

บทที่ 1

วิวัฒนาการของหลักการและกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม

1. วิวัฒนาการของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็ก

นับตั้งแต่อดีตได้มีกฎหมายและบทบัญญัติเป็นจำนวนมากที่ให้การคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเด็กในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบนั้นได้มีอยู่ 2 ส่วนด้วยกัน^{1 2} คือกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Human Rights Law) กล่าวคือ

1.1 วิวัฒนาการในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายเพื่อหาทางกำหนดวิธีการที่รัฐจะปฏิบัติต่อพลเรือนของรัฐ โดยให้ความคุ้มครองพลเรือนทั้งในยามสงบและยามสงครามที่อยู่ภายใต้อธิปไตยแห่งรัฐ เป็นการวางระเบียบขั้นพื้นฐานที่รัฐจะปฏิบัติต่อคนชาติ แม้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนจะไม่ได้มีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองประชาชนในขณะที่มีการขัดกันทางอาวุธเกิดขึ้นดังเช่น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่ก็มีหลายบทบัญญัติที่นำมาบังคับใช้ได้โดย

¹ Rachel Harvay, Children and Armed Conflict: A Guide to International Humanitarian Law and Human Rights Law (2001), pp.6-7 [Online] Available from: http://www.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000044.pdf[2006,February].

² Rachel Brett and Margaret Mccallin, Children: The Invisible Soldiers, Second Edition, (Sweden: Radda Barnen, Save the Children Sweden,1998), pp.158-162.

มาตรฐานเบื้องต้นที่ห้ามการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้น³ ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 และต่อมา เพื่อเป็นการสนับสนุนอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงได้มีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง "ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ค.ศ. 2000" ขึ้น โดยมุ่งประเด็นไปที่ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งทางอาวุธที่เด็กถูกใช้ให้เป็นทหารเด็ก

ในส่วนขององค์การสหประชาชาติ ก็ได้ดำเนินการให้มีการส่งเสริม และคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนตามหลักการที่บัญญัติในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในหลายด้านโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ เด็ก ค.ศ. 1989

(1) ที่มาของข้อความคิดทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็ก (Background of Child Rights)

ช่วงเวลานับทศวรรษ หลังสิ้นสุดยุคสงครามเย็น ได้มีการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ด้วยการตรึงกองกำลังทางทหารในบางสถานที่ มีการปฏิบัติงาน หรือภารกิจเพื่อความสงบสุขของโลก โดยองค์การระหว่างประเทศ การช่วยเหลือเด็กๆ และคนหนุ่มสาวนับหมื่นซึ่งตกเป็นส่วนหนึ่งของการสู้รบทั้งในเอเชีย ยุโรป อเมริกาใต้ แอฟริกา และตะวันออกกลาง การช่วยดูแลสถานการณ์กว่า 90 จุดที่มีการขัดแย้งที่โดดเด่น การขัดแย้งเกี่ยวกับเชื้อชาติและวัฒนธรรม อีกทั้งการเกิดขึ้นใหม่ของรัฐต่าง ๆ อย่างรวดเร็วในกรอบระหว่างประเทศ ซึ่งการช่วยเหลือรักษาสันติภาพของโลกล้วนแล้วแต่อยู่บนความหวังที่จะให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างรัฐต่างๆ อยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย ให้อำนาจทางกฎหมายมีอำนาจเหมือนกับอำนาจทางการเมือง

อย่างไรก็ดี หากเปรียบโลกเป็นสังคมโลกสังคมหนึ่ง โดยที่รัฐมีฐานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อรัฐหลายรัฐอยู่ร่วมกัน ย่อมเกิดความขัดแย้งขึ้นได้ หากไม่สามารถตกลงกันโดยสันติวิธีได้ ก็จะกลายเป็นกรณีพิพาทที่รัฐคู่พิพาทอาจใช้กำลังอาวุธเข้าตัดสินจนบางครั้งอาจก่อให้เกิดสงครามที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรง ทั้งนี้แต่แรกเริ่มเดิมทีนั้น การทำสงครามในสมัยโบราณเป็นการทำสงครามแบบไม่มีกฎข้อบังคับ สังคมสมัยดั้งเดิมยอมรับอำนาจรัฐในการทำสงครามเห็นได้จากบรรดากษัตริย์ที่ต่อองสามารถเป็นทั้งผู้ปกครองและนักรบ รัฐ

³ United Nations Children's Fund and Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict, (new York:Unicef,2003), pp.7-9.

มีอำนาจที่จะใช้กำลังต่อรัฐอื่นได้อย่างอิสระเสรีโดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลข้ออ้างตามกฎหมายแต่อย่างใด รัฐมีเสรีภาพที่จะใช้กำลังได้โดยไม่มีข้อห้าม ดังนั้นการกระทำจึงมีลักษณะที่เป็นไปอย่างทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม เป็นการต่อสู้ที่ใช้วิธีรุนแรงเพื่อทำลายล้างซึ่งกันและกัน เมื่อเป็นเช่นนี้แน่นอนที่สุดความเสียหายย่อมเกิดขึ้นแก่ชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนพลเรือนผู้บริสุทธิ์ที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับเด็ก เพราะเด็กจำนวนไม่น้อยที่จะตกเป็นเหยื่อจากการขัดกันทางอาวุธ

แต่ทั้งนี้ด้วยอิทธิพลของอารยธรรมโบราณประกอบกับมโนธรรมและอิทธิพลทางศาสนา⁴ เช่น มหาภารตะ คัมภีร์ไบเบิล และมหาคัมภีร์อัลกุรอาน (คัมภีร์โคหราน)⁵ ⁶ มีการวางกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้กับผู้ที่ไม่ใช่ฝ่ายตนเช่น วิกาเย คำสอนที่เขียนขึ้นในตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 13 ในยุคที่อาหรับมีอำนาจเหนือสเปน กล่าวถึงกฎแห่งการทำสงครามที่ช่วยให้รู้จักแยกแยะผิดชอบชั่วดีไม่รังแกผู้ที่อ่อนแอกว่า ทำให้เกิดข้อจำกัดบางประการในการทำสงครามเพื่อบรรเทาความโหดร้ายทารุณโดยไม่จำเป็น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าคำสอนทางศาสนาถือเป็นก้าวแรกที่ได้ให้หลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า ซึ่งก็หมายถึง การคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นผู้ที่อ่อนแอกว่าในทุกๆด้าน โดยรวมถึงการห้ามไม่ให้เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบด้วย ทั้งนี้ก็ไปสอดคล้องกับคำกล่าวของกษัตริย์ฮัมมูราบีผู้เป็นกษัตริย์แห่งบาบิโลนที่ว่า "ข้าพเจ้าบัญญัติกฎหมายนี้ขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้ผู้แข็งแรงกดขี่ผู้ที่อ่อนแอกว่า"⁷ ต่อมาด้วยอิทธิพลของลัทธิอัสควินในยุโรปสมัยกลางที่มีการให้เกียรติแก่คู่ต่อสู้ การต่อสู้จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์บางประการ และการต่อสู้ที่ไม่ชอบธรรมถูกห้ามนำมาใช้ ทำให้เกิดแนวความคิดว่าการทำสงครามระหว่างรัฐควรเป็นไปเพียงล้มล้างอำนาจของ

⁴ อรุณ ภาณุพงศ์, "กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง" หนังสือรวบรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2535) น.408.

⁵ International Committee of the Red Cross, What is International Humanitarian Law ?, Advisory Service on International Humanitarian Law, (Bangkok: ICRC, 2004), Mimeographed)

⁶ International Committee of the Red Cross, International Humanitarian Law : Answer to your Questions, (Bangkok, June 2007), p.9.

⁷ *Ibid*, p.9.

ศัตรูมุ่งหมายเพื่อเอาชนะ ไม่ใช่เพื่อทำลายล้างชีวิตมนุษย์อย่างไร้เหตุผล⁸ อีกทั้งในศตวรรษที่ 16 และ 17 ได้มีนักนิติศาสตร์คนสำคัญ⁹ เช่น ฮิวโก โกรเชอุส (Hugo Grotius) ในหนังสือเรื่อง *De jure belli ac pacis* ค.ศ. 1965 และ วัตเตล (Vattel) ในหนังสือกฎหมายระหว่างประเทศ ค.ศ. 1758 นอกจากนั้นยังมีความพยายามซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากทางศาสนา ที่มุ่งพัฒนาแนวความคิดเรื่อง “สงครามที่เป็นธรรม” (Just War) และสงครามที่ไม่เป็นธรรม โดยที่สงครามที่เป็นธรรมนั้น เป็นสงครามที่ชอบธรรมในฐานะที่เป็นการใช้กำลังต่อต้านกับความไม่เป็นธรรม ซึ่งอะไรก็ตามที่จะยุติธรรมหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) คือความสำนึกร่วมกันของมนุษย์ในความถูกต้องและความมีเหตุผล¹⁰ นับจากนั้นจึงได้มีการวางกฎเกณฑ์ในการทำสงครามให้รัฐต่างๆ ยึดถือปฏิบัติจนพัฒนามาเป็นกฎหมายสงคราม¹¹ (Law of War) ที่กฎเกณฑ์ของกฎหมายจะประกอบไปด้วยจารีตประเพณีและความตกลงระหว่างประเทศที่พึงปฏิบัติสำหรับการสู้รบและการให้ความคุ้มครองผู้เคราะห์ร้ายจากการสู้รบ¹² โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของอนุสัญญาต่างๆ ที่เป็นลายลักษณ์อักษร

แต่อย่างไรก็ดี สำหรับในเรื่องของการคุ้มครองเด็กเพื่อแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้น จากการศึกษาพบว่าในสมัยก่อนนั้นคนส่วนใหญ่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กเท่าที่ควรมากนัก เนื่องจากในอดีตกาลตามประวัติศาสตร์กฎหมายสมัยโรมันนั้น

⁸ วีระ โฉบายะ, ปรีชญา เวสรัชช์ และ นพนิธิ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศหน่วยที่ 7-15, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 2529), น.33.

⁹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 510-511.

¹⁰ อรุณ ภาณุพงศ์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 4, น. 409 – 410.

¹¹ กฎหมายสงคราม มีชื่อเรียกหลากหลายไม่ว่าจะเป็น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร แต่ส่วนใหญ่แล้วองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐทั้งหลาย จะนิยมเรียกกฎหมายนี้ว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากกว่า แต่สำหรับชื่อที่เรียกกฎหมายว่า กฎหมายสงคราม หรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารนั้น จะนิยมใช้ในกองทัพเป็นส่วนใหญ่ อ่านเพิ่มเติม International Committee of the Red Cross, International Humanitarian Law : Answer to your Questions, *supra* note 6.

¹² คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, สาระสำคัญของกฎแห่งสงคราม, (กรุงเทพมหานคร), น.1.

กฎหมายระบุว่า เด็กคือสมบัติของผู้เป็นพ่อแม่¹³ เพราะกฎหมายโรมันมีหลักกฎหมายที่เรียกว่า *Patria Potestas*¹⁴ หมายถึง เป็นอำนาจในฐานะที่เป็นบิดา อำนาจของหัวหน้าครอบครัวในการดูแลบุตรภรรยาที่มีมากถึงขั้นซึ่งเป็นชีวิตาย ฝ่ายบิดามีอำนาจโดยชอบธรรมเหนือบุตรอย่างไม่จำกัด ซึ่งแนวคิดนี้ยังคงมีอยู่ต่อมา จนถึงยุคสมัยใหม่ ตัวอย่างเช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีหลักกฎหมายที่เรียกว่า *Puissance Paternelle* ซึ่งเป็นบทบัญญัติรองรับหลักอำนาจของฝ่ายบิดาเหนือบุตรไว้เช่นกัน¹⁵

จนถึงสมัยศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากสงครามโปเลียน ทำให้สังคมตระหนักถึงความจำเป็นที่จะกำหนดข้อจำกัดของการใช้กำลังทางทหาร และเริ่มให้ความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษกับเด็กเพื่อควบคุมการใช้แรงงานเด็ก จัดหาการศึกษาขั้นพื้นฐาน ให้การช่วยเหลือดูแลเด็ก มีการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการใช้แรงงานเด็กและกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาภาคบังคับทำให้สถานะของเด็กตามกฎหมายได้รับการยอมรับมากขึ้น และนอกจากนี้เด็กยังเป็นกลุ่มคนที่ต้องการการปกป้องคุ้มครอง มากกว่าคนทั่วไปเนื่องจากความไร้เดียงสา ตลอดจนความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็กเองที่ไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่ จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม นับแต่นั้นแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กได้รับการพัฒนาขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่ง ค.ศ. 1919 ปลายสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ได้ใช้พลเรือนเป็นเป้าหมาย ทั้งนี้โดยผลของสงครามทำให้เด็กจำนวนมากตกอยู่ในสภาพทุกข์ทรมาน จากสภาวะการณดังกล่าว ได้ส่งผลกระทบต่อประชาคมโลกให้ได้เห็นถึงความทุกข์ยากของบรรดาเด็กทั้งหลาย ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1920 จึงได้มีการก่อตั้งสหภาพกองทุนช่วยเหลือเด็กระหว่างประเทศ (Save the Children Fund International Union) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือต่อเด็กเหล่านั้น และจากเหตุการณ์ดังกล่าวนี้เองแนวความคิดที่จะให้คุ้มครองสิทธิเด็กในระหว่างประเทศจึงได้เริ่มขึ้น ทั้งที่

¹³ เจมส์ พี แกรนท์ , สภาวะของเด็กในโลก 1988, (กรุงเทพมหานคร : องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ), 2531), น. 52

¹⁴ D.Kelly Weisberg, Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World, 21 ICJ Review 43, 45 (1978) , อ้างถึงใน อิงอร จินตนาเลิศ , "กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989" , (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541) , น. 6 .

¹⁵ *Ibid.*, p.46 อ้างโดย อิงอร จินตนาเลิศ , น. 7 .

ก่อนหน้านี้นี้ประชาคมโลกไม่ได้ให้ความสนใจหรือความสำคัญต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของเด็กมาก่อน เพราะเห็นว่าเด็กเป็นเรื่องภายในครอบครัวหรือภายในสังคมของแต่ละประเทศเท่านั้น¹⁶

ต่อมาในศตวรรษที่ 20 หลักการคุ้มครองเด็กได้ขยายออกไปสู่ระดับระหว่างประเทศ เนื่องจากในประชาคมระหว่างประเทศเห็นความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างดีดังนั้นในปี ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือที่เรียกว่าปฏิญญาเจนีวา (The Declaration of Geneva 1924) ระบุว่า “เด็กสมควรจะได้รับสิ่งที่ดีที่สุดจากมวลมนุษยชาติ”¹⁷ (mankind owes to the child the best that it has to give)¹⁸ ซึ่งในท้ายที่สุดก็ได้กลายมาเป็นอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งมีการรับรองโดย 128 ประเทศ ซึ่งนับเป็นหลักเกณฑ์ที่มุ่งจะคุ้มครองเด็กจากภาวะการขัดกันทางอาวุธ¹⁹ ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง

ภายหลังที่สงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ค.ศ.1945 องค์การสหประชาชาติได้จัดตั้งขึ้น ถือได้ว่าองค์การสหประชาชาติเป็นองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดของโลกในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยมุ่งจรรโลงสันติภาพและส่งเสริมสันติสุขขึ้นในโลก²⁰ และในการนี้จึงมีการรับรองสิทธิมนุษยชนขึ้นตามที่ได้ปรากฏชัดในกฎบัตรขององค์การสหประชาชาติ โดยหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎบัตรสหประชาชาตินี้ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้พันธกรณีดังกล่าวได้รับการยืนยันจากอารัมภบทของกฎบัตรสหประชาชาติ ที่กล่าวว่า “เราบรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติ

¹⁶ Adam Lopatka, “Importance of the Convention on the Rights of the Child”, Bulletin of Human Rights 91/2 (1992), p.60.

¹⁷ เจมส์ พี แกรนท์ , *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 52.

¹⁸ Angela Hegarty & Siobhan Leonard, Human Rights : An Agenda for the 21 Century, (1999), p.169.

¹⁹ Council of Delegates , Birmingham , 29 -30 October 1993, Child soldiers, Prepared by the Henry Dunant Institute in Collaboration with the ICRC . (Geneva , 1993), p.35.

²⁰ นิติย์ พิบูลสงคราม, *ครึ่งศตวรรษแรกของสหประชาชาติ* “ไทยกับสหประชาชาติ: ความร่วมมือในรอบ 50 ปี (2488-2538)”. (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอราวัณการพิมพ์) น. 1.

ได้ตั้งเจตจำนง...ที่จะช่วยชนรุ่นหลังให้พ้นจากภัยพิบัติแห่งสงคราม ซึ่งได้นำความวิปโยคอย่างสุดจะพรรณนามาสู่มนุษยชาติ ในช่วงชีวิตของเราถึงสองครั้งแล้ว และที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชน...” ประกอบกับข้อ 1(3), ข้อ 13 (1) (b), ข้อ 55(c), ข้อ 62(2), ข้อ 68, ข้อ 76(c) ของกฎบัตรดังกล่าว ก็ได้ยืนยันหลักการเคารพสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลฐานสำหรับทุกคนไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิมนุษยชนไม่ใช่เป็นเพียงสิทธิทางศีลธรรม แต่เป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีผลผูกพันอีกด้วย²¹ นับแต่นั้นคำว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) จึงเป็นที่รู้จักกว้างขวาง และทำให้สิทธิของเอกชนเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามและขอบเขตเนื้อหาของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้ รวมทั้งไม่ได้กำหนดวิธีการทางกฎหมายที่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพ²² ดังนั้น จึงเห็นว่าสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติดังกล่าวยังไม่ชัดเจนเพียงพอ²³ โดยเหตุนี้องค์การสหประชาชาติจึงได้มีการจัดทำและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี ค.ศ. 1948 เพื่อยืนยันความเชื่อมั่นและเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมทั้งเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของความเป็นมนุษย์ตลอดจนรวมถึงหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานด้วยนั้น องค์การระหว่างประเทศหลายหน่วยงานได้ให้ความสนใจในเรื่องดังกล่าวนี้ ดังจะเห็นได้จาก ตัวอย่าง เช่น ในปี 1950 ยุโรปได้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือในปี 1981 อัฟริกันก็ได้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นต้น เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ที่สำคัญหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวอย่างเฉพาะเจาะจงในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และปรากฏในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา

²¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของสหประชาชาติ”, วารสารกฎหมายสุขภาพธรรมาธิราช 1 (พฤศจิกายน 2530): น.130.

²² เพ็งอ้าง.

²³ Hans-Joachim Heintze, “The UN Convention and the Network of the International Human Rights Protection by the UN”, in the Ideologies of Children’s Rights ed. Michael Freeman and Philip Veerman (Dordrecht: : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p.72.

ค.ศ.1977 ทั้ง 2 ฉบับ รวมทั้งทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ และข้อมติของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศด้วย

อนึ่ง เนื่องจากปฎิญาสาภกัว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) นี้ได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้เพียงบางส่วนเท่านั้น ซึ่งไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิเด็กที่มีความต้องการในการได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษประกอบกับสถานะทางกฎหมายของปฎิญาไม่มีผลผูกพันรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแต่อย่างใด เนื่องจากปฎิญาเป็นเพียงคำประกาศหลักการโดยทั่วไปที่บรรดารัฐต่างๆ ยอมรับ แต่ไม่กำหนดข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่าน เช่น ฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) ได้ให้ความเห็นว่า ปฎิญาเป็นเพียงถ้อยแถลงไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายที่รัฐจะต้องปฏิบัติตาม²⁴ หรือ เจมส์ เลสลีย์ เบอริลีย์ (James Leslie Brierly) เห็นว่าปฎิญาไม่ใช่สนธิสัญญาและไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายแต่อย่างใด²⁵ ดังนั้นต่อมาในปี ค.ศ. 1959 องค์การสหประชาชาติจึงได้พัฒนาและประกาศปฎิญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) แต่ปฎิญาดังกล่าวนี้ไม่มีผลผูกพัน เป็นกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ดังนั้น รัฐบาลโปแลนด์ได้เสนอความคิดที่จะให้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นเป็นครั้งแรกในระหว่างปีสากลเด็ก (ค.ศ. 1979)²⁶

สรุปได้ว่า ที่มาของข้อความคิดทางกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิเด็ก และการแก้ปัญหาคารกณฑลเด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น ในเรื่องของมาตรฐานเบื้องต้นที่ห้ามการกณฑลเด็กให้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้น มีการก่อตั้งขึ้นตั้งแต่ในสมัยโบราณในรูปของกฎหมายแบบต่างๆ ที่มีการพัฒนาเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กมาช้านาน และในปี ค.ศ. 1989 องค์การสหประชาชาติได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989) จึงทำให้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้เข้าสู่อการพิจารณารับรองของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติและในการนี้ก็ได้มีการให้ความสนับสนุนในเรื่องของการแก้ปัญหาคารกณฑลเด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

²⁴ Hans Kelsen, Principles of International Law, Second Edition (New York, 1966), p.227.

²⁵ James Leslie Brierly, The Law of Nations and Introduction to the International Law of Peace, (Oxford: Clarendon, 1963), p. 294.

²⁶ เจมส์ พี แกรนท์, อ้างแล้ว เริงอรรถที่ 13 น.10.

หรือใช้เด็กเป็นทหารอีกครั้ง โดยได้ตราเป็นบทบัญญัติไว้ในข้อ 38 ว่า อายุขั้นต่ำของเด็กที่จะถูกเกณฑ์หรือมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบได้คือ 15 ปี

(2) พัฒนาการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989)

ปี 1989 องค์การสหประชาชาติ ได้มีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งเป็นการยืนยันหลักการพื้นฐานในความสำคัญของหน่วยครอบครัวในสังคม และยอมรับถึงสิทธิของเด็กเป็นการนำมาซึ่งเจตจำนงของกฎบัตรสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อความสงบสุข เพื่อเกียรติ สร้างความอดทน อดกลั้น อิศรภาพ ความเสมอภาค การป้องกันการเข้าไปมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบที่จะเกิดขึ้นในเวลาอันใกล้นี้ โดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าในศตวรรษที่ 21 นี้ปรารถนาจะให้มีการปกป้องคุ้มครองเด็กมิให้ตกเป็นเหยื่อจากการขัดกันทางทหาร

ความเป็นมาของการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น เนื่องมาจากกรณีที่ในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลโปแลนด์ได้จัดทำต้นร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น และได้เสนอร่างอนุสัญญานี้ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งข้อเสนอนี้ได้ถูกเสนอต่อไปยังคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม และต่อมาได้เสนอถึงสมัชชาใหญ่แห่งองค์การ ในปี ค.ศ. 1979 คณะกรรมาธิการที่ประชุมได้ตกลงตั้งคณะทำงาน (the open – ended Working Group on the Question of a Convention on the Rights of the Child) ขึ้นมาคณะหนึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนจากรัฐต่างๆ จำนวน 43 รัฐ นอกจากนี้ยังมีองค์การระหว่างประเทศ องค์การเอกชน และผู้แทนรัฐอื่นๆ เข้าร่วมแต่อยู่ในฐานะผู้สังเกตการณ์ (observers) เท่านั้น²⁷ การตั้งคณะทำงานก็เพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยใช้ต้นร่างของรัฐบาลโปแลนด์ และในที่สุด อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ได้รับการรับรองจากองค์การสหประชาชาติโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติยอมรับ (General Assembly Resolution 44/25) เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 1989

อนุสัญญานี้ นับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่ทำให้ความคุ้มครองและส่งเสริมชีวิตและพัฒนาการขั้นพื้นฐานของเด็กอย่างแท้จริงและถือว่าเป็นการกำหนดมาตรฐานสากลทางกฎหมายที่นานาประเทศได้ร่วมตกลงกันเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการสนับสนุนพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ในเรื่องของการ

²⁷ Sharon Detrick, ed., The United Nations Conventions on the Rights of the Child : A Guide to the "Travaux Preparatoires , (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p.21.

แก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบหรือการใช้เด็กเป็นทหารด้วย อย่างไรก็ตาม ได้มีการเรียกร้องให้ประเทศต่างๆ ลงนามเข้าเป็นสมาชิก และเมื่ออนุสัญญาดังกล่าวได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 เลขานุการสหประชาชาติในขณะนั้น คือ Javier Perez de Cuellar ได้กล่าวถึงความสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวโดยมีข้อความตอนหนึ่งว่า "...การเคารพและการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนี้ ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาอย่างเต็มรูปแบบซึ่งศักยภาพแห่งปัจเจกบุคคลในบรรยากาศแห่งเสรีภาพ เศรษฐกิจ และความยุติธรรม..."²⁸ และในปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2534²⁹

อนุสัญญานี้ไม่เพียงแต่ตระหนักถึงการละเมิดสิทธิเด็กและเด็กที่ตกอยู่ในภาวะที่ยากลำบากเท่านั้น แต่ยังมุ่งให้การคุ้มครองสิทธิแก่เด็กโดยทั่วไปด้วย โดยเด็กแต่ละคนจะได้รับการเคารพและประกันสิทธิต่างๆ ที่ปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าเด็กมีสิทธิติดตัวนับแต่เด็กถือกำเนิดมา นอกจากนี้การกระทำใดๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องกับเด็กไม่ว่าโดยองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นอันดับแรก อนึ่ง สิทธิเด็กที่อนุสัญญานี้บัญญัติให้การคุ้มครองไว้ ที่สำคัญได้แก่ สิทธิในการดำรงชีวิต (Survival Rights) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Rights) สิทธิที่ได้รับการพัฒนา (Development Rights) และ สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Rights)

อนึ่ง ข้อสาระสำคัญในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือใช้เด็กเป็นทหารนั้น ได้บัญญัติอยู่ในข้อ 38 กล่าวคือ

"...2. รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่สอดคล้อง ที่จะประกันว่าบุคคลที่อายุไม่ถึง 15 ปี จะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน

3. รัฐภาคีจะหลีกเลี่ยงการเกณฑ์บุคคลที่มีอายุไม่ถึง 15 ปีเข้ามาประจำในกองทัพ และในการเกณฑ์บุคคลที่มีอายุครบ 15 ปีแต่ไม่ถึง 18 ปีนั้น รัฐภาคีจะเกณฑ์บุคคลที่มีอายุมากที่สุดก่อน..."

²⁸ Malfrid Grude Flekkoy, A Voice of Children : Speaking Out as Their Ombudsman, (London : Jessica Kingsley Publishers, 1991), p. 215.

²⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองเล่นที่ 1: สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 96.

จะเห็นได้ว่าข้อ 38 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อนี้ ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้ก่อให้เกิดการรวมกันอย่างชัดเจนกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ³⁰

(3) กลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็ก กับ ทางปฏิบัติระหว่างประเทศในกรอบสหประชาชาติ และนอกกรอบสหประชาชาติ

กลไกที่ช่วยให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เป็นสิ่งที่ซับซ้อน และแตกต่างจากระบบของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยมีการรวมระบบต่างๆ เหล่านี้ เช่นระบบของภูมิภาค หรือองค์กรให้คำปรึกษา เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ หรือตามสนธิสัญญาเฉพาะประเภท³¹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและคณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนได้พัฒนากลไกที่เรียกว่า “ผู้รายงานพิเศษ” และกลุ่มทำงาน ที่ทำหน้าที่เฝ้าดูและรายงานสถานการณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชน³²

ในปัจจุบันมีกฎหมายสิทธิมนุษยชนหลักที่สำคัญหลายฉบับที่เป็นแนวทางปฏิบัติและใช้บังคับในขณะนี้ คือ

- ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้มีการยอมรับโดยสมาชิกของสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1948
- อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยทางสังคมและเศรษฐกิจ ค.ศ. 1966
- อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดสิ้นไปเสียซึ่งการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1981
- อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอย่างโหดร้าย อย่างมิไ้มนุษยย์ หรือการปฏิบัติโดยลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ ค.ศ. 1989

³⁰ Rachel Brett and Margaret Mccallin, *supra note*.3, p.159.

³¹ เช่น คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

³² International Committee of the Red Cross, *supra note* .6. p.37.

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989

อนุสัญญาเหล่านี้ได้กำหนดให้มีการก่อตั้งคณะกรรมการ เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน จากกลุ่มผู้เชี่ยวชาญอิสระ ซึ่งทำหน้าที่ติดตามการปฏิบัติตามกฎหมายในภูมิภาคอื่นๆ ในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้องค์การสหประชาชาติภายใต้การดำเนินงานของสำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองและเผยแพร่หลักสิทธิมนุษยชน หน้าที่ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ คือ ส่งเสริมประสิทธิภาพด้านกลไกการทำงาน และสร้างเสริมความสามารถในการคุ้มครอง และเผยแพร่กฎหมายสิทธิมนุษยชนในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับระหว่างประเทศ

ก) กลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็ก และทางปฏิบัตินอกกรอบสหประชาชาติ

1. คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Committee on the Rights of the Child)

สำหรับกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กนั้น ผู้ที่ทำหน้าที่หลักในการตรวจตราให้มีการปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของรัฐภาคีคือ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Committee on the Rights of the Child) จัดเป็นกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กนอกกรอบสหประชาชาติ ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ได้กำหนดกลไกในการควบคุมดูแลให้รัฐภาคีมีการปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กและการแก้ปัญหาไม่ให้เกิดเข้าร่วมในการสู้รบตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกลไกที่กำหนดไว้คือ การจัดให้มีการตรวจตราโดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กตามข้อ 43 ที่ว่า “เพื่อให้มีการตรวจสอบความคืบหน้าของรัฐภาคีในการบรรลุให้เป็นไปตามพันธะที่มีตามอนุสัญญานี้ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น...” ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญ 10 คนโดยเลือกจากรัฐภาคี ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงการกระจายสัดส่วนทางภูมิศาสตร์อย่างเป็นธรรมและคำนึงถึงระบบกฎหมายหลักๆ ที่สำคัญด้วย คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี และมีสิทธิได้รับเลือกตั้งซ้ำอีกได้

ในส่วนของรัฐภาคี มีหน้าที่ต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการในเรื่องมาตรการต่างๆ ที่รัฐบาลดำเนินการเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็กและการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กบังเกิดผล ตลอดจนต้องรายงานในเรื่องความคืบหน้าของการใช้สิทธิเด็กด้วย โดยรัฐภาคีจะต้องรายงานครั้งแรกภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันที่อนุสัญญา

ว่าด้วยสิทธิเด็กมีผลบังคับใช้กับรัฐภาคีนั้น และจะต้องเสนอรายงานทุกๆ 5 ปีหลังจากนั้นรายงานเหล่านั้นจะถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กอาจจัดทำข้อเสนอแนะและข้อเสนอแนะทั่วไป โดยอาศัยข้อมูลข่าวสารจากรายงานก็ได้ ทั้งนี้ข้อเสนอแนะและข้อแนะนำดังกล่าวจะถูกส่งไปยังรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง และรายงานไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ หากรายงานนั้นมีกรณีเป็นที่สงสัยคณะกรรมการสามารถเชิญผู้แทนของรัฐภาคีมาเสนอรายงานและตอบคำถามได้

ในทางปฏิบัติ มีตัวอย่างรายงานของรัฐภาคี ที่ได้เสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก เช่นประเทศ รวันดา (Rwanda) ที่คณะกรรมการเห็นว่าการทำรายงานยังไม่ดีพอในเนื้อหา ไม่ได้อธิบายถึงชีวิตและความเป็นอยู่ของเด็กในประเทศของตน รวมทั้งเนื้อหาของรายงานไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับนโยบายของรัฐที่จะทำให้ความเป็นอยู่ของเด็กดีขึ้น อย่างไรก็ตาม ถึงแม้คณะกรรมการเห็นว่ารายงานของประเทศรวันดานั้นข้อมูลไม่เพียงพอต่อความเข้าใจว่าได้พยายามดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีมากนักน้อยเพียงใด ในกรณีดังกล่าวคณะกรรมการก็ไม่มีอำนาจในการบังคับให้ประเทศรวันดาจำต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด โดยคณะกรรมการมีอำนาจเพียง ทำข้อเสนอแนะ หรือข้อแนะนำ หรืออาจให้ทำรายงานใหม่เท่านั้น เป็นที่สังเกตได้ว่าการที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กไม่มีอำนาจในการบังคับให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีได้นั้น เนื่องการอาศัยความร่วมมือจากรัฐต่างๆ ในการปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างจริงจังเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

2. คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Human Rights Committee)

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีหน้าที่ติดตาม ตรวจสอบการบังคับใช้กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ให้คำแนะนำและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับสิทธิเด็กในบานะที่เป็นสิทธิมนุษยชน ทางปฏิบัติ เช่น ในเดือนเมษายน ปี 2003 คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มีมติที่ 2003/12 ต่อกรณีประเทศพม่าว่า รู้สึกสลดใจต่อการกระทำอันละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในพม่าที่ยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ซึ่งรวมถึงการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กด้วย คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงได้เรียกร้องให้ รัฐบาล SPDC ของพม่าหยุดการบังคับใช้แรงงานเด็ก³³

³³ Resolution 2003/12 on the Situation of Human rights in Myanmar, 59th Session of the UN commission on Human Rights, 17 March-25 April 2003,

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการที่กลไกการติดตามผล ที่จะควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Committee on the Rights of the Child) นั้น ไม่มีอำนาจอย่างจริงจังในการบังคับให้รัฐภาคีปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ ดังนั้น จึงมีกลไกทางกฎหมายในกรอบของสหประชาชาติที่เป็นตัวช่วยสนับสนุนและผลักดันให้การคุ้มครองสิทธิเด็ก และการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ข) กลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็ก และทางปฏิบัติในกรอบสหประชาชาติ กลไกภายใต้องค์การสหประชาชาตินั้น การดำเนินงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ดำเนินงานโดยผ่านองค์กรหลักคือ

1. คณะมนตรีความมั่นคง (Security Council)

หน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น จะมีหน้าที่สอบสวนกรณีพิพาท หรือสถานการณ์ที่อาจนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างประเทศ และเสนอแนะวิธีดำเนินการ หรือแผนปฏิบัติการที่จะจัดทำความตกลงสำหรับการยุติข้อพิพาทนั้นโดยสันติวิธี³⁴

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้มีการออกข้อมติที่ 1261³⁵ เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 1999 เพื่อคุ้มครองเด็กและแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบ โดยมีสาระสำคัญว่า ประณามการใช้เด็กเป็นเป้าหมายในสถานการณ์ของความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธซึ่งมีการเกณฑ์เด็กและการใช้ทหารเด็ก อีกทั้งมีการกระตุ้นให้รัฐคู่กรณีที่มีข้อพิพาทพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ และนอกจากนี้ ยังกระตุ้นให้รัฐทั้งหลายดำเนินการมาตรการทุกด้านในการลดกำลังทหาร ปลดประจำการ และการให้ความช่วยเหลือที่เหมาะสมสำหรับการฟื้นฟูทาง

Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Child Soldier Use 2003: A Briefing for the 4th UN Security Council Open Debate on Children and Armed Conflict, (London: Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, 2004), p.28.

³⁴ กุลพล พลวัน, พัฒนาการสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538), น. 59.

³⁵ United Nations Security Council. Resolutions 1261 (S/RES/1261) [Online] Available from: [http://www.Unicef.org/emerg/files/ Security Council Resolutions 12611999.pdf](http://www.Unicef.org/emerg/files/Security_Council_Resolutions_12611999.pdf).

ร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กเหล่านั้น ทั้งนี้ ข้อมติที่ 1261 เป็นผลมาจากการประชุมครั้งแรกของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับปัญหานี้ที่เกิดขึ้น โดยถือได้ว่าเป็นมติแรกที่คณะมนตรีความมั่นคงได้มีการระบุอย่างชัดเจน ถึงประเด็นในเรื่องของเด็กและความขัดแย้งกันด้วยกำลังทางอาวุธว่าเป็นปัญหาสำคัญของโลก และสะท้อนให้เห็นว่า การป้องกันและความปลอดภัยของเด็กที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธถือเป็นสาระสำคัญอันหนึ่งของสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ

2. สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เป็นหน่วยงานกลางของสหประชาชาติ เป็นที่ซึ่งทุกประเทศสามารถกล่าวแสดงความคิดเห็นและเรื่องราวต่างๆ ให้เป็นที่รับรู้ โดยที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินั้น สามารถหารือและทำข้อเสนอแนะได้ทุกเรื่องภายในขอบเขตของกฎบัตรสหประชาชาติ

ในส่วนของ การแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้เริ่มให้ความสำคัญอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 ดังจะเห็นได้จากการที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีมติที่ประชุม 48/157 (forty-eight session) ลงวันที่ 20 ธันวาคม 1993 ว่าด้วย เรื่อง การให้ความคุ้มครองเด็กที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Protection of Children Affected by Armed Conflict) ซึ่งสาระสำคัญประเด็นหนึ่งกล่าวว่า สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติต้องการจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญอิสระทำการศึกษารายงานในเรื่องนี้อย่างจริงจัง ดังนั้นจากมติดังกล่าวเลขานุการสหประชาชาติจึงได้มอบหมายให้การ์ชา มิเชล (Graça Michel) ทำหน้าที่ศึกษาผลกระทบของความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่เกิดขึ้นกับเด็ก และต่อมาสมาชิกสหประชาชาติได้มีมติที่ A/51/306³⁶ ซึ่งเป็นรายงานของการ์ชา มิเชล (Graça Michel) ในเรื่องของเด็กและการขัดกันทางอาวุธ ที่ทำให้ทราบว่า เด็กได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งดังกล่าวเป็นอย่างมาก รายงานของเขาถือได้ว่าเป็นการประเมินความเข้าใจด้านสิทธิมนุษยชนของเด็กที่ได้รับผลกระทบจากสงครามรายงานแรก โดยมีการใช้อุสัญญาว่าด้วยสิทธิ

³⁶ United Nations General Assembly, Promotion and Protection of the Rights of the Children: Impact of Armed Conflict on Children, Report of the expert of the Secretary General, Ms. Graça Michel, submitted pursuant to General Assembly resolution 48/157, U.N. Doc. A/51/306, 26 August 1996. [Online] Available from: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.51.306.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.51.306.En?Opendocument).

เด็กเป็นกรอบของแนวทางในการวิเคราะห์ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในการให้ความคุ้มครองเด็ก โดยในรายงานได้ให้ความสำคัญกับเด็กที่ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก และเด็กที่ได้รับผลกระทบในรูปแบบต่างๆ

1.2 วิวัฒนาการในกรอบกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law)

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เป็นองค์ประกอบหนึ่งของกฎหมายเพื่อหาทางกำหนดวิธีการและวัตถุประสงค์ของรูปแบบของสงคราม เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญในการวางระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับวิธีการและวิถีทางในการสู้รบ (Method and Means in Hostilities) และการปฏิบัติต่อพลเรือนในภาวะสงครามต่อผู้ซึ่งไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ แบ่งแยกพลรบและพลเรือนออกจากกัน โดยมุ่งคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบ หรือไม่สามารถมีส่วนร่วมในการสู้รบต่อไปได้อีก ในที่นี้ก็คือ เหล่าบรรดาทหารเด็กที่ต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในสภาวะการขัดกันทางอาวุธ ด้วยการบรรเทาทุกข์ผู้ที่ได้รับภัยจากสงคราม เช่น เกลี้ยศึก หรือทหารที่ได้รับบาดเจ็บ ทั้งนี้ มาตราฐานเบื้องต้นที่ห้ามการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็ก³⁷ ซึ่งถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่ประเด็นปัญหาของการเกณฑ์เด็กนั้น ได้ถูกระบุอย่างชัดเจนเป็นพันธกรณีทางตราสารระหว่างประเทศทั้งนี้ได้ถูกกำหนดขึ้นโดย

1. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ 1977 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol to the Geneva Conventions 1977: Additional Protocol I) ข้อ 77(2)³⁸ ที่ว่า "ภาคีคู่พิพาทต้องใช้

³⁷ United Nations Children's Fund and Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict, *supra note*.3, p.7.

³⁸ Additional Protocol I: Article 77(2)

"The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but

มาตรการที่เป็นไปได้ทั้งปวง เพื่อมิให้เด็กซึ่งอายุไม่ถึงสิบห้าปีมีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปรปักษ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาควิชาพิพาทต้องละเว้นจากการเกณฑ์เด็กเข้าประจำการในกองทัพของตน ในการเกณฑ์เด็กที่มีอายุตั้งแต่สิบห้าปี แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปี ภาควิชาพิพาทต้องพยายามให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีอายุมากที่สุดก่อน..." เป็นการให้คุ้มครองสำหรับข้อพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ

2. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ 1977 ฉบับที่ 2 (Additional Protocol to the Geneva Conventions 1977: Additional Protocol II) ข้อ 4 (3)(c)³⁹ ที่ว่า "...เด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 15 ปี จักไม่ถูกเกณฑ์เป็นทหารในกองทัพหรือในกลุ่มใดๆ และจักไม่ได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในการสู้รบ..." เป็นการให้คุ้มครองสำหรับข้อพิพาททางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศตามลำดับ

(1) มาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการใช้กำลังทางทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นับตั้งแต่อดีต เราได้รับอิทธิพลทั้งจากแนวคิดทางศาสนา และความคิดทางอุดมการณ์ โดยกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการทำสงครามเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องแรกๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศเอง โดยมีกฎเกณฑ์ที่มุ่งคุ้มครองผู้ที่ยอ่อนแอกว่า จนมาถึงการคุ้มครองเด็ก คือการห้ามเอาเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี มาเป็นทหาร หรือการเข้ามีส่วนร่วมในการสู้รบ ซึ่งหลักกฎหมายเหล่านี้เริ่มมาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และที่บัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปแบบของอนุสัญญาระหว่างประเทศ ที่มีตั้งแต่ในยุคแรก เช่น อนุสัญญาเฮก อนุสัญญาเจนีวา รวมไปถึง ข้อบทบัญญัติในธรรมนูญกรุงโรมที่บัญญัติให้เอาโทษแก่ผู้ที่เขาเด็กมาเป็นทหาร

who have not attained the age of eighteen years, the Parties to the conflict shall endeavour to give priority to those who are oldest."

³⁹ Additional Protocol II: Article 4 (3)(c)

"Children shall be provided with the care and aid they require, and in particular:.....(c) Children who have not attained the age of fifteen years shall neither be recruited in the armed forces or groups nor allowed to take part in hostilities."

จากยุคกลางจนถึงศตวรรษที่ 17 การอภิปรายกันในทวีปยุโรปเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการทำสงครามยังถูกรวบงำโดยข้อพิจารณาทางศาสนา การทำประมวลกฎเกณฑ์และเรียบเรียงเป็นลายลักษณ์อักษรเพิ่งจะเริ่มขึ้นเมื่อศตวรรษที่ 19 แม้ว่ามีกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ในวัฒนธรรมอื่นๆของโลกมาก่อนหน้านี้อีกตาม เช่นในอินเดีย อัฟริกา แต่ในเมื่อรัฐมหาอำนาจในทวีปยุโรปเป็นผู้ขยายอิทธิพลทางการเมืองและการทหารเข้ามาในดินแดนของทวีปต่างๆในโลกจึงมีส่วนร่วมโดยตรงเป็นอย่างมากในการกำกับทิศทางและพัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ

ในศตวรรษที่ 18 ฌอง ฌัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ได้มีส่วนสำคัญในการวางหลักการเกี่ยวกับพัฒนาการของสงครามระหว่างรัฐต่างๆ ดังที่ปรากฏในข้อความดังนี้ “สงครามไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเอง แต่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐโดยปัจเจกชนเข้ามาเป็นศัตรูกันโดยบังเอิญ กล่าวคือไม่ใช่ว่าคนเหล่านั้นเข้ามารบในฐานะที่เป็นศัตรูกันมาก่อน หรือเข้ามาในฐานะที่เป็นราษฎรแต่เข้ามาในฐานะที่เป็นทหาร...โดยที่วัตถุประสงค์ของการทำสงครามคือการทำลายรัฐศัตรู ดังนั้นการฆ่าศัตรูผู้ถืออาวุธจึงเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย”⁴⁰ จะเห็นได้ว่าสงครามคือการขัดกันระหว่างรัฐกับรัฐ ปัจเจกชนที่เข้ามาสู้รบจึงเป็นการเข้ามาในฐานะทหาร เมื่อใดก็ตามที่พวกเขาวางอาวุธ การเอาชีวิตของคนเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในสมัยศตวรรษที่ 19 จึงได้เกิดมีความคิดซึ่งได้รับการยอมรับและยืนยันในสนธิสัญญาซึ่งทำเป็นประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยบางฉบับอาจยังมีผลใช้บังคับอยู่อีกทั้งด้วยการริเริ่มของภาคเอกชนก็ทำให้เกิดการจัดตั้งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศขึ้นด้วยซึ่งมีบทบาทในการพัฒนาและอนุวัติการกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง โดยการที่ อองรี ดูว์องต์ (Henri Dunant)⁴¹ พ่อค้าชาวเจนีวา ซึ่งได้เห็นความทุกข์ทรมานของทหารชาติต่างๆที่ได้รับบาดเจ็บในสมรภูมิตอลเฟอริโน เมื่อ ค.ศ. 1859 ได้พิมพ์หนังสือชื่อ “ความทรงจำแห่งซอลเฟอริโน” (Memory of Solferino) ซึ่งรู้จักกันทั่วไปและได้ริเริ่มจัดตั้งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ เมื่อ ค.ศ. 1863 โดยเป็นองค์การสัญชาติสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งมุ่งส่งเสริมบริการทางการแพทย์ในภาวะสงครามและการทำความตกลงเพื่อช่วยเหลือผู้บาดเจ็บและความตกลงต่างๆที่เกี่ยวกับกฎหมายมนุษยธรรม จนเมื่อ ค.ศ. 1864 ได้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวาเพื่อการปรับปรุงสภาพของผู้บาดเจ็บในกองทัพในสนามรบ ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการของกฎหมายแห่ง

⁴⁰ International Committee of the Red Cross, *supra note.6* p.7.

⁴¹ จาตุรนต์ ธิระวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9* น. 30.

กรุงเจนีวาอันร่างขึ้นจากมุมมองของเหยื่อต่างๆ ของความขัดแย้งทางอาวุธ ไม่ว่าจะเป็นผู้บาดเจ็บ ผู้ซึ่งเรืออัปปาง นักโทษสงคราม หรือเชลยศึก และพลเรือน

ปฏิญญาแห่งกรุงเฮกปีเตอร์สเบิร์ก ค.ศ. 1868 เป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่เริ่มการจำกัดการใช้อาวุธบางประเภทในสงคราม ปฏิญญานี้เป็นผลจากความคิดริเริ่มของรัฐบาลรัสเซียที่จะทำความตกลงเพื่อห้ามการใช้กระสุนที่ระเบิดและทำให้เกิดไฟไหม้เมื่อกระทบเป้า ความสำคัญของปฏิญญาฉบับนี้ อยู่ที่การทำให้พลรบฝ่ายศัตรูสิ้นสุดการเป็นปฏิปักษ์แต่ไม่จำเป็นต้องทำให้ทรมานเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับทางการทหาร ถือได้ว่า เป็นการยืนยันหลักการรากฐานของการทำสงครามที่แท้จริง

ต่อมาได้มีการจัดทำปฏิญญากรุงบรัสเซลส์ ค.ศ. 1874 ซึ่งจัดทำขึ้นจากการริเริ่มของฝ่ายรัสเซีย ตามแนวคิดบางส่วน ของ Lieber Code แม้จะไม่ได้มีการให้สัตยาบันแต่ก็เป็นประมวลกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามที่ครอบคลุมเรื่องต่างๆ เป็นครั้งแรก และยังได้รับการนำไปพัฒนาในอนุสัญญากรุงเฮก เกี่ยวกับกฎหมายและจารีตประเพณีแห่งสงครามบนบกซึ่งยังมีผลใช้บังคับอยู่

สมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 สะท้อนให้เห็นข้อจำกัดและความไม่พอเพียงของกฎหมายที่มีอยู่ในเรื่องนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากผลของการทำสงครามทางอากาศ และการโจมตีจากระยะไกลซึ่งเป็นการคุกคามพลเรือน และการใช้แก๊สพิษ ดังนั้น ค.ศ. 1923 ได้มีการจัดทำอนุสัญญากรุงเฮก เกี่ยวกับสงครามทางอากาศพร้อมกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมการสื่อสารทางวิทยุในช่วงสงคราม โดยมุ่งที่จะห้ามการโจมตีพลเรือน ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้มีอิทธิพลต่อพัฒนาการทางกฎหมายในเวลาต่อมา โดยเฉพาะในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1

อย่างไรก็ตามภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 ถึงแม้ว่าจะมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี ค.ศ. 1948 แต่ในขณะเดียวกันสงครามก็ยังคงมีอยู่อย่างไม่สิ้นสุด เพราะหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง สงครามเย็นก็ได้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1947 และด้วยเหตุที่ว่าแต่เดิมนั้นสงครามเป็นเรื่องระหว่างรัฐ แต่ต่อมาไม่ได้เป็นเรื่องระหว่างรัฐอีกต่อไป เช่นนี้จึงเกิดความต้องการที่จะขยายความคุ้มครองไปถึงประชาชนด้วย ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1949 คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจึงได้เป็นผู้ริเริ่มให้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับขึ้น⁴² ซึ่งได้แก่

⁴² เฟิงอ่าว, น. 35.

1. อนุสัญญาฉบับที่ 1 เพื่อการปรับปรุงหรือฟื้นฟูสภาพของผู้ได้รับบาดเจ็บและเจ็บป่วยของกองทัพในสนามรบ (The Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field)
2. อนุสัญญาฉบับที่ 2 เพื่อการปรับปรุงหรือฟื้นฟูสภาพของสมาชิกของกองทัพในทะเล ผู้ได้รับบาดเจ็บและเจ็บป่วย หรือผู้ซึ่งเรืออัปปาง (The Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea)
3. อนุสัญญาฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อนักโทษสงคราม หรือเชลยศึก (The Treatment of Prisoners of War)
4. อนุสัญญาฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในภาวะสงคราม หรือการขัดกันทางอาวุธ (The Protection of Civilian Persons in Time of War)

จากการศึกษาในรายละเอียดของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับพบว่า ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ห้ามการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กไว้โดยตรง แต่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองเด็กในบริบทต่างๆไป เป็นต้นว่า เด็กไม่ต้องตกเป็นเป้าหมาย และเด็กต้องได้รับการคุ้มครองพิเศษ แต่อย่างไรก็ดีในบทบัญญัติในเรื่องของการคุ้มครองบุคคลภายใต้อาณาเขตที่ถูกยึดครองของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ในข้อ 51 วรรค 1 นั้นได้กำหนดว่า “ประเทศผู้ยึดครองจะต้องไม่บังคับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองให้ต้องเข้าประจำในกองทัพ...” ส่วนในวรรคที่ 2 ได้กำหนดว่า “ประเทศผู้ยึดครองจะต้องไม่บังคับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองให้ทำงาน เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นมีอายุเกิน 18 ปี...” ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าถึงแม้ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้ ไม่ได้มีการห้ามเกณฑ์เด็กเป็นทหารโดยตรง แต่ทั้งนี้ตามนัยของบทบัญญัติในข้อนี้ น่าจะมีความหมายที่รวมถึงกรณีดังกล่าวที่ว่าห้ามเกณฑ์เด็กเป็นทหารด้วย แต่นั่นก็เป็นบริบทที่แคบ ซึ่งทั้งนี้หากมีความหมายเช่นนั้นจริงก็น่าจะถือได้ว่าการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้นเริ่มจากบทบัญญัติในจุดนี้ แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรงก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ตามการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กมีมาช้านานหลายทศวรรษนั้น พิจารณาได้จากกรณีศึกษา (Case Study) ของโครงการลดดา บาร์เนน (Radda Barnen 's Project) ในเรื่องทหารเด็ก⁴³

ในเวลาต่อมาได้มีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ซึ่งถือว่าเป็นมาตรฐานทางกฎหมายเบื้องต้นที่ใช้ในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ

⁴³ Rachel Brett and Margaret Mccallin, *supra note.2*, pp. 16-17.

เป็นทหารเด็ก⁴⁴ การจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 เพื่อต้องการที่จะเพิ่มเติมการให้ความคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากการสู้รบที่เริ่มมีลักษณะเปลี่ยนไปนั้นให้ดียิ่งขึ้น ซึ่งจัดทำแบ่งเป็น 2 ฉบับ ได้แก่

1. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol to the Geneva Convention of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts) โดยพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้ เป็นพิธีสารเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากข้อพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ และได้รวบรวมวิธีการทางสงคราม การใช้อาวุธ สถานภาพของพลรบและเชลยศึก รวมทั้งการปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา อันนำไปสู่การปราบปรามการละเมิดสัญญา ทั้งนี้สำหรับในส่วนของกา​​รแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้น ได้ถือว่าเป็นครั้งแรกที่การห้ามเกณฑ์เด็กได้ถูกระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เป็นพันธกรณีทางตราสารระหว่างประเทศ โดยได้ถูกกำหนดขึ้นในข้อ 77 (2) ที่ว่า "...ภาคีคู่พิพาทต้องใช้มาตรการที่เป็นไปได้ทั้งปวง เพื่อมิให้เด็กซึ่งอายุไม่ถึงสิบห้าปีมีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปรปักษ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาคีคู่พิพาทต้องละเว้นจากการเกณฑ์เด็กเข้าประจำการในกองทัพของตน ในการเกณฑ์เด็กที่มีอายุตั้งแต่สิบห้าปี แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปี ภาคีคู่พิพาทต้องพยายามให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีอายุมากที่สุดก่อน..."

2. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 (Additional Protocol to the Geneva Convention of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts) โดยพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 นี้ เป็นพิธีสารเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากข้อพิพาททางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้ ได้กำหนดลักษณะของกองกำลังที่ปะทะกับฝ่ายรัฐบาล แม้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ได้ยกระดับให้ได้สิทธิและสถานภาพเชลยศึก แต่ก็ได้กำหนดให้รัฐนั้นรับประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเรือนและบุคคลที่เข้าร่วมรบ นั่นคือ ไม่ระงับอำนาจรัฐในการใช้กฎหมายภายในประเทศ แต่ก็ยังต้องทำตามหลักนิติธรรม ทั้งนี้ในส่วนของกา​​รแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบ ได้ถูกกำหนดขึ้นในข้อ 4(3) (c) ที่ว่า "...เด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 15 ปี จักไม่ถูกเกณฑ์เป็นทหารในกองทัพหรือในกลุ่มใดๆ และจักไม่ได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในการสู้รบ..."

⁴⁴ United Nations Children's Fund and Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, *supra note*.3, p.7.

ดังนั้นสรุปได้ว่าในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบโดยตรงนั้น ได้มีปรากฏอย่างชัดเจนในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ทั้ง 2 ฉบับ ที่ห้ามการเกณฑ์เด็กหรือการใช้เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีมาเป็นทหาร ซึ่งถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดประเด็นของการห้ามเกณฑ์เด็กและการใช้เด็กต่ำกว่า 15 ปี เพื่อให้มีผลในทางกฎหมาย⁴⁵ หนึ่ง ในเรื่องของการบังคับใช้พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 และอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ใช้บังคับทุกประเทศแม้ไม่ได้เป็นภาคีสถิติสัญญาเนื่องจากบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าวถือเป็นจารีตประเพณี (Customary Law) ที่บังคับใช้เป็นการทั่วไปในประชาคมโลก

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีหลายประเทศที่ทำการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก ตัวอย่างเช่น อุกันดา (Uganda) ที่ได้ลงนามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาทั้งสองฉบับ แต่ดูเหมือนว่าจะมีส่วนช่วยแก้ปัญหาเรื่องของการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กในอุกันดา ได้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น สาเหตุเพราะแม้ว่า พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) กำหนดว่า อายุขั้นต่ำในการเกณฑ์และมีส่วนร่วมในภาวะสงครามของเด็กคือ อายุ 15 ปี แต่ทั้งนี้การสร้างมาตรฐานทางอายุดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในบางประเทศเช่นในประเทศอุกันดาเอง เนื่องจากเด็กจำนวนมากในประเทศนี้ไม่ได้มีการจดทะเบียนการเกิด จึงทำให้ไม่สามารถทราบอายุที่แท้จริงได้ ซึ่งทำให้ทหารเด็กที่มีส่วนเข้าร่วมในการสู้รบมีอายุน้อยกว่าหรือมากกว่าที่เป็นจริง และนอกจากนี้ยังมีชนกลุ่มน้อยอาไซลี ซึ่งเป็นกองทัพต่อต้านแห่งพระเจ้ารวมตัวกันช่วงปลายทศวรรษ 1990 ต่อมาการต่อสู้ก็ลดระดับกลายเป็นกลุ่มข้างถนนที่อาศัยในป่าและมีอาวุธเทียบเท่ากองทัพ สมาชิกของกลุ่มนี้เป็นเด็กชายที่ถูกล้างสมองให้ก่อเหตุเผากระท่อมและนำเด็กแรกเกิดไปตำรอกไม้เหมือนเมล็ดข้าว⁴⁶ ซึ่งจากเหตุการณ์เหล่านี้จำเป็นต้องให้การคุ้มครองแก่เด็กเหล่านี้มากขึ้น

(2) หลักการคุ้มครองผู้ตกเป็นเหยื่อในการขัดกันทางอาวุธ

กฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมุ่งให้ความคุ้มครองกับพลเรือนและเหยื่อของสงครามทั้งหลายซึ่งรวมถึงผู้ที่ไม่อยู่ในฐานะที่ทำการสู้รบได้อีกต่อไป และยังมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น ตลอดจนทรัพย์สินบางประเภทที่ไม่มี

⁴⁵ Rachel Harvay, *supra* note 1, p.27.

⁴⁶ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ทหารเด็ก เครื่องจักรสังหารแห่งแอฟริกา, [Online] Available from: http://www.nhrc.or.th/news.php?news_id=2155 [2007].

ส่วนร่วมในการปฏิบัติการทางทหาร ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศรัฐคู่สงครามมีหน้าที่ทั่วไปในการให้ความคุ้มครองและปฏิบัติต่อพลเรือนอย่างมีมนุษยธรรม

หลักการให้ความคุ้มครองแบ่งได้เป็น 2 ประเภท อันได้แก่ หน้าที่ในการงดเว้นการโจมตีพลเรือน และหน้าที่ในการห้ามใช้ความรุนแรงต่อพลเรือน

ก) หน้าที่ในการงดเว้นการโจมตีพลเรือน

การห้ามโจมตีและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามโจมตีโดยไม่เลือกปฏิบัติ หน้าที่ดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรา 48⁴⁷ ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 เน้นไว้ในรูปของพันธกรณีของรัฐฝ่ายต่างๆ ในการขัดกันทางอาวุธที่ต้องแบ่งแยกตลอดเวลาระหว่างพลเรือนที่ตกเป็นเหยื่อ และพลรบ รวมถึงเป้าหมายทางทหาร และวัตถุของพลเรือน

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักการนี้ในความเห็นเชิงปรึกษาคดีความชอบด้วยกฎหมายของการคุกคามที่จะใช้และการใช้อาวุธนิวเคลียร์ ค.ศ. 1996 โดยระบุว่า รัฐต้องไม่ใช้พลเรือนเป็นเป้าหมายในการโจมตี⁴⁸ และในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ในมาตรา 51 วรรค 2 ยืนยันหลักการห้ามโจมตีประชาชนพลเรือนไว้อย่างเด็ดขาดเช่นเดียวกัน

ข) หน้าที่ในการห้ามใช้ความรุนแรงต่อพลเรือน

ฝ่ายต่างๆ ในสงครามต้องงดเว้นที่จะใช้ความรุนแรงต่างๆ ต่อพลเรือน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงห้ามการใช้ความรุนแรงต่างๆ เช่น ข้อห้ามการใช้การข่มขู่หรือความรุนแรงต่อพลเรือนทั้งทางกายภาพ จิตใจ และศักดิ์ศรีเกียรติยศ พลเรือนไม่เพียงแต่จะได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมเท่านั้น แต่ต้องไม่ตกเป็นเป้าแห่งการทำร้ายชีวิตและร่างกายด้วยหรือลบหลู่ศักดิ์ศรีในลักษณะต่างๆ

การกระทำที่ต้องห้ามต่อพลเรือน ได้แก่ การฆาตกรรม การทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจ การลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ตลอดจนการใช้พลเรือนเป็นเครื่องทดลองการใช้ความรุนแรง

⁴⁷ Article 48. Additional Protocol 1.-Basic rule

In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.

⁴⁸ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9* น.119-120.

ต่างๆ ที่ต้องห้าม อย่างไรก็ตามการใช้ความรุนแรงซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามในทางปฏิบัติรวมถึงการโจมตีซึ่งมุ่งสร้างความหวาดกลัวต่อประชากรพลเรือน การทิ้งระเบิดปูพรมอย่างกว้างขวางโดยไม่เลือกปฏิบัติ การทิ้งระเบิดใส่เมือง ตลอดจนการจู่โจม ช่มชู้ การทรมานเด็ก สตรีและการสังหารหมู่ ยิ่งกว่านั้นการจับพลเรือนเป็นตัวประกัน และการใช้พลเรือนเป็นโล่เพื่อป้องกันเป้าหมายทางทหารก็เป็นสิ่งต้องห้ามเช่นเดียวกัน

อนึ่งสิทธิของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในการขัดกันทางอาวุธที่จะได้รับนั้น รัฐภาคีของอนุสัญญาเจนีวาต่างยอมรับว่าผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบ มีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือต่างๆ ซึ่งสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือดังกล่าวมีการขยายเพิ่มเติมมากขึ้น ดังปรากฏในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 มีสิทธิในการได้รับสิ่งของซึ่งจำเป็นแก่การยังชีพ เช่น อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยาบำรุงของเด็ก สตรี และพลเรือนทั่วไปโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการขนส่ง ตามข้อ 23 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 และเป็นหน้าที่ของรัฐผู้ที่ยึดครองดินแดนที่จะต้องให้สิ่งของที่จำเป็นในการยังชีพต่อประชาชนที่อยู่ในดินแดนยึดครองของตน และถ้าหากรัฐผู้ที่ยึดครองดินแดนไม่สามารถจัดหาได้อย่างเพียงพอก็ต้องยอมให้รัฐอื่น องค์การทางด้านมนุษยธรรม หรือบุคคลอื่นส่งสิ่งของจำเป็นเหล่านั้นมาให้ประชาชนในดินแดนที่ยึดครองของตน⁴⁹ ตามข้อ 59 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4

ในส่วนของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 69 และ 70 ได้เสริมกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ให้ดียิ่งขึ้น เช่น รัฐที่ทำสงครามจะต้องยอมรับการบรรเทาทุกข์อย่างเป็นกลางในกรอบแนวทางด้านมนุษยธรรมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อประชาชนที่อยู่ในดินแดนของตนเอง เมื่อมีความจำเป็นในการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมเกิดขึ้นแล้ว การปฏิเสธความช่วยเหลือดังกล่าวย่อมจะเป็นสิ่งที่ผิดและจะถือเอาว่าการให้ความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมเป็นการแทรกแซงเข้ามาในภาวะของการสู้รบ หรือถือเอาว่าการให้ความช่วยเหลือนั้นเป็นการกระทำที่เป็นศัตรูไม่ได้

เด็กในที่นี่ก็คือพลเรือนซึ่งได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย จากสภากาชาดขัดกันทางอาวุธ เช่นเดียวกับสิทธิของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในการสู้รบที่เป็นผู้ใหญ่ เช่น สิทธิในการแบ่งแยก พลเรือนออกจากพลรบ การได้รับการคุ้มครองจากการโจมตี สิทธิของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจะ

⁴⁹ International Committee of the Red Cross, *supra* note 6 , p.22.

ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษทั้งต่อตัวบุคคลและวัตถุ อีกทั้งได้รับการปฏิบัติที่ดีต่อเด็กในฐานะที่เป็นพลเรือน และเป็นผู้ที่ไม่สามารถทำการสู้รบได้อีก⁵⁰

(3) ความจำเป็นในการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม

ในภาวะของการขัดกันทางอาวุธ ความจำเป็นในการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม เด็กเป็นบุคคลกลุ่มหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าควรจะต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมว่าเป็นบุคคลที่ไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้อย่างสมบูรณ์ อันเนื่องมาจากสาเหตุทางกายภาพ ด้วยความอ่อนแอของร่างกายหรือสถานะที่ไม่ใช่ผู้ร่วมปฏิบัติการในสงครามซึ่งมีอาวุธในการป้องกันตัว ทำให้ไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้นเด็กจึงได้รับความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้นเป็นพิเศษ

เด็กมีความต้องการเป็นพิเศษที่แตกต่างไปจากสตรี บุรุษและผู้สูงอายุ บ่อยครั้งที่เด็กไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ และในบางครั้งเด็กต้องตกอยู่ในสภาพที่พบเห็นการกระทำที่โหดร้ายซึ่งเกิดกับพ่อแม่ หรือสมาชิกในครอบครัวของตนเอง เด็กอาจถูกฆ่า ถูกทำให้พิการ ถูกเกณฑ์ไปเป็นทหาร ถูกคุมขัง หรือต้องพลัดพรากจากครอบครัว เด็กเหล่านี้ถูกตัดขาดจากสังคมโลกที่พวกเขาคุ้นเคย แม้เด็กจะสามารถหนีออกมาได้ก็ไม่ได้มีความแน่นอนในอนาคตของพวกเขา และในชะตากรรมของคนอันเป็นที่รัก เด็กเหล่านี้มักจะถูกบังคับให้อพยพ ถูกทอดทิ้งให้ดำเนินชีวิตโดยลำพัง และถูกปฏิเสธโดยไม่มีแม้แต่เอกสารแสดงตน⁵¹

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ให้ความสำคัญในเรื่องความจำเป็นในการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม ทั้งในแง่ที่เป็นการคุ้มครองพลเรือนโดยรวม และการมุ่งคุ้มครองเด็กเป็นกรณีพิเศษ ในส่วนของสนธิสัญญาที่ให้ความคุ้มครองเด็กต่างก็มีลักษณะความคุ้มครองที่คล้ายคลึงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 พิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ ค.ศ. 2000 และธรรมนูญกรุงโรมสำหรับศาลอาญาระหว่างประเทศ ข้อที่ 8(2)(XXVI)⁵²

⁵⁰ International committee of the Red Cross, International review of the Red Cross : Customary Law, (Bangkok ,2005), pp. 25 -39.

⁵¹ International Committee of the Red Cross, Discover the ICRC, (Bangkok, September 2005), p. 25.

⁵² Slomanson, William R., Fundamental perspectives on international law , (Belmont, Calif. : Thomson/ West, c2003), pp. 505 – 507.

ที่กล่าวว่า “การเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าเป็นทหารหรือมีส่วนร่วมสำคัญในการสู้รบถือเป็นอาชญากรรมสงคราม” และถือเป็นการละเมิดร้ายแรงอื่นๆ ต่อกฎหมายและจารีตประเพณีที่ใช้บังคับในการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ จากบทบัญญัติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองเด็กนับเป็นเรื่องสำคัญและจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่รัฐต่างๆ จะต้องร่วมมือกันช่วยเหลืออย่างจริงจังในขณะนี้

2.การประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเด็กในภาวะสงคราม

บรรดากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้กับการสู้รบก่อนที่จะมีกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ได้มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร โดยได้มีการนำมาปรับใช้กับการสู้รบในสมัยแรกๆ

ในปี ค.ศ. 1899 ฟิโอดอร์ มาร์แต็ง (Fyodor Marten) ได้วางหลักการสำหรับกรณีที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไว้ว่า⁵³ “...พลเรือนและพลรบยังคงอยู่ภายใต้ความคุ้มครองและอำนาจแห่งหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้มาจากจารีตประเพณีที่ก่อตัวขึ้น รวมถึงหลักการต่างๆ ว่าด้วยมนุษยธรรมและมาจากบงการของสำนักมหาชน” ข้อกำหนดดังกล่าวเรียกว่า ข้อกำหนดมาร์แต็ง ซึ่งถือเป็นมาตรฐานส่วนสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะเมื่อข้อกำหนดนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ใน ข้อ 1 วรรค 2 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ 1977 ฉบับที่ 1

2.1 ความหมายของจารีตสากลในลักษณะกฎหมายบังคับเด็ดขาด

ในส่วนที่เกี่ยวกับที่มาของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่เป็นจารีตประเพณีสากล จะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับกฎหมายภาคสงครามจำนวนมากเป็นเพียงการประกาศและประมวลกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วในจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือได้กลายเป็นจารีตประเพณีไปแล้วในปัจจุบัน ซึ่งมีผลให้บังคับเป็นการทั่วไปสำหรับรัฐทั้งปวง⁵⁴

⁵³ International Committee of the Red Cross, *supra note* 6, p.7.

⁵⁴ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 9, น. 40.

ธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้อธิบายถึง กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าเป็น “ทางปฏิบัติทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย”⁵⁵ หลักอันเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายเห็นพ้องกันว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ทางปฏิบัติของรัฐ (usus) และความเชื่อว่าทางปฏิบัติดังกล่าวเป็นสิ่งต้องกระทำ ต้องห้าม หรืออนุญาตให้กระทำได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของกฎเกณฑ์นั้นๆ ในเชิงกฎหมาย (opinion juris sive necessitates) ขณะที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยในคดีไหล่ทวีป (Continental Shelf case) ว่า “หลักการอันเป็นที่ยอมรับอย่างแน่นอนเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ ในเบื้องต้นต้องพิจารณาว่ามีการปฏิบัติเกิดขึ้นจริงและมีความเชื่อว่าเป็นกฎหมาย (opinion juris) ของรัฐ”⁵⁶ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นต้นแบบในการศึกษากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในปัจจุบัน คือการใช้วิธีการที่ดีที่สุดตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วางหลักไว้ในคดีไหล่ทวีปของทะเลเหนือ (North Sea Continental Shelf case)⁵⁷ โดยกล่าวว่า “สนธิสัญญาพหุภาคีอาจมีบทบาทสำคัญในการบันทึกและระบุกฎเกณฑ์ซึ่งมาจากจารีตประเพณี หรือรวมถึงพัฒนาการของกฎหมายจารีตประเพณีเองด้วย” แต่อย่างไรก็ตามจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นจะมีผลผูกพันรัฐทั้งหลายโดยทั่วไป แม้ว่าทุกรัฐจะมีได้มีส่วนร่วมในทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก็ตาม แต่จารีตประเพณีอาจมีขอบเขตจำกัดเฉพาะบางภูมิภาคหรือบริเวณก็ได้เช่นกัน

สำหรับลักษณะของกฎหมายบังคับเด็ดขาดนั้น คือไม่ว่าจะมีอนุสัญญา หรือข้อตกลงผูกพันการกระทำหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าหลักกฎหมายมีผลผูกพันต่อการกระทำนั้น ๆ เพราะถือเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด ไม่สามารถยกข้อกล่าวอ้างใดมาลบล้างได้ เปรียบได้กับจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลแล้ว รัฐจะอ้างสิทธิในการไม่ปฏิบัติตามไม่ได้

การมีอยู่ของจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้รับการยืนยันโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังเช่นในคำพิพากษาคดีนิคารากัว ค.ศ. 1986 โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยศาลถือว่าพันธกรณีของรัฐในเรื่องนี้มีลักษณะเด็ดขาด กล่าวคือ อยู่นอกเหนือพันธกรณีตามสนธิสัญญาและรัฐทั้งปวงสามารถอ้างสิทธิตามพันธกรณี

⁵⁵ ธรรมเนียมศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ, ข้อ 38(1)(b).

⁵⁶ International committee of the Red Cross, *supra note*.50, p. 4.

⁵⁷ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ, *คดีไหล่ทวีปทะเลเหนือ*, คำพิพากษา, 20 กุมภาพันธ์ 1969, ICJ Reports 1969, p. 3.

ดังกล่าวได้โดยไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของการต่างตอบแทน และการละเมิดพันธกรณีของกฎหมายภาคสงครามในเรื่องนี้ไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิในการตอบโต้หรือแก้แค้นใดๆได้และยังนำมาซึ่งการลงโทษทางอาญาระหว่างประเทศอีกด้วย⁵⁸

อนึ่งจากการจัดทำรายงานการศึกษากฎเกณฑ์จารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ⁵⁹ มีจุดประสงค์มาจากการที่เกิดอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายสนธิสัญญาในยามสงคราม ซึ่งแสดงให้เห็นความจำเป็นและประโยชน์ในการศึกษากฎหมายจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ 2 เหตุผล คือ

เหตุผลประการแรก คือกฎหมายสนธิสัญญามีผลบังคับใช้เฉพาะรัฐที่ได้ให้สัตยาบันเท่านั้น ในขณะที่อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ ได้มีการยอมรับอย่างเป็นทางการแล้ว ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้กับทุกฝ่ายในสงครามไม่ว่าฝ่ายนั้นๆ จะได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาอันมีกฎเกณฑ์ที่คล้ายกับกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวแล้วหรือไม่ก็ตาม

เหตุผลประการที่สอง คือสนธิสัญญาตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศไม่มีกฎเกณฑ์ละเอียดเพียงพอที่จะใช้กับการสู้รบในปัจจุบันนี้ โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการสู้รบที่มีได้มีลักษณะระหว่างประเทศ

และจากการศึกษาจารีตประเพณีดังกล่าว ได้พบว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีจำนวนมากมีลักษณะเช่นเดียวหรือคล้ายกับกฎเกณฑ์ที่ได้พบในสนธิสัญญา ตัวอย่างของกฎเกณฑ์ที่พบว่าเป็นจารีตประเพณีซึ่งตรงกับข้อกำหนดของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1977 ฉบับที่ 1 ในเรื่องการคุ้มครองเด็กได้แก่ หลักการคุ้มครองพิเศษแก่สตรีและเด็ก

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1977 ฉบับที่ 1 เป็นการบัญญัติกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีมาแต่ก่อน และวางพื้นฐานสำหรับการก่อตัวของกฎเกณฑ์จารีตประเพณีใหม่ ทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ ได้ยืนยันถึงอิทธิพลของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา

⁵⁸ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 40.

⁵⁹ การจัดทำรายงานการศึกษากฎเกณฑ์จารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นตามคำร้องขอของประชาคมโลก คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้ทำการศึกษาเรื่องกฎหมายจารีตของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และเสร็จสิ้นเมื่อปี ค.ศ. 2004 ซึ่งได้ชี้แจงข้อปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับซึ่งจะช่วยเติมเต็มกฎหมายและสนธิสัญญาต่างๆ ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

1977 ฉบับที่ 1 ที่มีต่อทางปฏิบัติของรัฐเป็นอย่างมาก และที่สำคัญได้พบว่าหลักการพื้นฐานของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1977 ฉบับที่ 1 ได้มีการยอมรับอย่างกว้างขวางมากกว่าจำนวนของรัฐที่ได้ให้สัตยาบันในพิธีสาร⁶⁰

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ได้กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว หลักกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1977 จึงย่อมกลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วเช่นกัน

อย่างไรก็ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ก็ถูกสะท้อนให้เห็นอย่างแม่นยำแล้วว่า เป็นการแสดงถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่หลายๆ รัฐให้การยอมรับและปฏิบัติตาม เห็นได้จากบทบัญญัติส่วนใหญ่ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ที่เป็นการยืนยันได้อย่างชัดเจนว่าในปัจจุบันอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ได้รับการพิจารณาว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว⁶¹

2.2 กฎหมายจารีตประเพณีในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเด็กในภาวะสงคราม

จารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก ในเรื่องของการเกณฑ์เด็กเข้าไปเป็นทหารหรือการที่ให้เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมอย่างใดอย่างหนึ่งโดยตรงในกองกำลังทางทหารนั้น หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ มิได้กล่าวไว้โดยตรง แต่สำหรับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองแก่เด็กในฐานะที่เป็นพลเรือนที่อยู่ในสภาวะการขัดกันทางอาวุธนั้นได้เป็นที่ยอมรับกันมานานแล้ว เราจะเห็นได้ว่า พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 นั้นเปรียบเสมือนกฎหมายจารีต

⁶⁰ International committee of the Red Cross, *supra note* 50, p. 14.

⁶¹ รายงานของเลขาธิการสหประชาชาติที่ (S / 25704 and Add.1) เรื่องการจัดตั้งศาลอาชญากรรมสงครามในคดียูโกสลาเวีย และตาม ว. 2 ของ Resolution 808 (1993) P 2 กล่าวถึงการยอมรับอนุสัญญารุงเจนีวา ฉบับที่ IV ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

ประเพณีระหว่างประเทศ⁶² และแม้พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับนี้จะมีข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครองเด็กและผู้หญิง แต่ข้อกำหนดเหล่านี้สามารถนำไปใช้ได้ในทุกๆ สถานการณ์ของการขัดกันทางอาวุธ ไม่ใช่เพียงใช้ได้เฉพาะประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาเจนีวาเท่านั้น กล่าวคือแม้บางรัฐไม่ได้ลงนามในการให้สัตยาบันต่อพิธีสารเพิ่มเติมฉบับนี้ แต่ทุกรัฐจำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในพิธีสารฯ ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้น่าจะได้มีการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายต่อไป

จารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งได้มีการศึกษา ค้นคว้า รวบรวมกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเข้าไว้ด้วยกันโดยคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ได้มีการกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของเด็ก ซึ่งอยู่ในหลักของผู้ที่ได้รับความคุ้มครองโดยเฉพาะ มี 3 หลักด้วยกันคือ⁶³

(1) กฎข้อที่ 135 เด็กที่ได้รับผลกระทบจากการสู้รบมีสิทธิได้รับการเคารพและการคุ้มครองเป็นพิเศษ

จารีตประเพณีในกฎข้อที่ 135 กล่าวถึงเด็กที่ได้รับผลกระทบจากการสู้รบในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธ มีสิทธิได้รับการเคารพและการคุ้มครองเป็นพิเศษ ในเรื่องดังต่อไปนี้ คือ

- เด็กจะต้องไม่ได้รับการคุกคาม หรือล่วงละเมิดทางเพศ ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(1) ในกรณีปัญหาเรื่องเพศ เด็กหญิงมักจะถูกมองข้ามในการให้ความช่วยเหลือ ค่านิยมทางสังคมที่ปฏิบัติกันเป็นประเพณีล้วนแล้วแต่ทำให้เด็กหญิงเสียเปรียบ ทหารเด็กหญิงมีความเสี่ยงในการถูกข่มขืน การเป็นทาสทางกาม การตั้งครรภ์ที่ไม่ต้องการ ปัญหาทางเพศอื่นๆ ที่เกิดขึ้นใหม่และการกระทำที่เป็นโทษ รวมทั้งโรคต่างๆ เช่น โรคเอดส์ ทหารมักใช้การข่มขืน และการบังคับตั้งครรภ์เป็นเครื่องมือในการสงครามเพื่อทำลายชื่อเสียง ทำให้อับอาย และทำลายระบบชุมชน อีกทั้งเด็กผู้หญิงมักได้รับมลทินทางสังคม และเป็นเรื่องยากที่จะกลับไปอยู่ในชุมชนอีกหลังจากได้หนีออกจากกองทัพไปแล้ว ผู้รอดชีวิตบางครั้งก็ถูกตำหนิว่าเป็นไซคร้าย และถูกขับออกจากชุมชนเพราะเป็นเรื่องน่าอับอายที่ถูกข่มขืน ดังนั้นตาม

⁶² Meron, Theodor, Human rights and humanitarian norms as customary law , (Oxford, Clarendon Press, 1989), p. 63

⁶³ International committee of the Red Cross, *supra* note 50, p. 38.

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเด็กหญิงและชายจะต้องไม่ได้รับการคุกคาม หรือล่วงละเมิดทางเพศ

- เด็กผู้ที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะได้รับการแยกคุมขังต่างหากจากที่คุมขังผู้ใหญ่ กล่าวคือหากเด็กถูกจับ กักขัง หรือกักกัน โดยเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันด้วยกำลังอาวุธ เด็กต้องถูกกักตัวไว้ในที่พักแยกจากผู้ใหญ่ เพราะที่กักขังของผู้ใหญ่อาจมีสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมกับเด็ก ซึ่งเด็กควรจะได้อยู่ในที่คุมขังที่มีสภาพเหมาะสมกับเด็ก สภาพการพักอาศัยต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติของท้องถิ่นและไม่เสื่อมเสียต่อสุขภาพของเด็ก อีกทั้งต้องแบ่งที่คุมขังเป็นสัดส่วนแยกต่างหากจากผู้ใหญ่

- เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษา อาหาร และการดูแลสุขภาพ เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ซึ่งกำพร้าหรือถูกแยกจากครอบครัวในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธรัฐภาคีของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ต้องจัดหาปัจจัยจำเป็นต่อการดำรงชีพตลอดจนปัจจัยด้านการศึกษาและศาสนา โดยควรให้ได้รับการศึกษาเท่าที่ทำได้จากบุคคลที่มีวัฒนธรรมเดียวกัน ในดินแดนของรัฐเป็นกลางที่ปลอดภัยในระหว่างที่เกิดการขัดกันทางอาวุธ

- เด็กมีสิทธิที่จะอยู่กับครอบครัว ในสภาวะที่เกิดการขัดกันด้วยกำลังอาวุธ พลเรือนในฐานะที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากสถานการณ์ดังกล่าว เป็นเหตุให้ครอบครัวเกิดการพลัดพราก เกิดการอพยพย้ายถิ่นที่อยู่ หรือเกิดการกวาดต้อนพลเรือนไปยังดินแดนยึดครองของรัฐฝ่ายตรงข้าม จนบางครั้งเด็กต้องแยกกับครอบครัว ซึ่งตามกฎหมายข้อนี้ เด็กมีสิทธิที่จะอยู่กับครอบครัว คืออาจจะอยู่กับพ่อ หรืออยู่กับแม่ในกรณีที่พ่อหรือแม่เสียชีวิต หรืออย่างน้อยที่สุดเด็กมีสิทธิที่จะอยู่กับญาติคนใดคนหนึ่งก็ตาม ในกรณีที่พ่อแม่เสียชีวิตในสภาวะการขัดกันทางอาวุธทั้งคู่

(2) กฎข้อที่ 136 เด็กต้องไม่ถูกเกณฑ์เข้ากองทัพหรือกองกำลังติดอาวุธ

จารีตประเพณีในกฎข้อที่ 136 เด็กต้องไม่ถูกเกณฑ์เข้ากองทัพหรือกลุ่มติดอาวุธ ศึกษาในเรื่องอายุขั้นต่ำของเด็กที่จะไม่ต้องถูกเกณฑ์เข้ากองทัพหรือกองกำลังติดอาวุธ ซึ่งอายุขั้นต่ำในที่นี้ หมายถึง อายุขั้นต่ำที่ใช้ในการเกณฑ์เด็กให้เข้ามาเป็นทหาร (Minimum age of recruitment) พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) นั้นกล่าวว่าห้ามไม่ให้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าร่วมในการสู้รบ แต่ทั้งนี้ หากเด็กนั้นมีอายุอยู่ระหว่าง 15 ปีถึง 18 ปี ให้พิจารณารับเด็กที่มีอายุมากกว่าก่อน ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2)

สำหรับการศึกษาในเรื่องอายุขั้นต่ำในการเกณฑ์เด็กเป็นทหาร (Minimum age of recruitment) ประเด็นสำคัญ คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่ถูกเกณฑ์โดยกองทัพของรัฐ เพราะในทางปฏิบัติมีหลักฐานปรากฏชัดว่าเด็กถูกเกณฑ์ให้เป็นทหารทั้งจากกองทัพรัฐ ซึ่งใน

ปัจจุบันในพิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ ค.ศ. 2000 ได้เสนอให้ห้ามเกณฑ์เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเข้าเป็นทหาร ซึ่งถือได้ว่าเป็นทางเลือกที่รัฐต่างๆ ควรจะยอมรับ เพื่อที่จะยกระดับมาตรฐานอายุของเด็กจาก 15 ปี ขึ้นเป็น 18 ปี และเพื่อให้ได้การยอมรับเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศในที่สุด

(3) กฎข้อที่ 137 เด็กต้องไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามีส่วนร่วมในการสู้รบ⁶⁴

จารีตประเพณีในกฎข้อที่ 137 เด็กต้องไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามีส่วนร่วมในการสู้รบ ศึกษาในเรื่องอายุขั้นต่ำในการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบ (Minimum age for participation in hostilities) พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) นั้นกล่าวว่าห้ามไม่ให้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าร่วมในการสู้รบ แต่ทั้งนี้ หากเด็กนั้นมีอายุอยู่ระหว่าง 15 ปีถึง 18 ปี ให้พิจารณาว่าเด็กที่มีอายุมากกว่าก่อน ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2)

สำหรับอายุขั้นต่ำในการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบ (Minimum age for participation in hostilities) ประเด็นสำคัญ คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ ทั้งนี้เหตุผลที่ต้องการยกระดับอายุขั้นต่ำขึ้นเป็น 18 ปี ก็เพราะว่าเด็กจะได้รับผลกระทบจากการเข้าร่วมการสู้รบมากกว่าผู้ใหญ่ ทั้งในด้านร่างกายและจิตใจ ซึ่งทั้งที่จริงแล้วการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบนั้นจะต้องถูกห้าม

2.3 จารีตประเพณีระดับภูมิภาค

(1) การยืนยันความผูกพันตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในภูมิภาคต่างๆ ยังมีอีกจำนวนมากที่เกิดการสู้รบ เกิดการขัดกันทางอาวุธ ทั้งที่เป็น การขัดกันทางอาวุธในทางระหว่างประเทศ และเกิดการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ และในทุกที่ที่มีการขัดกันทางอาวุธก็มักจะพบเห็นการละเมิดสิทธิของเด็ก ทั้งที่เป็นในรูปแบบของการเกณฑ์เด็กมาเป็นทหารในกองทัพ หรือให้เด็กเข้ามีส่วนร่วมทั้งโดยทางตรงและ

⁶⁴ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, 2 Volume , Volume 1-Rules , Volume 2 – Practice, (Cambridge University Press , 2005), pp. 479-488.

ทางอ้อมในการสู้รบ และไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็ก ๆ ตามหลักการที่เด็กควรจะได้รับ ทั้งในเรื่องที่อยู่อาศัย อาหาร สุขอนามัย และความปลอดภัยทางด้านร่างกายและจิตใจ

แต่อย่างไรก็ตามในระดับภูมิภาคเป็นส่วนมากต่างได้มีการนำเอาจารีตประเพณีในเรื่องการให้ความคุ้มครองเด็กมาบัญญัติเป็นพันธกรณีที่รัฐจะต้องปฏิบัติตาม เช่น ภูมิภาคอาเซียนใช้ข้อตกลงร่วมกันที่เกี่ยวข้องกับเยาวชน สหภาพยุโรปใช้อุสนธิสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (Human Rights) อัฟริกันใช้กฎบัตรอัฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1981 อเมริกาใช้อุสนธิสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969 กฎหมายเด็ก (Child Law) และกฎหมายว่าด้วยเรื่องครอบครัว (Family Law) ที่คุ้มครองในเรื่องสิทธิเด็ก ซึ่งองค์การเหล่านี้จะมีหน่วยงานเข้ามากำกับดูแล และมีกฎหมายภายในเพื่อเป็นกลไกในการยึดถือ และตรวจสอบในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเด็กตามหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เห็นได้ว่าจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ต่างแทรกซึมลงในอนุสัญญาต่างๆ ที่บังคับใช้กันอยู่ในปัจจุบันแทบทุกภูมิภาค และถือได้ว่าเป็นการยืนยันความผูกพันของจารีตประเพณีตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ทุกภูมิภาคให้การเคารพ

(2) บทบาทของจารีตประเพณีระดับภูมิภาคในฐานะที่เป็นกฎหมายเสริมของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

ในแต่ละภูมิภาค ได้มีการนำหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้ให้เข้ากับท้องถิ่นของตนเอง เช่น

ก) อัฟริกัน ใช้กฎบัตรอัฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของประชาชน ค.ศ. 1981 และกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กแห่งอัฟริกัน (The African Charter on the Rights and Welfare of the Child) เป็นสนธิสัญญาในระดับภูมิภาคเพียงฉบับเดียวในโลกที่กล่าวถึงประเด็นของทหารเด็กเข้าไว้ในกฎบัตรก่อตั้งองค์การ ทั้งนี้ตามกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กแห่งอัฟริกันปี ค.ศ. 1990 และกลายมาเป็นส่วนบังคับในปี ค.ศ. 1999 ซึ่งได้จำกัดความหมายของคำว่าเด็กไว้ว่า "บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีโดยปราศจากข้อยกเว้นของรัฐ"⁶⁵ ซึ่งพันธกรณีของรัฐคือการหามาตรการเพื่อให้แน่ใจว่า ไม่มีเด็กคนใดเข้าร่วมในการรบโดยการถูกบังคับหรือจากการเกณฑ์ ในการประชุมชาติอัฟริกัน เมื่อปี 1999 ได้มีการนำเรื่องทหารเด็ก กับการ

⁶⁵ หลักกฎหมายในกฎบัตรก่อตั้งองค์การสหภาพรัฐอัฟริกัน " States parties to the present Charter shall take all necessary measures to ensure that no child shall take a direct part in hostilities and refrain in particular, from recruiting any child. "

ใช้เด็กเป็นทหาร ขึ้นมาเป็นหัวข้อในการอภิปรายซึ่งแถลงการณ์เรียกร้องให้มีการยุติการเกณฑ์และการใช้เด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี

อย่างไรก็ดี กฎบัตรก่อตั้งองค์การสหภาพรัฐแอฟริกัน สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามที่จะวางหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุขั้นต่ำของการถูกเกณฑ์ไปเป็นทหาร หรือการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบเป็นทหารเด็ก ตามบทบัญญัติข้อที่ 22(2) ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กแห่งแอฟริกัน ค.ศ. 1990⁶⁶ โดยมุ่งที่จะรักษาความถูกต้องให้เป็นไปตามจารีตประเพณีของหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรืออาจเป็นเพราะทวีปแอฟริกาเป็นทวีปที่มีการขัดกันทางอาวุธมากที่สุด และมีการใช้ทหารเด็กมากกว่าดินแดนในทวีปอื่นๆ ดังนั้นองค์การสหภาพรัฐแอฟริกันจึงต้องออกกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็ก ไม่ให้ถูกเกณฑ์ไปเป็นทหาร หรือมีส่วนร่วมในการสู้รบ

ข) อเมริกา ใช้อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969 กฎหมายเด็ก (Child Law) และกฎหมายว่าด้วยเรื่องครอบครัว (Family Law) ทั้งนี้มติขององค์การรัฐอเมริกัน ในเรื่องเด็กและการขัดกันทางอาวุธได้รับรองการยอมรับเมื่อ ค.ศ. 2000 และกระตุ้นให้รัฐสมาชิกให้ความเคารพต่อกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องทหารเด็ก นอกจากนี้องค์การรัฐอเมริกันยังมีข้อบัญญัติที่คุ้มครองเด็กในสภาวะการขัดกันทางอาวุธอีกหลายบทด้วยกัน ถึงแม้ว่าเดิมอเมริกาจะไม่ได้ลงนามในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ก็ตาม แต่เมื่อพิธีสารฯ กลายมาเป็นจารีตประเพณี องค์การรัฐอเมริกันก็ยังคงปฏิบัติงานเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กมิให้เด็กถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารหรือมีส่วนร่วมในการสู้รบเช่นเดียวกับองค์การอื่นๆ หนึ่งเรื่องการให้ความคุ้มครองพลเรือนนั้นหมายรวมถึง การคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ด้วย จึงถือได้ว่าองค์การรัฐอเมริกันได้มีบทบาทในการคุ้มครองมิให้เด็กถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารหรือมีส่วนร่วมในการสู้รบตามจารีตประเพณีของหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ในภูมิภาคอื่นๆ ได้มีการนำหลักจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้ให้เข้ากับท้องถิ่นของตนเอง เช่น สหภาพยุโรปใช้อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1950 (Human Rights) โดยที่สหภาพยุโรปยังได้แสดงความกังวลเกี่ยวกับการเกณฑ์ทหารเด็กเข้าร่วมในการขัดกันทางอาวุธและการปฏิบัติต่อทหารเด็กโดยกองกำลัง

⁶⁶International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law Volume II Practice Part 2 , (Cambridge:The Press Syndicate of the University of Cambridge), p.3110.

แห่งชาติ อีกทั้งอาเซียนซึ่งใช้ข้อตกลงร่วมกันที่เกี่ยวข้องกับเยาวชนที่คุ้มครองในเรื่องสิทธิเด็ก จะเห็นได้ว่าในแต่ละท้องถิ่นก็จะมีหลักการที่คุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งพื้นฐานส่วนใหญ่ ก็มาจากจารีตประเพณีของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่ต่างแทรกซึมลงในอนุสัญญาต่างๆ ที่บังคับใช้กันอยู่ในปัจจุบันแทบทุกภูมิภาค และถือได้ว่าเป็นบทบาทสำคัญในการนำจารีตประเพณีมาใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายเสริมของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

สรุปได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ได้กล่าวถึง การคุ้มครองพิเศษแก่เด็ก การคุ้มครองเด็กจากการเรียกเกณฑ์เข้าไปเป็นทหารหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบ รวมทั้งการให้ความคุ้มครองเด็กในสภาวะสงครามนั้น ต่างเริ่มต้นมาจากการที่เป็นหลักเกณฑ์อันปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายทั่วไปที่ทุกรัฐให้การยอมรับ ซึ่งต่อมาได้มีการจัดรวบรวมจนกลายเป็นพิธีสารเพิ่มเติมฉบับ ค.ศ. 1977 แม้บางรัฐจะไม่ได้ลงนามเข้าเป็นภาคี แต่เนื่องจากว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวนี้ ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นแม้รัฐใดที่ไม่ได้มีการลงนามให้สัตยาบันไว้ แต่ก็จำเป็นต้องผูกพันและปฏิบัติตามในฐานะที่กฎเกณฑ์เหล่านี้ได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว