..."

มาตรา 76 บัญญัติว่า "ผู้ใดอายุกว่าสิบเจ็ดปี แต่ยังไม่เกินยี่สิบปี..."

ปรากฏว่า ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติถึง "เยาวชน" ว่า คือบุคคลอายุเท่าใด ซึ่งแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว

ดังนั้น จึงทำให้เกิดความสับสนในการเรียกบุคคล ว่าผู้ใดเป็น "เด็ก" ผู้ใดเป็น "เยาวชน" และเกิดการลักลั่นและไม่เป็นธรรมในการปฏิบัติของศาลต่อเด็กและเยาวชน เพราะศาล

⁵⁹ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 74-75.

ธรรมดาและศาลเยาวชนและครอบครัว ถือกฎหมายคนละฉบับกัน ทำให้เกิดความไม่เสมอภาค และไม่เป็นธรรมแก่เด็กและเยาวชน

นอกจากนั้นยังปรากฏว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 294 ซึ่งประกาศเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2515 ก็มีข้อความแตกต่างกันออกไปอีก ดังนี้

ข้อ 1. ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้

"เด็ก" หมายความว่า ผู้ซึ่งอายุยังไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

หากจะเปรียบเทียบกฎหมาย 3 ฉบับกันแล้วจะเห็นความลักลั่นกันอย่างเห็นได้ชัด ดังนี้

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 บัญญัติว่า "เยาวชน" หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์"

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 บัญญัติว่า "ผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี..."

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 294 ข้อ 1 ประกาศว่า "เด็ก หมายความว่า ผู้ซึ่งอายุยังไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส"⁶⁰

จะเห็นความแตกต่างได้ชัดเจนว่ากฎหมายใช้คำว่า "เด็ก" และ "เยาวชน" สืบสนอายุ 17 ปีบ้าง 18 ปีบ้าง นอกจากเรื่องจำนวนอายุซึ่งแตกต่างกันแล้ว การนับอายุก็แตกต่างกัน มีทั้งยังไม่ถึงยังไม่เกินและยังไม่ครบ ทำให้ยุ่งยากสับสนและไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้กฎหมายทั้งกระบวนการ และแก่เด็กและเยาวชน

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ควรที่จะมีการพิจารณาแก้ไข ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ถึงมาตรา 77 เสียใหม่ เป็นว่า

มาตรา 75 เยาวชน อายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ (เดิมผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี) กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดให้จัดการตามมาตรา 74 แต่การจัดการตามมาตรา 74 (5) อย่าให้เกินกว่าที่เยาวชนนั้นจะมีอายุครบยี่สิบปีบริบูรณ์ (เดิมให้ลงโทษทางอาญาได้ ถ้าศาลเห็นสมควร แต่ต้องลดโทษลงกึ่งหนึ่ง)

⁶⁰ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 พ.ศ. 2515 ข้อ 1.

มาตรา 76 ผู้เยาว์อายุสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินยี่สิบปีบริบูรณ์ (เดิม ผู้ใดอายุกว่าสิบเจ็ดปี แต่ยังไม่เกินยี่สิบปี) กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้

ดังนั้นควรแก้ไขเกณฑ์อายุในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 4 เสียใหม่ว่า

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"เด็ก" หมายความว่า บุคคลอายุเกิน 10 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกิน 14 ปี บริบูรณ์

"เยาวชน" หมายความว่า บุคคลอายุเกิน 14 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์

การแก้ไขดังกล่าวเพื่อกำหนดให้อายุของเด็กและเยาวชนตามประมวลกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 4 และมีให้เกิดความสับสนระหว่างเกณฑ์อายุดังกล่าวอีก ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าการแก้ไขเกณฑ์อายุนั้นต้องกระทำไปทั้งกระบวนการกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อความสอดคล้องของกฎหมายและคุ้มครองสิทธิของเด็กไปพร้อมๆ กันดังนั้นจึงควรแก้ไขประมวลแก้ไขมาตรา 75 ให้มีข้อความใหม่ ดังนี้ "เด็กอายุว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด "

4.1.4 การกำหนดอายุชั้นสูงไม่เหมาะสม

การแก้ไขเกณฑ์อายุชั้นสูงที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญากำหนดเกณฑ์อายุชั้นสูงไว้ในมาตรา 76 ดังนี้

"มาตรา 76 ผู้ใดอายุกว่า 17 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้

การที่มาตรา 76 ให้ศาลมีอำนาจที่จะลงโทษเด็กโดยไม่ลดโทษให้ก็ได้หรือจะลดมาตราส่วนโทษให้ก็ได้ ซึ่งเป็นการกำหนดความผิดและโทษของเด็กอายุกว่า 17 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี ไว้อย่างรุนแรงเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ นับว่าไม่เหมาะสมเพราะการที่จะถือว่าเด็กอายุกว่า 17 ปี มีความรู้สึกผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ นั้นไม่เป็นความจริงเสมอไป เพราะเยาวชนอายุกว่า 17 ปี แต่มีความรู้สึกผิดชอบไม่ต่างจากเด็กอายุ 15 ปี ก็มี ทั้งนี้เนื่องจากร่างกายและสมองไม่เจริญเติบโต

อย่างคนธรรมดา ถ้าศาลจะลงโทษบุคคลเช่นว่านี้เหมือนบุคคลธรรมดาก็ไม่ยุติธรรม เพราะหลักกฎหมายอาญาสมัยใหม่นั้นไม่ได้พิจารณาจากการกระทำผิดว่าร้ายแรงหรือไม่แต่อย่างเดียว แต่พิจารณาที่ตัวบุคคลที่กระทำผิดว่ามีจิตใจอย่างไร สามารถยับยั้งใจได้เพียงใด ถ้าปรากฏว่าสภาพจิตใจยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ก็ควรได้รับการลดโทษ ฉะนั้นมาตรานี้จึงให้อยู่ในดุลยพินิจของศาลที่จะลดมาตราส่วนโทษลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งและการที่ศาลจะลดมาตราส่วนโทษก็ต้องมีเหตุอันสมควรเกี่ยวกับผู้กระทำผิดเอง ทั้งนี้เพราะการลดโทษเกี่ยวกับการกระทำผิดมีบัญญัติอยู่ในมาตรา 78 เป็นส่วนหนึ่งต่างหากแล้ว แม้ศาลจะลดมาตราส่วนโทษตามมาตรานี้แล้ว ศาลก็ยังลดโทษฐานมีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ได้อีก แต่ต้องเป็นเหตุผลคนละอย่าง ซึ่งเหตุผลที่จำเป็นต้องแก้ไขมาตรา 76 ในเรื่องกำหนดเกณฑ์ขั้นสูงของเด็กที่ต้องรับผิดทางอาญาคือเหตุผลทางด้านพันธกรณีจากข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมาตรา 37 (ก) บัญญัติว่าจะไม่มีเด็กคนใดได้รับการทรมาน หรือถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า จะไม่มีการลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัวสำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่การที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 76 ได้กำหนดโทษสำหรับเด็กอายุกว่า 17 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี ให้อำนาจศาลมีดุลพินิจจะลดมาตราส่วนโทษลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้ หรือไม่ลดโทษเลยก็ได้ ซึ่งหากเด็กได้กระทำความผิด เช่น ฆ่าคนโดยเจตนา เป็นต้น ก็อาจถูกลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตก็ได้

ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักคุ้มครองสิทธิเด็กของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าว มิให้บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ถูกลงโทษประหารชีวิตหรือถูกลงโทษประหารชีวิต จึงควรแก้ไขมาตรา 76 ดังนี้ " ผู้ใดอายุกว่า 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี "

4.2 สรุปเหตุผลที่ต้องแก้ไขเกณฑ์อายุที่ต้องรับผิดทางอาญา

เมื่อมีการพิจารณาเรื่องความรุนแรงเรื่องการประหารชีวิตเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี แล้ว ควรพิจารณาในเรื่องการกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กในการรับผิดทางอาญาด้วย คือ การที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 บัญญัติว่า เด็กอายุ 7 ปี เมื่อกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับโทษ นั้นมีความเหมาะสมกับภาวะการณ์ในปัจจุบันหรือไม่

ดังนั้น ปัจจุบันจึงต้องพิจารณาศึกษาว่าการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 กำหนดอายุขั้นต่ำในการรับผิดทางอาญาของเด็กที่กำหนดไว้ "เด็กอายุยังไม่เกิน 7 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ" นั้นปรากฏว่าในหลายประเทศได้มีการพิจารณาทบทวนและกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการรับผิดทางอาญาให้สูงขึ้น และประเทศไทย

ก็ควรที่จะต้องพิจารณาบทบาทของการกำหนดอายุขั้นต่ำในการรับผิดชอบทางอาญาของเด็กที่กำหนดไว้ว่าเด็กอายุยังไม่เกิน 7 ปี กระทำผิดไม่ต้องรับโทษนั้นว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ จากการตรวจสอบถามไปยังสำนักงานคดีเยาวชนและครอบครัว สำนักงานอัยการสูงสุด ไม่ปรากฏว่ามีเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี กระทำผิด ข้อมูลที่พบส่วนใหญ่เด็กที่กระทำความผิดจะมีเกณฑ์อายุ 10-12 ปี แสดงว่าบทบัญญัติมาตรา 73 ไม่มีการนำมาใช้แต่อย่างใด ดังนั้น การปรับปรุงแก้ไขมาตรา 72 และมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องจึงไม่น่าจะทำให้เกิดปัญหาเรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม แต่จะกลับจะทำให้เกิดผลดีแก่การฟื้นฟูความประพฤติเด็กที่ทำกระทำความผิดอาญาได้ดียิ่งขึ้น

เนื่องจากการเกณฑ์อายุที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาเป็นจุดเริ่มต้น ที่จะสันนิษฐานว่าเด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องถูกลงโทษ หากเด็กที่มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่ต้องรับผิดชอบก็ถือว่าไม่มีเจตนา ซึ่งจากการศึกษาเหตุผลทางการแพทย์ เหตุผลด้านจิตวิทยา เหตุผลด้านสิทธิมนุษยชนพบว่าเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดชอบคือ 7 ปี ไม่เหมาะสมอีกต่อไป ซึ่งแนวคิดนี้พิจารณาจากเหตุผลดังต่อไปนี้

4.2.1 เหตุผลทางการแพทย์

เหตุผลทางการแพทย์จากการศึกษาเกี่ยวกับสาเหตุการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในปัจจุบันเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านกายภาพ มีส่วนผลักดันให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด เพราะยังไม่มีความคิดเป็นของตนเอง ความเข้าใจเรื่องต่าง ๆ จะเป็นไปลักษณะรูปธรรม โดยเด็กจะเริ่มเรียนรู้เมื่ออายุประมาณ 7 ปี แต่การเรียนรู้ดังกล่าวยังไม่สมบูรณ์ ซึ่งช่วงอายุ 7-9 ปี เด็กจะพัฒนาการเรียนรู้ไปเรื่อย ๆ เมื่อเข้าสู่อายุ 10 ปี เด็กจะเริ่มมีความคิดเป็นของตนเอง หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นก็อาจมาจากแรงผลักดันภายในของตนเอง เช่น ความเครียดหรือถูกชักจูงให้กระทำความผิด เป็นต้น เด็กวัยนี้สิ่งแวดล้อมจะมีอิทธิพลต่อพฤติกรรม ในความเห็นของจิตแพทย์เด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี จะเป็นช่วงลองผิดลองถูก การที่เด็กจะไม่ทำความผิดเพราะกลัวถูกลงโทษหรือพ่อแม่ไม่รัก แต่ไม่ได้มาจากความคิดของตนเอง จึงเพียงแค่เชื่อฟังสิ่งที่ผู้ใหญ่บอกกล่าว แต่ไม่เข้าใจอย่างแท้จริง ส่วนมากเด็กที่กระทำความผิดมักจะมาจากครอบครัวที่มีปัญหาคือ ตามใจเด็กมากเกินไป หรือเข้มงวดกับเด็กมากเกินไป รวมทั้งเลี้ยงดูเด็กอย่างไม่เหมาะสม เช่น การทารุณต่อเด็กหรือเด็กที่มีความพิการหรือโรคภัยไข้เจ็บ เช่น โรคระบบประสาท, การรับรู้ไม่สมบูรณ์ โรคลมชัก เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้เป็นสาเหตุทำให้เด็กกระทำความผิดได้ซึ่งอาจมีข้อโต้แย้งว่า เด็กในปัจจุบันมีการเข้าถึงเทคโนโลยีต่าง ๆ เช่น โทรศัพท์, วิทยุ, อินเทอร์เน็ต สิ่งเหล่านี้น่าจะทำให้เด็กฉลาดขึ้น และน่าจะมีผลต่อวุฒิภาวะของเด็ก ซึ่งความเห็นของจิตแพทย์⁶¹ เด็กอาจจะฉลาดขึ้นเพราะรับรู้ข้อมูล

⁶¹ บทสัมภาษณ์ แพทย์หญิง พรรณพิมล หล่อตระกูล, อ้างแล้วหน้า 87.

แต่ไม่มีผลต่อวุฒิภาวะ เพราะความฉลาดเป็นกลไกของธรรมชาติ ที่รับรู้ข้อมูลมากขึ้นก็จะฉลาดขึ้น แต่วุฒิภาวะเป็นเรื่องของเหตุผล ที่มาจากการสั่งสมประสบการณ์และเจริญเติบโตถึงวัยอันเหมาะสม จึงจะคิดอย่างมีเหตุผลได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักเจตนาในมาตรา 59 ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย อาญาต้องการลงโทษบุคคลที่กระทำด้วยเจตนาโดยรู้ว่าอะไรเป็นความผิดความชั่วแต่ยังคงกระทำ ด้วยความสมัครใจ ดังนั้นหากเด็กกระทำผิดเพราะความไร้เดียงสาเนื่องจากขาดวุฒิภาวะและไม่มี เจตนาร้ายในการกระทำผิด เด็กเหล่านี้ควรที่จะได้รับการพิทักษ์รักษามากกว่าการลงโทษโดยต้อง พิจารณาอายุสมองของเด็กเป็นหลัก เพราะจะแสดงถึงอารมณ์ จิตใจ และความคิดของเด็ก อันเป็น เครื่องชี้วัดว่าเด็กผู้นั้นควรต้องรับผิดชอบในการกระทำผิดของตนหรือไม่

4.2.2 เหตุผลทางจิตวิทยา

จากการศึกษาทฤษฎีวิวุฒิภาวะของอาร์โนลด์ กาเซลล์⁶² (Arnold Gesell, 1880-1961) ในบทที่ 3 เป็นทฤษฎีที่นำไปอธิบายการพัฒนาการของเด็ก โดยพบว่าพัฒนาการและการ เรียนรู้เกิดขึ้นไม่ได้ ถ้าบุคคลยังไม่มีวุฒิภาวะในเรื่องนั้น ๆ การพยายามสร้างบรรยากาศแห่งการ เรียนรู้ให้แก่เด็กที่ยังไม่มีวุฒิภาวะในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการลงแรงและทุนที่สูญเปล่า โดยกาเซลล์ เชื่อว่าการเรียนรู้ใหม่ ๆ ของมนุษย์ไม่ใช่เฉพาะด้านรูปธรรมเท่านั้นที่ต้องอาศัยวุฒิภาวะทางกาย เป็นฐานเบื้องต้น พัฒนาการและการเรียนรู้ด้านนามธรรมก็อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ซึ่ง นักจิตวิทยา⁶³ มีความเห็นว่า เด็กอายุ 7 ปีนั้น เริ่มเรียนรู้กฎเกณฑ์และปฏิบัติตาม เพราะกลัวไม่ เป็นที่ยอมรับของพ่อแม่ ซึ่งเด็กวัยนี้เริ่มก้าวออกจากความเพ้อฝันเข้าสู่ความเป็นจริง แต่ยังสับสน ระหว่างความเข้าใจสองสิ่งนี้ แต่เมื่ออายุ 10 ปี จะสามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจน การอบรมสั่งสอน ต้องเริ่มตั้งแต่เด็ก โดยเด็กจะเริ่มซึมซับ ถ้าเด็กอายุน้อยเกินไปก็จะทราบเพียงว่าสิ่งใดทำได้หรือ สิ่งใดทำไม่ได้เท่านั้น แต่ไม่เข้าใจเหตุผลที่ว่าทำไมผู้ใหญ่ถึงห้ามกระทำ ดังนั้น หากเด็กอายุน้อย กระทำผิด ต้องโทษผู้ใหญ่ที่มีได้เฝ้าระวัง จึงเปิดโอกาสให้เด็กกระทำผิดได้และความฉลาด ของเด็กไม่มีผลต่อวุฒิภาวะ แต่อย่างใดต้องพิจารณาจากความรับผิดชอบและความอดทนเพราะ จะแสดงถึงวุฒิภาวะของเด็ก ดังนั้นแม้เด็กฉลาดแต่ยังติดพึ่งพาผู้อื่น ไม่ใช่ศักยภาพของตน ก็ไม่ถือ ว่าเด็กมีวุฒิภาวะแล้ว ซึ่งเด็กที่จะมีความรับผิดชอบและมีความอดทนนั้น ต้องมีการเจริญเติบโตได้ ถึงระดับหนึ่งแล้ว คือ อายุ 10 ปี เด็กจะเริ่มมีความรับผิดชอบและมีเหตุผลระบบความคิดมีความ ยึดหยุ่นเข้าใจเรื่องนามธรรม เช่น ถูก, ผิด, ความเห็นอกเห็นใจผู้อื่น เป็นต้น

⁶² อ้างแล้ว หน้า 47.

⁶³ บทสัมภาษณ์ คุณศศิธร ไพทีกุล นักจิตวิทยา หน่วยจิตเวชเด็ก ภาควิชากุมารเวชศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลศิริราช.

ดังนั้น สภาพจิตใจของเด็กที่มีอายุน้อยมากยังคงมีความไร้เดียงสา และไม่เข้าใจในสิ่งถูกหรือผิดอย่างชัดเจน เพราะการเข้าใจว่าสิ่งใดถูกหรือผิดนั้น ต้องเข้าใจผลของการกระทำในภายหลังว่ามีความร้ายแรงอย่างไร มิฉะนั้นจะถือว่าเด็กมีเจตนากระทำผิดนั้นคงไม่ถูกต้อง การสั่งสอนอบรมจากครอบครัวหรือโรงเรียนนั้น หากเด็กยังไม่มีความพร้อมในวุฒิภาวะ เด็กก็ยังไม่มีความสามารถที่จะรับการสั่งสอนอบรมได้อย่างเต็มที่ ถ้าถูกชกจูงหรือสถานการณ์ที่บีบบังคับ เด็กก็อาจจะกระทำผิดได้ง่าย เพราะยังไม่มี ความยับยั้งชั่งใจที่มาจากวุฒิภาวะที่พร้อมนั่นเอง

4.2.3 แนวโน้มการปรับเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาของต่างประเทศ

เนื่องจากองค์การสหประชาชาติได้ให้คำแนะนำเรื่องอายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยให้กำหนดอายุภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่อนุสัญญาดังกล่าวมิได้กำหนดอายุขั้นต่ำที่เหมาะสมไว้เพื่อเป็นมาตรฐาน คณะกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงได้เรียกร้องให้หลายประเทศได้มีการทบทวนปรับเกณฑ์อายุขั้นต่ำให้สูงขึ้น ซึ่งผ่านมาบางประเทศก็ได้ปรับปรุงไปแล้ว เช่น แคนาดาปรับจาก 7 ปี เป็น 12 ปี, ออสเตรเลียปรับจาก 9 เป็น 13 ปี เป็นต้น แนวโน้มในการปรับปรุงเกณฑ์อายุนี้มาจากแนวคิดเรื่องการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎแห่งกรุงปักกิ่ง รวมทั้งจากข้อโต้แย้งภายในแต่ละประเทศที่เรียกร้องว่า เกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดชอบในประเทศของตนนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไร โดยประเทศส่วนใหญ่ในแถบยุโรป เกณฑ์อายุขั้นต่ำจะอยู่ที่ 14 ปี เพราะจากการศึกษาวิจัยพบว่าเด็กจะมีวุฒิภาวะในเรื่องศีลธรรม และการยับยั้งตนเองเมื่อเข้าสู่วัยรุ่น โดยพิจารณาจากกรณีที่เด็กสามารถแยกความแตกต่างสิ่งถูกสิ่งผิด รวมทั้งเข้าใจการกระทำของตนเอง โดยแต่ละประเทศในยุโรป⁶⁴ มีเกณฑ์อายุขั้นต่ำ ดังนี้

| ประเทศ | อายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา |
|----------------|------------------------------------|
| ไซปรัส | 7 |
| ไอร์แลนด์ | 7 |
| เลกเทินเซนดี | 7 |
| สก๊อตแลนด์ | 8 |
| ไอร์แลนด์เหนือ | 8 |
| มอลตา | 9 |

⁶⁴ Hansard, HL Deb. The order of the list has been changed for our purposes from an alphabetical list to one arranged according to age. vol 564, col WA 82, 1995.

| ประเทศ | อายุขั้นต่ำที่ต้องรับผิดทางอาญา |
|----------------|---------------------------------|
| อังกฤษและเวลส์ | 10 |
| กรีซ | 12 |
| เนเธอร์แลนด์ | 12 |
| ชาน มารีโน | 12 |
| ตุรกี | 12 |
| ฝรั่งเศส | 13 |
| ออสเตรเลีย | 14 |
| บัลแกเรีย | 14 |
| เยอรมัน | 14 |
| ฮังการี | 14 |
| อิตาลี | 14 |
| ลัตเวีย | 14 |
| ลิทัวเนีย | 14 |
| โรมาเนีย | 14 |
| ชิลเวเนีย | 14 |
| สหรัฐ เซค | 15 |
| เดนมาร์ค | 15 |
| เอสโตเนีย | 15 |
| ฟินแลนด์ | 15 |
| ไอซ์แลนด์ | 15 |
| นอร์เวย์ | 15 |
| ชิลวาเกีย | 15 |
| นอร์เวย์ | 15 |
| วโลวาเกีย | 15 |
| สวีเดน | 15 |
| แอนโดรา | 16 |
| โปแลนด์ | 16 |
| โปรตุเกศ | 16 |
| สเปน | 16 |
| เบลเยียม | 18 |
| ลักเซมเบิร์ก | 18 |

ส่วนในประเทศแถบเอเชียก็มีเกณฑ์อายุที่ค่อนข้างสูง เช่น จีน 14 ปี, ญี่ปุ่น 14 ปี, ไต้หวัน 14 ปี, สิงคโปร์ 10 ปี, มาเลเซีย 10 ปี เป็นต้น ซึ่งประเทศเหล่านี้ได้นำแนวคิดคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการปกป้องเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิข้อ 40 (3) มาปรับเกณฑ์อายุขั้นต่ำในประเทศตนให้สูงขึ้นเช่นกัน จะเห็นได้ว่าแนวโน้มเกือบทุกประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และกฎแห่งกรุงปักกิ่งได้พยายามปรับปรุงกฎหมายภายในเพื่อให้สอดคล้องแก่สภาพร่างกายของเด็กและเพื่อคุ้มครองเยาวชนในชาติ รวมทั้งเป็นการแสดงออกถึงการเคารพในหลักเรื่องสิทธิมนุษยชน ให้นานาประเทศได้ประจักษ์อีกด้วย

4.3 แนวโน้มการปรับปรุงกฎหมายในประเทศเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กในคดีอาญาให้ดียิ่งขึ้น

ในปัจจุบันประเทศไทยได้นำหลักสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นผู้เยาว์อันควรได้รับการพิทักษ์ปกป้อง โดยนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 53 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐ จากการใช้ความรุนแรง และการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม” ซึ่งจากหลักการดังกล่าวได้ส่งผลต่อการขอปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

4.3.1 การเสนอแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาตามร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่.....) พ.ศ. แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 18 ห้ามมิให้นำโทษประหารชีวิตและจำคุกตลอดชีวิตมาใช้บังคับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี

เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญานั้น โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 53 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม” การลงโทษประหารชีวิตแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นความรุนแรงจากกฎหมายของรัฐ คือ เป็นความรุนแรงเนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 โดยในมาตรา 76 บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 76 ผู้ใดอายุต่ำกว่า 17 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี กระทำการอันกฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

จะเห็นได้ว่าศาลมีดุลพินิจที่จะลดโทษลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้ ดังนั้นหากเยาวชนผู้นั้นอายุ 17 ปีกระทำความผิด ต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ก็จะเป็น

การขัดกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ข้อ 37 (ก) ที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เนื่องจากศาลมีดุลพินิจในการลงโทษที่จะลงโทษหรือไม่ก็ได้ หากมีการแก้ไขอายุในมาตรา 76 เป็น "ผู้ใดอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี..." ตามที่ผู้วิจัยเสนอไปยังข้างต้น ก็จะสามารถป้องกันมิให้มีการลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ได้อีกทางหนึ่งด้วย ปัจจุบันร่างกฎหมายฉบับนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของรัฐสภา

4.3.2 การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 ทวิ และมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เมื่อปี พ.ศ. 2542 โดยให้มีอัยการนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมสอบปากคำเด็กที่เป็นผู้เสียหาย พยาน หรือผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนและมีวิธีการพิเศษเพื่อคุ้มครองผู้ต้องหาเด็กระหว่างการเบิกความในศาล⁶⁵

ตามเจตนารมณ์ของการแก้ไขมาตรานี้ ก็เพื่อคุ้มครองเด็กในกระบวนการทางอาญา เพราะเด็กเป็นผู้ที่มีความอ่อนเยาว์ ควรได้รับการพิทักษ์ปกป้องจากรัฐ มิให้เด็กได้รับความรุนแรงจากกฎหมายโดยไม่เป็นธรรม การสอบสวนเด็กหากกระทำโดยผู้ที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ แม้แต่จะค้นหาความจริง จะเป็นการบีบคั้นและสร้างตราบาปแก่เด็ก แต่ถ้ามีอัยการ นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมสอบปากคำ ก็จะเป็นการประกันสิทธิแก่เด็กได้ว่าจะไม่ถูกใช้วิธีไม่เหมาะสมแก่เด็กได้ในระดับหนึ่ง โดยผู้ที่เกี่ยวข้องในการสอบปากคำ ต้องพึงระลึกถึงจิตใจของเด็กเป็นสำคัญมากกว่าค้นหาความจริง เพราะการคุ้มครองสิทธิเด็กนั้นต้องกระทำโดยไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าเด็กจะอยู่ในฐานะผู้เสียหาย พยาน หรือแม้กระทั่งผู้กระทำผิดก็ตาม

4.3.3 การยกร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก⁶⁶ พ.ศ.

เนื่องจากการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและการส่งเสริมความประพฤตินักเรียน นักศึกษา ที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน เป็นไปตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เรื่องเด็กซึ่งประพฤติตนไม่สมควรแก่วัย โดยได้กำหนดให้รัฐและบิดาหรือผู้ปกครองเด็กเข้ามามีส่วนช่วยในการอบรมเลี้ยงดูเด็กและกำหนดวิธีการให้การสงเคราะห์และการคุ้มครองเด็ก สาเหตุที่มีการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เนื่องจากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2515 เรื่องการส่งเสริมความประพฤตินักเรียน และนักศึกษา ซึ่งกำหนดให้นักเรียน นักศึกษา ควรได้รับการอบรมดูแลจากบิดามารดา ผู้ปกครอง

⁶⁵ การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 ทวิ.

⁶⁶ ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก พ.ศ. สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ.

และครูอาจารย์ แต่อย่างไรก็ดี การดำเนินการตามประกาศของคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับ ไม่สามารถบรรลุประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก เพราะขาดกลไกในการดำเนินการที่สำคัญและความมุ่งหมายของประกาศทั้ง 2 ฉบับนี้ใช้วิธีลงโทษมากกว่าการฟื้นฟูสาเหตุแห่งการประพฤติไม่เหมาะสมของเด็ก อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่ไม่เหมาะสมแก่ยุคสมัยและสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กฯ ฉบับนี้มีแนวคิดที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์ในการปกป้องคุ้มครองและดูแลสวัสดิภาพ ส่งเคราะห์และส่งเสริมความประพฤติเด็ก ทั้งในเรื่องหลักการคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงและการเสริมสร้างความเข้มแข็งของครอบครัวและชุมชน โดยมุ่งถึงการปฏิบัติที่让孩子ได้รับประโยชน์สูงสุด อันสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และมาตรฐานสากลของโลกในปัจจุบัน

ดังนั้น จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมายังข้างต้น จะพบว่าเกณฑ์อายุขั้นต่ำ 7 ปี ไม่เหมาะสมกับสภาพจิตใจและวุฒิภาวะของเด็กและการคุ้มครองสิทธิเด็กในการพัฒนาแก้ไขฟื้นฟูเด็กให้กลับคืนสู่สังคม เนื่องจากการกำหนดอายุที่ต่ำเกินไปจึงเป็นการริดรอนสิทธิของเด็กที่เป็นผู้กระทำผิดเพราะเด็กควรจะมีเจตนาเต็มใจอยู่ในครอบครัวของตน แต่กลับถูกนำมาควบคุมเพื่อรอการพิจารณาคดีและอาจจะซึมซับตัวอย่างที่ไม่เหมาะสมในสถานที่ควบคุม จึงเป็นการทารุณเด็กทางอ้อม ซึ่งการให้เด็กรับผิดชอบทางอาญา ควรจะให้รับผิดชอบกรณีที่พิสูจน์ว่าเด็กมีเจตนากระทำความผิดเท่านั้น มิใช่ใช้เกณฑ์อายุที่กำหนดเป็นเครื่องชี้วัดเจตนาของเด็กว่า หากเด็กมีอายุถึงเกณฑ์ที่กำหนดแสดงว่าเด็กมีเจตนาที่สมบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กที่มีอายุน้อยซึ่งควรอยู่ในความควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดของผู้ปกครอง แต่ผู้ปกครองปล่อยปละละเลยเด็กจนเป็นเหตุให้เด็กมีโอกาสกระทำความผิด การที่จะให้ผู้ปกครองรับผิดชอบละเมิดเพียงประการเดียวคงจะไม่เพียงพอเพราะความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้วทั้งที่สามารถป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ควรนำประมวลกฎหมาย มาตรา 306 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 9 ปี มาปรับใช้ในกรณีดังกล่าว ด้วยเพราะความผิดฐานนี้มีโทษทางอาญา น่าจะทำให้ผู้ปกครองของเด็กมีความระมัดระวังในการเลี้ยงดูเด็กมากยิ่งขึ้นและเป็นการป้องกันมิให้มีเหตุร้ายเกิดขึ้น ผู้วิจัยเชื่อว่าหากมีการแก้ไขอายุขั้นต่ำให้สูงขึ้นเป็น 10 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับสติปัญญา จิตใจ และวุฒิภาวะของเด็กแล้วประกอบกับนำประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306 ใช้กับผู้ปกครองของเด็กให้มีความระมัดระวังในการดูแลบุตรหลาน จะเป็นการป้องกันการกระทำผิดของเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนกรณีเด็กที่กระทำความผิดไปแล้ว แม้จะมีการแก้ไขเกณฑ์อายุขั้นต่ำให้สูงขึ้นโดยที่กฎหมายจะไม่ลงโทษเด็ก แต่ก็มีมาตรการฟื้นฟูแก้ไขตามร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กฯ ที่จะแก้ไขพฤติกรรมของเด็กให้กลับตัวเป็นคนดีต่อไป ส่วนกรณีเด็กกระทำผิดเพราะสภาพแวดล้อมไม่ดีหรือถูกผู้ปกครองทารุณ ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจศาลออกคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก

หรือเยาวชนที่ถูกทารุณ โดยถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือให้แยกเด็กหรือเยาวชนที่ถูกทารุณไปไว้ในความดูแลของสถานที่อื่นที่เหมาะสม เป็นต้น ซึ่งเป็นการป้องกันมิให้เด็กกลับไปสู่สภาพแวดล้อมเดิมหรือการเลี้ยงดูที่อาจทำให้เด็กกระทำความผิดซ้ำได้อีก ทั้งนี้จะเป็นการทำให้สาธารณชนยอมรับได้ว่าแม้กฎหมายมิได้ลงโทษใด ๆ แก่เด็กที่กระทำความผิดซึ่งมีอายุต่ำกว่า 10 ปี แต่ก็มิได้หมายความว่า จะปล่อยเด็กเหล่านี้ไปโดยที่ไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะแก้ไขพฤติกรรมของเด็กเพื่อมิให้ไปกระทำความผิดได้อีก



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย