

หลักการและเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมที่ใช้เพื่อการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม

1. หลักการพื้นฐานเพื่อการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม

หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองเด็กในภาวะสงครามนั้น คือหลักการเดียวกันกับหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองพลเรือนทั้งปวงที่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายสู้รบ และกับผู้ที่ไม่มีส่วนหรือได้ยุติในการมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ รวมทั้งผู้ที่ไม่อาจสู้รบต่อไปได้ เพราะหลักการพื้นฐานเหล่านี้ใช้บังคับครอบคลุมบุคคลทั้งหมดรวมถึงเด็กด้วย หลักการพื้นฐานเหล่านี้มีรากฐานที่มั่นคงในระบบกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งใช้บังคับในการสู้รบระหว่างประเทศ หลักการพื้นฐานที่สำคัญในการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม มีดังต่อไปนี้

1.1 หลักการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์

หลักการนี้เป็นการยืนยันต่อหลักการเคารพต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยกฎข้อ 87 ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้รวบรวมจัดทำวางหลักการว่า "พลเรือนและผู้ที่ไม่อาจสู้รบต่อไปได้ต้องได้รับการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์"¹ เช่นห้ามฆาตกรรม ห้ามการทรมาน การปฏิบัติอย่างทารุณหรืออย่างไม่ใช่มนุษย์ และละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างรุนแรง ห้ามตัดอวัยวะ หรือทำการทดลองทางแพทย์หรือทางวิทยาศาสตร์ ห้ามข่มขืนและทำการละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่น ห้ามเอาคนลงเป็นทาสหรือค้าทาสในทุกรูปแบบ ห้ามจับตัวเป็นประกัน ห้ามใช้มนุษย์เป็นเกราะกำบัง หลักประกันการดำเนินคดีอย่างยุติธรรม ห้ามลงโทษรวมหมู่ และต้องเคารพความเชื่อและการปฏิบัติทางศาสนาของพลเรือนและผู้ที่ไม่อาจสู้รบต่อไปได้ เป็นการยืนยันหลักการซึ่งแสดงว่าการกระทำต่อมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใดก็ไม่อาจปฏิบัติเสมือนกับว่าเขาไม่ใช่มนุษย์ไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กผู้ที่อ่อนแอ และ

¹ International committee of the Red Cross, International review of the Red Cross : Customary Law, (Bangkok ,2005), p.39.

บุคคลซึ่งในภาวะสงครามต้องตกไปอยู่ในอำนาจของฝ่ายหนึ่ง ซึ่งบุคคลเหล่านี้ย่อมได้รับการประกันว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลทั่วไปจะพึงได้รับ

1.2 หลักการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างพลรบและพลเรือน

หลักการแบ่งแยกระหว่างพลรบและพลเรือนนั้น ตามกฎหมายระหว่างประเทศ แบ่งแยกสถานะของบุคคลในสถานการณ์ขัดกันทางอาวุธออกเป็นสองประเภท คือ พลรบ (Combatant) และพลเรือน (Civilian) โดยกำหนดหน้าที่และสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองไว้แตกต่างกันไปตามแต่ละประเภท โดยพลรรมีหน้าที่ต้องเคารพกฎเกณฑ์ต่างๆของกฎหมายภาคสงครามและเมื่อถูกจับเป็นเชลยจะได้รับความคุ้มครองในฐานะนักโทษสงครามมิใช่อาชญากรโดยทั่วไป สถานะของพลรบตามกฎหมายภาคสงครามคือ พลรบผู้ที่ได้รับสถานะพลรบ

พลรบเป็นบุคคลที่มีสิทธิตามกฎหมายในการเข้าร่วมในการขัดกันทางอาวุธและสามารถใช้กำลังทางทหารได้กับศัตรูและต่อเป้าหมายทางทหาร การกำหนดสถานะของพลรรมีเกณฑ์บัญญัติไว้ในข้อ 43² ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ซึ่งอ้างถึงสมาชิกของกองกำลังทางทหาร ส่วนกองกำลังทางทหารนั้นต้องมีการจัดตั้งเป็นองค์กรกล่าวคือมี

² Article 43.-Armed forces

1. The armed forces of a Party to a conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.

2. Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities.

3. Whenever a Party to a conflict incorporates a paramilitary or armed law enforcement agency into its armed forces it shall so notify the other Parties to the conflict.

โครงสร้าง มีการแบ่งหน่วยงาน มีอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบ และต้องมีการบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ ซึ่งทำให้รวมถึงกองกำลังของฝ่ายต่อต้านซึ่งสู้รบกับศัตรูผู้ยึดครองดินแดนด้วย และกองกำลังจะต้องอยู่ภายใต้ระบบวินัยภายใน ซึ่งช่วยเป็นหลักประกันสำหรับการเคารพกฎหมายภาคสงคราม และที่สำคัญคือกองกำลังนี้จะต้องเป็นของฝ่ายหนึ่งในการขัดกันทางอาวุธ

สมาชิกของกองทัพจะได้รับสถานะของพลรบเมื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขขั้นต่ำ 2 ประการตามข้อ 44³ ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 กล่าวคือประการแรก ต้องเคารพกฎหมายระหว่างประเทศภาคสงคราม แม้จะกระทำการละเมิดกฎหมายดังกล่าวก็มิสูญเสียสถานะพลรบไป เพียงแต่ต้องรับผิดชอบต่อกฎหมาย ส่วนประการที่สอง เป็นหน้าที่เคารพกฎหมายในเรื่องการแบ่งแยกตนเองออกจากประชาชนพลเรือน เพื่อให้การคุ้มครองพลเรือนอย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อดำเนินการสู้รบอย่างซื่อสัตย์ ทั้งนี้โดยใช้วิธีการแต่งเครื่องแบบและติดเครื่องหมายที่สามารถสังเกตเห็นได้แต่ไกล และการติดอาวุธอย่างเปิดเผย ตามข้อ 44 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ได้กล่าวว่า "...พลรบนั้นจะมีสภาพเป็นพลรบหากถืออาวุธโดยเปิดเผย..." แต่สำหรับกรณีสงครามปลดปล่อย ซึ่งพลรบหรือที่เรียกว่า กองโจร (Guerilla) ซึ่งต่อสู้ภายในดินแดนที่ถูกยึดครองนั้นไม่สามารถแยกตนให้แตกต่างจากพลเรือนได้ จะ

³ Article 44.-Combatants and prisoners of war

"1. Any combatant, as defined in Article 43, who falls into the power of an adverse Party shall be a prisoner of war.

2. While all combatants are obliged to comply with the rules of international law applicable in armed conflict, violations of these rules shall not deprive a combatant of his right to be a combatant or, if he falls into the power of an adverse Party, of his right to be a prisoner of war, except as provided in paragraphs 3 and 4.

3. In order to promote the protection of the civilian population from the effects of hostilities, combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack. Recognizing, however, that there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of the hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself, he shall retain his status as a combatant, provided that, in such situations, he carries his arms openly..."

ได้สถานะพลรบก็ต่อเมื่อต้องติดอาวุธอย่างเปิดเผยในระหว่างการต่อสู้หรือปฏิบัติการทางทหาร ดังนั้นสรุปได้ว่า พลรบตามกฎหมายได้แก่สมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าเป็นกองกำลังของรัฐบาลหรือไม่⁴

แต่อย่างไรก็ตาม สมาชิกในกองกำลังทางทหารอาจมิใช่พลรบทุกคน กล่าวคือพลรบคือเฉพาะผู้ที่เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น บรรดาบุคลากรทางการแพทย์หรือทางศาสนานั้น ถือว่ามีใช่พลรบเนื่องจากมิได้เข้าร่วมในการสู้รบ หากถูกจับก็มิได้มีฐานะเป็นนักโทษสงครามแต่บุคคลซึ่งติดตามกองทัพแม้ไม่ได้เป็นสมาชิกของกองทัพ แต่มีหน้าที่คอยให้บริการต่อกองทัพเช่น พ้อครัว ช่างรีด ฯลฯ ก็มีได้สถานะพลรบเช่นกัน แต่หากถูกจับโดยศัตรูจะได้รับสถานะนักโทษสงครามตามข้อ 4 a (4) อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3

ในกรณีบุคคลที่ไม่ได้รับสถานะพลรบและไม่มีฐานะเป็นนักโทษสงครามเมื่อถูกจับตัวได้แก่ กรณี "ทหารรับจ้าง" (Mercenary) ในมาตรา 47 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 คือบุคคลที่รับผลประโยชน์ทางวัตถุเพื่อแลกกับการสู้รบโดยมิได้มีความเกี่ยวข้องเป็นการส่วนตัวในการขัดกันทางอาวุธ และกรณี "สายลับ" (Spy) คือผู้ที่เป็นสมาชิกของกองกำลังซึ่งมิได้สวมเครื่องแบบเพื่อเก็บข้อมูลทางทหาร

หลักการพื้นฐานในเรื่องการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างพลรบและพลเรือนนั้น ฝ่ายที่ทำการสู้รบต้องแบ่งแยกระหว่างพลเรือนและพลรบทุกขณะ พลเรือนคือบุคคลที่ไม่ใช่สมาชิกในกองทัพ การโจมตีจะกระทำได้เฉพาะต่อพลรบเท่านั้น การโจมตีต้องไม่กระทำต่อพลเรือน การกระทำหรือการคุกคามต่อพลเรือนเป็นสิ่งที่ต้องห้าม

คำว่า "พลรบ" และ "พลเรือน" ได้มีคำจำกัดความที่ชัดเจนในการสู้รบระหว่างประเทศทางปฏิบัติเรื่องนี้ในการสู้รบที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศยังคงคลุมเครืออยู่ว่าในสถานการณ์สู้รบสมาชิกของกองกำลังฝ่ายตรงข้ามถือว่าเป็นสมาชิกของกองทัพหรือเป็นพลเรือน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่ปรากฏชัดว่าสมาชิกของกองกำลังฝ่ายตรงข้ามเป็นพลเรือนที่สูญเสียความคุ้มครองจากการถูกโจมตีเมื่อมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงในการสู้รบ

อย่างไรก็ดีการแบ่งแยกระหว่างพลรบและพลเรือนโดยอาศัยเกณฑ์เรื่องการมีส่วนร่วมในการสู้รบอย่างแท้จริงนั้นมิใช่สิ่งที่ทำได้ง่ายนัก⁵ ในส่วนที่ยังมีความไม่แน่นอนซึ่งมีผล

⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, "กฎหมายระหว่างประเทศ", (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: กรุงเทพมหานคร, 2547) น. 552-553.

ต่อกฎเกณฑ์ของการสู้รบระหว่างประเทศและที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศคือ การขาดคำจำกัดความที่ชัดเจนของคำว่า "มีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรง" การสูญเสียความคุ้มครองจากการถูกโจมตีเป็นสิ่งที่ชัดเจนและไม่อาจโต้แย้งได้ หากพลเรือนใช้อาวุธหรือสิ่งอื่นเข้ากระทำการรุนแรงต่อผู้คนหรือวัตถุของกองกำลังฝ่ายศัตรู แต่มีทางปฏิบัติจำนวนไม่น้อยได้ให้คำแนะนำเพียงเล็กน้อย หรือไม่มีคำแนะนำในการตีความของคำว่า "มีส่วนร่วมโดยตรง" เช่น มีการกล่าวว่ากระบวนจะตั้งองค์กระทำเป็นรายกรณีไป หรือเพียงแต่กล่าวอ้างถึงกฎเกณฑ์ว่าการมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบทำให้พลเรือนสูญเสียความคุ้มครองจากการถูกโจมตี ประเด็นสำคัญคือปัญหาในการกำหนดประเภทของบุคคลในกรณียังเป็นที่ยังสงสัยว่าเป็นพลเรือนหรือพลรบ

1.3 หลักการคุ้มครองภัยอันตรายจากการตกเป็นเป้าแห่งการโจมตี

หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองภัยอันตรายจากการตกเป็นเป้าแห่งการโจมตีหรือเรียกอีกอย่างว่า การห้ามโจมตีโดยไม่เลือกปฏิบัติ เป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 51 วรรค 2 ยืนยันหลักการห้ามโจมตีประชาชนพลเรือนไว้อย่างเด็ดขาด กล่าวคือ ประชากรพลเรือนรวมทั้งพลเรือนต้องไม่ตกเป็นเป้าของการโจมตี การคุกคามหรือการใช้ความรุนแรงที่มีวัตถุประสงค์หลักในการแพร่ความหวาดกลัวต่อประชากรพลเรือนเป็นสิ่งต้องห้าม ฝ่ายต่างๆในสงครามต้องกำกับปฏิบัติการเฉพาะต่อเป้าหมายทางทหารเท่านั้น ทำให้บุคคลผู้ที่ตกเป็นเป้าแห่งการโจมตี อันได้แก่พลเรือนในที่นี้ให้หมายรวมถึงเด็ก ย่อมได้รับการคุ้มครอง หลักการนี้เป็นหลักการรากฐานที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปสำหรับรัฐทั้งปวงในสังคมโลกและใช้กับการขัดกันทางอาวุธทุกบริเวณ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยืนยันหลักการนี้ในความเห็นเชิงปรึกษาคดีความชอบด้วยกฎหมายของการคุกคามที่จะใช้และการใช้อาวุธนิวเคลียร์ ค.ศ. 1996 โดยระบุว่ารัฐต้องไม่ใช่พลเรือนเป็นเป้าหมายในการโจมตี⁵

สามารถพิจารณาในเรื่องของการโจมตีโดยแบ่งเป็น

⁵ จตุรนต์ ภิระวัฒน์ , กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, (คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ : กรุงเทพมหานคร , ธันวาคม 2550), น. 66.

⁶ เฟิงอ๋าง, น.119-120.

(1) การโจมตีโดยไม่เลือกเป้าหมายเป็นสิ่งที่จะต้องห้าม

หน้าที่ของพลรบในการปฏิบัติต่อเป้าหมายทางทหารในกรณีการขัดกันทางอาวุธ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 52 ก็ได้ยืนยันข้อจำกัดของการโจมตีว่าจะโจมตีได้เฉพาะเป้าหมายทางทหารอย่างเคร่งครัดเท่านั้น เป้าหมายทางทหารจำกัดอยู่เฉพาะวัตถุซึ่งโดยลักษณะทางธรรมชาติ สถานที่ที่ตั้ง วัตถุประสงค์หรือการใช้มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงต่อปฏิบัติการทางทหาร และในข้อ 49(1) ในพิธีสารเดียวกันให้ความหมายของคำว่า “การโจมตี” ว่าเป็นการกระทำรุนแรงต่อฝ่ายตรงข้าม ไม่ว่าจะในการรุกรานหรือการป้องกัน ซึ่งครอบคลุมการใช้กำลังทุกระดับ การประเมินความรุนแรงต้องพิจารณาผลที่เกิดขึ้น มิใช่ตัวการกระทำเอง การกระทำรุนแรงจึงอาจรวมถึงการโจมตีสิ่งเล็กน้อยไปจนถึงการทำลายล้างต่างๆ โดยเฉพาะการโจมตีโดยที่ไม่เลือกเป้าหมายเป็นสิ่งต้องห้าม การโจมตีโดยไม่เลือกเป้าหมาย คือ

ก) การโจมตีซึ่งไม่ได้ตั้งเป้าที่เป้าหมายทหารโดยเฉพาะ

ข) การโจมตีซึ่งใช้วิธีหรืออาวุธในการปฏิบัติการซึ่งไม่สามารถตั้งเป้าที่เป้าหมายทหารโดยเฉพาะได้

ค) การโจมตีซึ่งใช้วิธีหรืออาวุธในการปฏิบัติการอันมีผลซึ่งไม่อาจจำกัดได้ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและก่อให้เกิดผลในแต่ละกรณี อันมีลักษณะเป็นการโจมตีเป้าหมายทหารและพลเรือนหรือวัตถุพลเรือนโดยไม่อาจแบ่งแยกได้

(2) การโจมตีโดยคาดได้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อพลเรือนและต่อวัตถุพลเรือนเป็นสิ่งที่จะต้องห้าม

คือห้ามการโจมตีโดยการทิ้งระเบิดไม่ว่าด้วยวิธีหรืออาวุธซึ่งปฏิบัติต่อเป้าหมายรวมเป็นหน่วยเดียวกัน แม้ว่าเป้าหมายเหล่านั้นได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนว่าเป็นวัตถุทหารที่ตั้งอยู่ในเมือง เขตชุมชน หมู่บ้าน หรือบริเวณอื่นซึ่งมีพลเรือนหรือวัตถุพลเรือนรวมกันอยู่ อย่างไรก็ตามก็ดี ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ข้อ 56 ได้สร้างกฎเกณฑ์ใหม่คือการห้ามโจมตีหน่วยงานหรือสิ่งก่อสร้างซึ่งบรรจุพลังงานอันตราย แม้ว่าวัตถุเหล่านี้จะเป็นวัตถุทางทหารก็ตาม หากการโจมตีนั้นอาจก่อให้เกิดการปลดปล่อยพลังงานอันตรายอันส่งผลให้เกิดความสูญเสียรุนแรงต่อประชากรพลเรือน

(3) และการโจมตีจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสม่ำเสมอเพื่อปกป้องพลเรือนที่อาจตกเป็นเป้าแห่งการโจมตี

ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ข้อ 57 กำหนดให้ผู้วางแผนหรือตัดสินใจเข้าโจมตีให้ใช้ความระมัดระวังบางประการกล่าวคือ กำหนดให้ผู้วางแผนโจมตีต้องกระทำทุกอย่างที่เป็นไปได้เพื่อตรวจสอบว่าเป้าหมายที่จะเข้าโจมตีเป็นเป้าหมายทางทหารตามความหมายที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการปรับใช้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ดำเนินการ ย่อมก่อให้เกิดการตีความที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไปจนถึงขนาดที่อาจนำไปสู่การดำเนินการที่ไม่สุจริตได้

อย่างไรก็ดี ในบทบัญญัติข้อ 57 ดังกล่าว ได้ระบุมาตรการเรื่องการใช้ความระมัดระวังต่างๆ ซึ่งต้องใช้เมื่อเข้าโจมตี โดยประการแรกคือการการระบุเป้าหมาย ซึ่งหมายความว่าก่อนการเข้าโจมตี ต้องมีการระบุและรับรองโดยชอบว่าเป็นเป้าหมายทางทหาร โดยอาศัยการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนจากข้อมูล อีกประการคือการเลือกใช้วิธีการโจมตี ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวัง ต้องมีการประเมินผลที่จะเกิดต่อประชาชน ทรัพย์สินและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้โดยคำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมทั้งปวงที่อาจเกิดความเสียหายขึ้นได้กับประชาชนพลเรือน

สำหรับหลักการคุ้มครองภัยอันตรายจากการตกเป็นเป้าแห่งการโจมตีนั้น แม้จะตระหนักแล้วว่า การโจมตีนั้นสามารถโจมตีได้เฉพาะเป้าหมายทางทหาร การโจมตีที่คาดได้ว่าอาจเกิดความเสียหายต่อพลเรือนในที่นี้รวมถึงเด็กก็เป็นสิ่งต้องห้าม รวมถึงการโจมตีต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างสูง เพื่อป้องกันมิให้พลเรือนในที่นี้รวมถึงเด็กตกเป็นเป้าแห่งการโจมตี ประเด็นเกี่ยวข้องที่ยังคงเป็นปัญหาคือ การกำหนดขอบเขตที่แน่นอนในการใช้หลักความได้สัดส่วนในการโจมตี ขณะที่การศึกษาแสดงให้เห็นว่าการสนับสนุนหลักนี้อย่างแพร่หลาย แต่ก็ได้ไม่ได้มีการทำให้เกิดความชัดเจนขึ้นกว่าข้อความที่ปรากฏในสนธิสัญญาว่า ทำอย่างไรจึงรักษาสมดุลระหว่างความได้เปรียบทางทหารต่อการสูญเสียชีวิตของพลเรือนโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การเริ่มโจมตีซึ่งอาจคาดได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตพลเรือน ทำให้พลเรือนบาดเจ็บ ทำให้วัตถุพลเรือนเสียหาย หรือก่อให้เกิดผลที่กล่าวมารวมกัน โดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งเกินสัดส่วนของความได้เปรียบทางทหารโดยตรงและแน่ชัดอันอาจคาดหมายได้เป็นสิ่งต้องห้าม

สรุปได้ว่า ในเรื่องหลักการคุ้มครองพลเรือนในที่นี้รวมถึงเด็กจากการตกเป็นเป้าแห่งการโจมตีนั้น “เด็กไม่ใช่เป้าหมายทางทหาร” และสถานที่ที่เด็กและครอบครัวของพวกเขาอาศัยอยู่หรือรับบริการต่างๆ เช่น โรงเรียน โรงพยาบาล ตลาด หรือศูนย์อพยพจะได้รับการเคารพ ไม่ใช่เป็นเป้าของการโจมตีทางทหารหรือใช้เพื่อจุดมุ่งหมายทางทหาร การโจมตีเป้าหมายที่เป็นเด็กเป็นสิ่ง

ต้องห้าม เมื่อเป็นกรณีที่สามารถเลือกเป้าหมายที่จะเข้าโจมตีได้ เกณฑ์ก็คือต้องเลือกเป้าหมายที่คาดว่าจะทำให้เกิดอันตรายต่อพลเรือนให้น้อยที่สุด

1.4 หลักการคุ้มครองสถานะพิเศษของเด็ก เช่น เด็กในสภาพอ่อนแอ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษสำหรับกลุ่มบุคคลพลเรือนที่อ่อนแอและในทางปฏิบัติมักตกเป็นเหยื่อของการขัดกันทางอาวุธ บุคคลที่อ่อนแอในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะ “เด็ก”

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (1) กล่าวถึงกรณีของเด็กได้รับความคุ้มครองจากการโจมตี ข้อห้ามการโจมตีประกอบด้วย การข่มขืนและการโจมตีทางเพศอื่นๆต่อเด็กโดยเฉพาะเด็กหญิง⁷

สำหรับเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ซึ่งกำพร้าหรือถูกแยกจากครอบครัวในช่วงสงครามรัฐภาคีของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ต้องได้รับความคุ้มครองให้ปลอดภัยและถูกอพยพไปในที่ที่เหมาะสม อีกทั้งต้องจัดหาปัจจัยที่จำเป็นต่อการดำรงชีพตลอดจนปัจจัยด้านการศึกษาและศาสนา โดยควรให้ได้รับการศึกษาเท่าที่ทำได้จากบุคคลที่มีวัฒนธรรมเดียวกัน ในดินแดนของรัฐเป็นกลางที่ปลอดภัยในระหว่างที่เกิดสงคราม เด็กต่างชาติอาจถูกอพยพจากดินแดนของฝ่ายในสงครามเฉพาะด้วยเหตุของสุขภาพหรือการรักษาทางการแพทย์เท่านั้น ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องถูกบันทึกและส่งให้องค์กรกลางเพื่อสืบหาร่องรอยแห่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ นอกจากนี้ควรมีการแลกเปลี่ยนข่าวสารส่วนตัวระหว่างสมาชิกในครอบครัวทางไปรษณีย์โดยผ่านองค์กรด้านมนุษยธรรมเช่นคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ ตามข้อ 18 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977

เด็กอาจเข้าร่วมในกองกำลังของรัฐคู่สงคราม ประเด็นสำคัญคืออายุขั้นต่ำของการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในกองทัพ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) บังคับให้ฝ่ายต่างๆในสงครามมิให้เกณฑ์เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในกองกำลัง และยังคงใช้มาตรการเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กเหล่านั้นจะไม่เข้าร่วมโดยตรงในการต่อสู้ ซึ่งการให้ความคุ้มครองเด็กในประเด็นนี้จะได้กล่าวถึงอย่างละเอียดต่อไป

⁷ จตุรนต์ ธีระวัฒน์ , อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 5, น.136-138.

ในภาวะของการขัดกันทางอาวุธ เด็กจะต้องได้รับการดูแลรักษาในฐานะที่เป็นพลเรือนที่อาจได้รับผลกระทบจากการขัดกันทางกำลังทหาร เด็กเป็นบุคคลกลุ่มหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าควรจะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองเป็นพิเศษด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมว่าเป็นบุคคลที่ไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้อย่างสมบูรณ์ อันเนื่องมาจากสาเหตุทางกายภาพ ด้วยความอ่อนแอของร่างกายหรือสถานะที่ไม่ใช่ผู้ร่วมปฏิบัติการในสงครามซึ่งมีอาวุธในการป้องกันตัว ทำให้เด็กไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้นเด็กจึงได้รับความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้นเป็นพิเศษ

2. กฎเกณฑ์สำคัญที่ใช้เพื่อการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม

เนื่องจากความต้องการที่จะให้การสนับสนุนและปกป้องคุ้มครองเด็กในทุกทางไม่ทำให้ไปมีส่วนร่วมในการขัดกันทางอาวุธ อีกทั้งสิทธิเด็กนั้นเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและมักมีการละเมิดคือมีการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการสู้รบเป็นทหารเด็กกันอยู่เสมอ ทั้งๆ ที่มีกฎเกณฑ์ในรูปบทบัญญัติมากมายที่คุ้มครองเด็กในภาวะการขัดกันทางอาวุธ อีกทั้งในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ในข้อ 77 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 ที่ช่วยแก้ปัญหาการคุ้มครองเด็กในเรื่องการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมในการสู้รบแล้วก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากหลักการพื้นฐานในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ในบทนี้ขอกล่าวถึงกฎเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมที่ใช้เพื่อการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม

2.1 กฎเกณฑ์ในการห้ามเกณฑ์เด็กมาเป็นทหารหรือเข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบ

หลักเกณฑ์ประการสำคัญที่ถือเป็นมาตรฐานสำหรับเรื่องนี้ คือเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ จะต้องไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในกองกำลังทหาร หรือเข้าไปอยู่ในภาวะที่มีการขัดกันทางอาวุธทั้งที่เป็นการสู้รบของกองกำลังทหารของรัฐ และทั้งที่มีใ้หน่วยกำลังทหารของรัฐ เป็นหน้าที่สำคัญที่จะต้องมีการดูแลมิให้มีการละเมิดมาตรฐานอายุขั้นต่ำสำหรับเรื่องเด็กที่จะถูกเกณฑ์ไปเป็นทหารหรือเพื่อเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนากลายเป็นกฎหมายและหลักกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน และนั่นก็คือที่มาที่สำคัญในเรื่องอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่เป็นกฎเกณฑ์สำคัญในการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ของเด็กที่ประชาคมโลกต้องให้ความเคารพ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในช่วงต้นเด็กอาจเข้าร่วมในกองกำลังของรัฐคู่สงคราม ประเด็นสำคัญคืออายุขั้นต่ำของการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในกองทัพ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) บังคับให้ฝ่ายต่างๆในสงครามมิให้เกณฑ์เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในกองกำลัง และยังคงใช้มาตรการเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กเหล่านั้นจะไม่เข้าร่วมโดยตรงในการต่อสู้ หลักการนี้ได้รับการยืนยันไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ข้อ 38(2) ซึ่งอาจจะท่อนให้เห็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในทำนองเดียวกันอนุสัญญากรุงโรมฯ ข้อ 8(2)b(xxvi) กำหนดให้การทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีอยู่ในบัญชีสมาชิกของกองทัพหรือใช้ให้เข้าร่วมในสงครามเป็นอาชญากรรมสงคราม

หลังจากที่มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ที่ห้ามเกณฑ์เด็กมาเป็นทหารในที่สุดก็ได้มีการจัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 และอนุสัญญาฉบับนี้เคยถือเป็นมาตรฐานว่าเด็กต้องอายุ 15 ปี ขึ้นไปจึงจะถูกเกณฑ์เป็นทหารหรือเข้าร่วมกองทัพได้ แต่ต่อมามีการยกร่างพิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเกี่ยวกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ ค.ศ. 2000 ที่กำหนดห้ามมิให้บังคับเรียกเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปีเข้าร่วมในกองกำลัง⁸

มาตรา 38 ถูกยกขึ้นมาว่า ภายใต้อนุสัญญาที่ว่าเด็กคือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเด็กที่อายุ 15 ปีขึ้นไป จะไม่ถูกคุ้มครองจากการเกณฑ์เข้าและฝึกหัดทหาร ตามข้อกำหนดซึ่งความผิดปกตินี้ได้ถูกอธิบายโดยการคัดค้านของรัฐ⁹ ในปัจจุบันร่างพิธีสารดังกล่าวได้รับการรับรองและมีผลบังคับใช้แล้วเมื่อปี 2000

กล่าวได้ว่าหลังจากการใช้เวลาหลายปีในการเจรจาในที่สุดสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติได้ยอมรับ เมื่อ ค.ศ. 2000 ในพิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ (OP) โดยพิธีสารฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 12 ก.พ. 2000 หนึ่งเดือนหลังจากการที่รัฐให้การรับรอง 10 รัฐ พิธีสารฉบับนี้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการให้แน่ใจว่าเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะไม่ถูกการเกณฑ์ภาคบังคับให้เข้าร่วมในกองทัพ ยิ่งกว่านั้นรัฐภาคียังมีพันธกรณีที่จะใช้มาตรการที่เป็นไปได้ทั้งหมดที่จะประกันให้แน่ใจว่าสมาชิกของกองทัพที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีจะไม่เข้าร่วมโดยตรงในสงคราม ถือได้ว่าพิธีสารฉบับนี้เป็น

⁸ Rachel Brett , Child Soldier : Law politics and practice , vol. 4 no .2 . The International Journal of Children ' s Right , (1996) pp. 115 -128

⁹ *Ibid.*

พัฒนาที่สำคัญในการป้องกันการเกณฑ์เด็กเป็นทหารและการจ้างเด็กโดยรัฐบาลหรือกองกำลังที่มีใช้รัฐในการขัดกันทางอาวุธ

พิธีสาร ได้ยกเรื่องอายุของเด็กในเกณฑ์ทหารจาก 15 ปีเป็น 18 ปีโดยพันธกรณีของรัฐภาคีจะต้องขยับอายุต่ำสุดของการอาสาสมัครเข้าร่วมในกองทัพต้องเกิน 15 ปี¹⁰ และเสนอถึงอายุที่ต่ำสุดสำหรับการมีส่วนร่วมโดยตรงในกองทัพที่อายุ 18 ปี โดยห้ามมิให้บังคับเรียกเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี แต่อย่างไรก็ตามการละเลยยังเกิดขึ้นมาก ในครั้งหนึ่งที่มีการคัดค้านจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งอนุญาตให้เด็กอายุ 17 ปี เข้ารับราชการทหารได้หากสมัครใจ ซึ่งได้เสนอมาตรฐานการเข้ารับราชการใหม่ว่าควรเป็นเด็กอายุ 18 ปี ซึ่งภายใต้พิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ รัฐเป็นผู้เสนออายุของเด็กที่จะเข้ารับราชการด้วยความสมัครใจได้ ตามกฎหมายต้องมีอายุมากกว่า 15 ปี ตามมาตรฐานของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ มาตราที่ 38(3) และมีความเหมาะสมกับมาตรการรักษาความปลอดภัยและมั่นใจว่าการรับเข้านั้นมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงเรื่องอายุอย่างถูกต้องแล้ว

สำหรับกองกำลังติดอาวุธที่มีใช้รัฐนั้น รัฐจะต้องเห็นด้วยให้นำพิธีสารทางเลือกๆไปใช้กับกลุ่มกบฏด้วย เนื่องจากในพิธีสารทางเลือกมีบทกำหนดให้ใช้กับกลุ่มติดอาวุธโดยห้ามเรียกเกณฑ์และใช้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี¹¹ และรัฐภาคีก็มีพันธกรณีที่ต้องกำหนดโดยถือว่าเป็นความผิดอาญา¹²

พิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ ค.ศ. 2000 ฉบับนี้ มีข้อบกพร่องในหลายประเด็น เช่น มิได้ระบุระดับความขัดแย้งไว้อย่างเฉพาะเจาะจง พิธีสารยังชี้ให้เห็นถึงความไม่มีสภาพบังคับ เช่น ในข้อที่ 1 ที่มีข้อห้ามเด็กอายุต่ำ

¹⁰ Michael J . Dennis , Current Development : Newly Adopted Protocols to the Convention on the Right of Child, The American Journal International Law , No. 94 (October 2000) . p .789.

¹¹ Article 4 (1) Armed groups that are distinct from the armed forces of a State should not, under any circumstances, recruit or use in hostilities persons under the age of 18 years.

¹² Article 4 (2) States Parties shall take all feasible measures to prevent such recruitment and use, including the adoption of legal measures necessary to prohibit and criminalize such practices.

กว่า 18 ปี มีส่วนร่วมในการสู้รบ ซึ่งควรจะเป็นการบังคับให้รัฐปฏิบัติ แต่กลับเป็นการร้องขอให้รัฐในการนำ “มาตรการที่พอจะปฏิบัติได้” เพื่อเติมเต็มพันธกรณีพิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ ค.ศ. 2000 จึงเกิดคำถามที่ว่าอะไรคือมาตรการที่พอจะปฏิบัติได้ และอย่างไรคือมาตรการที่รัฐปฏิบัติไม่ได้ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสามารถตีความเอาเอง¹³ ซึ่งอาจทำให้มีการล่วงละเมิดสิทธิของเด็กเกิดขึ้นมาได้ทั้งในยามสงบและยามสงคราม และที่สำคัญคือหลายประเทศยังมีได้ให้การยอมรับพิธีสารทางเลือกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับเด็กในการขัดกันทางอาวุธ ค.ศ. 2000 ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ควรได้รับการเคารพอย่างยิ่ง

2.2 กฎเกณฑ์ในการห้ามใช้ความรุนแรงต่อพลเรือน

ฝ่ายต่างๆในสงครามต้องดเว้นที่จะใช้ความรุนแรงต่างๆต่อพลเรือน พลเรือนจะต้องไม่เพียงได้รับการคุ้มครองแต่รวมถึง ความเคารพต่อตัวบุคคล เกียรติยศ สิทธิทางครอบครัว ความศรัทธาในศาสนาและจารีตประเพณีส่วนตัวด้วย ดังนั้นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงห้ามการใช้ความรุนแรงต่างๆต่อพลเรือน ดังเช่น

ข้อห้ามการใช้การข่มขู่หรือความรุนแรงต่อพลเรือนทั้งทางกาย จิตใจ และศักดิ์ศรี เกียรติยศ พลเรือนไม่เพียงจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมเท่านั้น แต่ต้องไม่ตกเป็นเป้าหมายการทำร้ายชีวิตและร่างกายหรือลบล้างศักดิ์ศรีในลักษณะต่างๆพลเรือนจึงมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำดังกล่าวซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจเพิกถอนได้แต่ประการใด การกระทำที่ต้องห้ามต่อพลเรือนได้แก่

การฆาตกรรม การทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจ การลงทัณฑ์ต่างๆตลอดจนการตัดอวัยวะ การใช้พลเรือนเป็นเครื่องทดลองการใช้ความรุนแรงต่างๆที่ต้องห้ามซึ่งรวมการกระทำเป็นรายบุคคลและเป็นกลุ่ม

¹³ Ann Sheppard , Child Soldier : Is the Optional Protocol Evidence of an Emerging “ straight – 18 “ Consensus , Vol .8 No.1 The International Journal of Children ‘ Right , (2000) pp. 37 -70.

การใช้ความรุนแรงซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามในทางปฏิบัติรวมถึงการโจมตีซึ่งมุ่งสร้างความหวาดกลัวต่อพลเรือน การทิ้งระเบิดปูพรมอย่างกว้างขวางโดยไม่เลือกประติบัติ และการทิ้งระเบิดใส่เมืองตลอดจนการจู่โจม ช่มชู้ การทรมานเด็กและสตรีรวมถึงการสังหารหมู่ด้วย ยิ่งกว่านั้นการจับพลเรือนเป็นตัวประกันก็เป็นสิ่งต้องห้ามเช่นเดียวกัน

2.3 กฎเกณฑ์ที่เป็นข้อห้ามในการลงโทษเด็ก

สำหรับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษเด็กนั้น มาจากบทบัญญัติในเรื่องนักโทษสงครามนับจากการวางอาวุธเพื่อยอมแพ้ อันเป็นการยืนยันสถานะของผู้ที่ปราศจากปัจจัยในการสู้รบและไม่สามารถสู้รบได้อีกต่อไป นักโทษสงครามจะถูกปลดอาวุธ คั่นตัว เก็บอุปกรณ์และเครื่องมือทางทหารต่างๆ นักโทษสงครามจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยทั่วไปตามหลักการพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ไม่สามารถทำการสู้รบได้อีกต่อไป

เด็กเป็นบุคคลกลุ่มที่ไม่ใช่เด็กโทษสงครามแต่อาจถูกกักตัวไว้ เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษตามข้อกำหนดของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1 โดยรัฐต้องละเว้นจากการเกณฑ์และรับสมัครเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี เข้ามาไว้ในกองกำลัง แต่หากเด็กเหล่านี้เข้าร่วมในการสู้รบและถูกจับก็จะได้ได้รับความคุ้มครองจากมาตรการต่างๆไม่ว่าจะตกเป็นนักโทษสงครามหรือไม่ก็ตาม¹⁴ ซึ่งในทางปฏิบัติหากจับเด็กที่เป็นทหารได้ ทหารเด็กเหล่านั้นจะต้องถูกปล่อยตัวทันที เนื่องจากการใช้ทหารเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมาย เมื่อจับทหารเด็กได้ เด็กเหล่านั้นจะต้องได้รับการปล่อยตัว และได้รับการคุ้มครองสิทธิเด็กเหมือนเด็กธรรมดา

ในกรณีที่ใช้กฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้นั้น สิทธิของเด็กในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสำหรับเด็กผู้ที่ถูกดำเนินคดีในการก่ออาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันทางอาวุธจะไม่ต้องรับโทษประหารชีวิต หากพวกเขาอายุต่ำกว่า 18 ปี ในขณะที่กระทำความผิด ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 ข้อ 68 วรรค 4¹⁵ และพิธีสารเพิ่มเติม

¹⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5, น. 160.

¹⁵ Article 68, 1949 Geneva Convention 4.

“...In any case, the death penalty may not be pronounced against a protected person who was under eighteen years of age at the time of the offence...”

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(5) บัญญัติว่า "...โทษประหารชีวิตสำหรับกรณีการทำผิดเกี่ยวกับข้อพิพาททางอาวุธจักไม่ใช่สำหรับบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปีในขณะที่ได้กระทำความผิด"

2.4 กฎเกณฑ์ที่เป็นข้อห้ามการคุกคามล่วงละเมิดทางเพศแก่เด็ก

อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติถึงข้อห้ามในการคุกคาม ล่วงละเมิดทางเพศแก่เด็กที่ได้รับผลกระทบจากการขัดกันทางอาวุธ เด็กๆที่อยู่ในสภาวะการณเหล่านี้ จะได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพราะจากรายงานมีเด็กหญิงจำนวนไม่น้อย ที่ถูกเกณฑ์เข้าไปในกองทัพ เพื่อกะทำการทางเพศต่อเด็กหญิงเหล่านี้ ซึ่งนับว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิเด็กอย่างร้ายแรง

กฎเกณฑ์ในการคุ้มครองเด็กจากการโจมตีตามข้อ 77 (1) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ได้มีบทบัญญัติที่เป็นข้อห้ามการโจมตีประกอบด้วยการข่มขืนและการโจมตีทางเพศอื่นๆ ต่อเด็กโดยเฉพาะเด็กหญิง นอกจากตราสารทางกฎหมายในรูปสนธิสัญญาแล้ว กฎข้อที่ 93 ของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้รวมรวมจัดทำวางหลักการว่า "การข่มขืนและการละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่นเป็นสิ่งต้องห้ามระหว่างประเทศ"¹⁶ บทบัญญัติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าการข่มขืนและการล่วงละเมิดทางเพศเป็นสิ่งต้องห้ามโดยเฉพาะต่อเด็ก

2.5 กฎเกณฑ์ในลักษณะที่เป็นคุณแก่เด็ก

สาระสำคัญของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 คือความพยายามในการขยายความคุ้มครองเด็กและผู้หญิง ในภาวะการขัดกันทางอาวุธในทางระหว่างประเทศ โดยเน้นว่าพวกเขาคือบุคคลที่ต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ และได้รับการคุ้มครองจากการทำร้ายทุกรูปแบบ ให้พวกเขาได้รับการดูแล และช่วยเหลือในสิ่งที่พวกเขาร้องขอ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1

¹⁶ International committee of the Red Cross, *supra note* 1. p.40.

และจากการศึกษาถึงกฎหมายที่ในลักษณะที่เป็นคุณแก่เด็กในภาวะสงคราม หรือสิ่งที่เด็กควรจะต้องได้รับเมื่ออยู่ในสภาวะการกักกันทางอาชุนั้น ได้แก่

(1) การให้เด็กได้อยู่กับมารดา เด็กที่ได้รับผลกระทบจากการสู้รบหรืออยู่ในสถานการณ์การกักกันทางอาชุนั้น เด็กเหล่านี้มีสิทธิจะต้องได้อยู่กับมารดา หรืออยู่กับบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งในกรณีที่เหลือแต่บิดาหรือเหลือแต่มารดาเพียงคนเดียว หรืออย่างน้อยที่สุดเด็กมีสิทธิที่จะอยู่กับครอบครัวของเด็กเหล่านั้นตามบทบัญญัติข้อ 24 - 26, ข้อ 49 วรรค 3, ข้อ 50, ข้อ 82 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 และ ข้อ 74, ข้อ 75 วรรค 5, ข้อ 76 วรรค 3 และ ข้อ 78 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1

(2) สิทธิที่เด็กจะได้รับการเลี้ยงดู ดูแล เด็กมีสิทธิได้รับการเคารพและการคุ้มครองเป็นพิเศษ ในกรณีที่เกิดความอดอยากหิวโหยหรือแม้แต่เกิดเหตุพิภิกขภัยจะต้องได้รับการแจกจ่ายอาหารและน้ำดื่ม เพื่อช่วยเหลือเด็ก ๆ ที่ประสบปัญหาขาดแคลนอาหาร น้ำดื่มที่สะอาด ที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม กล่าวได้ว่าเด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดู ได้รับอาหาร และมีสุขอนามัยที่ดีตามบทบัญญัติข้อ 23, ข้อ 24 วรรค 1, ข้อ 38 วรรค 5, ข้อ 50, ข้อ 89 วรรค 5 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 และ ข้อ 70 วรรค 1, ข้อ 77 วรรค 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1

(3) สิทธิที่เด็กจะได้รับการศึกษาและศาสนา เด็กมีสิทธิได้รับการเคารพและการคุ้มครองเป็นพิเศษเรื่องการศึกษาซึ่งเป็นสิทธิที่เด็กจะต้องได้รับ โดยควรให้ได้รับการศึกษาเท่าที่ทำได้จากบุคคลที่มีวัฒนธรรมเดียวกัน ในดินแดนของรัฐเป็นกลางที่ปลอดภัยในระหว่างที่เกิดการกักกันทางอาชุนั้นตามบทบัญญัติข้อ 24 วรรค 1, ข้อ 50, ข้อ 94 ของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ฉบับที่ 4 และ ข้อ 78 วรรค 2 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1

3. มาตรการทางกฎหมายของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1 ในการป้องกันและเยียวยาการละเมิดสิทธิเด็กในภาวะสงคราม

อนุสัญญาเจนีวา ถือเป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ มีขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ ค.ศ.1864 แต่เป็นเพราะอนุสัญญาเจนีวาฉบับดังกล่าว มิได้พูดถึงการให้ความคุ้มครองพลเรือนในภาวะสงคราม แต่ก็นับได้ว่า อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 ได้วางหลักเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศได้หลายข้อที่สำคัญ และก็นับได้ว่าอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1864 เป็นอนุสัญญาที่ประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการทำสงครามในเรื่องการ

ให้ความคุ้มครองและการดูแลรักษาผู้บาดเจ็บ ซึ่งอยู่อย่างกระจัดกระจายให้กลายมาเป็นอนุสัญญาที่เป็นระบบระเบียบ¹⁷

อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับและพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาอีก 2 ฉบับ เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งได้รวบรวมกฎเกณฑ์เพื่อที่จะจำกัดขอบเขตของความทารุณโหดร้ายของสงคราม และปกป้องกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการขัดกันทางอาวุธ ทั้งที่มีส่วนร่วมและไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ โดยสามารถพิจารณามาตรการทางกฎหมายที่สำคัญ ได้ดังนี้

3.1 มาตรการในการป้องกันการละเมิดสิทธิเด็กในภาวะสงคราม

เมื่อรัฐเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ทำให้รัฐเกิดพันธะตามพิธีสารที่ต้องปฏิบัติตาม เพราะว่าสนธิสัญญาก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายแก่คู่สัญญาที่รัฐจะไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)¹⁸ ทั้งนี้หากรัฐไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสัญญาย่อมถือได้ว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศเพราะสนธิสัญญาย่อมผูกพันรัฐ สำหรับมาตรการที่สำคัญของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ที่มีผลผูกพันให้รัฐภาคีต้องไปดำเนินการบังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องการให้ความคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม ซึ่งมีดังนี้

(1) การห้ามเกณฑ์เด็กมาเป็นทหาร

เด็กต้องไม่ถูกเกณฑ์เข้ากองทัพหรือกลุ่มติดอาวุธ มาตรการสำคัญทางกฎหมายที่ถือเป็นมาตรฐานสำหรับเรื่องนี้ คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์จะต้องไม่ถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหาร ทั้งที่เป็นกองกำลังทหารของรัฐและทั้งที่มีหน่วยกำลังทหารของรัฐ เป็นบทบัญญัติสำคัญที่จะต้องมีการดูแลมิให้มีการละเมิดมาตรฐานอายุขั้นต่ำสำหรับเรื่องเด็กที่จะถูกเกณฑ์ไปเป็นทหาร ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนากลายเป็นหลักกฎเกณฑ์ต่างๆในตราสารทางกฎหมายที่ใช้กันอยู่ใน

¹⁷ Rebecca M. M . Wallace, International law, (London : Sweet & Maxwell, 2002), 4th Edition , pp. 283 -285 .

¹⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ : สนธิสัญญา เล่ม 1 , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 183

ปัจจุบัน โดยกฎหมายที่สำคัญคืออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1

ในปี ค.ศ. 1949 ในที่ประชุมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในเรื่องการห้ามเกณฑ์เด็กมาเป็นทหารได้มีการประชุมรับเอาข้อบทของตราสารฉบับใหม่ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมารวบรวมขึ้นใหม่อีกครั้ง และในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 มีสาระสำคัญที่อยู่ มาตรา 3 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งนับว่า มาตรา 3 นี้เป็นบทมาตราที่สำคัญ¹⁹ ที่บ่งบอกถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ให้การช่วยเหลือบุคคลในภาวะการขัดกันทางอาวุธ และอนุสัญญาเจนีวาที่สำคัญคือการบัญญัติในเรื่องของการให้ความคุ้มครองพลเรือนในภาวะสงคราม เป็นการบัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องของพลเรือนที่ต้องได้รับการคุ้มครองในภาวะสงครามเพิ่มขึ้นมา มีหลักเกณฑ์ในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี และผู้ปกครองของเด็กๆ เหล่านี้อันได้รับผลกระทบมาจากภาวะสงครามให้ได้รับความคุ้มครอง²⁰ แต่หลักสำคัญของข้อกำหนดจะไม่รองรับการคุ้มครองแก่เด็กทั้งหมดที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เพราะแนวคิดที่ว่าบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ถือว่าเป็นเด็กและเป็นผู้ที่ต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ ไม่ได้มีอยู่ในอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ. 1949 และเพิ่งจะได้รับการยอมรับในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ข้อ 77 ซึ่งได้กำหนดห้ามเกณฑ์ทหารหรือการจ้างเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้ามาเป็นทหาร

หลักเกณฑ์ที่กล่าวถึงในเรื่องการให้ความคุ้มครองทหารเด็กที่เด่นชัดนั้น ก็คือ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ซึ่งได้กำหนดห้ามเกณฑ์ทหารหรือการจ้างเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 และ 2 ที่สำคัญพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 กำหนดเกณฑ์อายุที่ต่ำที่สุดสำหรับการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารโดยกองทัพ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกำหนดไว้เป็นครั้งแรกสำหรับหัวข้อเรื่อง “ทหารเด็ก” ในเอกสารของความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักการเรื่องการเกณฑ์ทหารหรือใช้แรงงานเด็ก อย่างไรก็ตามได้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับการเกณฑ์ทหารโดยกองทัพของเด็กที่อายุ 15 ปี และที่อายุยังไม่ครบ 18 ปี

¹⁹ Wilson, Heather A, International law and the use of force by national liberation movements, (Oxford : Clarendon Press, 1988), pp. 41 -43.

²⁰ Hillier, Timothy, Principles of public international law , (London : Cavendish Pub., 1999) 2nd Edition, p. 281.

สาระสำคัญของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 นั้นมีลักษณะเหมือนกับพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 มีการกำหนดว่า เด็กเป็นบุคคลที่ควรได้รับความเคารพเป็นพิเศษไว้เช่นเดียวกัน แต่พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 เป็นการย่อลงมาของหลักเกณฑ์ต่างๆ และเป็นเรื่องของการขัดกันทางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่ามาตรา 4 (3) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 สอดคล้องกับ มาตรา 38 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 เรื่องของมาตรฐานขั้นต่ำในเรื่องอายุของเด็กที่จักได้รับความคุ้มครองในเรื่องการเกณฑ์เด็กเป็นทหาร นั่นก็คือเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเห็นได้ว่าพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา สอดคล้องกับหลักของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งในปัจจุบันนี้ได้มีการปรับเปลี่ยนวาระหลักเกณฑ์ในเรื่องมาตรฐานอายุขั้นต่ำให้อยู่ในเกณฑ์ที่เด็กอายุ ไม่เกิน 18 ปี ซึ่งจักไม่ถูกเกณฑ์เป็นทหารในกองทัพหรือในกลุ่มใดๆ (เปลี่ยนจากอายุขั้นต่ำเด็ก 15 ปี เป็นเด็กอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ก็ได้รับการคุ้มครองไม่ต้องถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารเด็กแล้ว)

มาตรการสำคัญในการห้ามเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารเด็กตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ได้แก่เรื่อง "เกณฑ์อายุขั้นต่ำ" (Minimum age)

อายุขั้นต่ำในที่นี้ หมายถึงอายุขั้นต่ำที่ใช้ในการเกณฑ์เด็กให้เข้ามาเป็นทหาร พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) นั้นบอกว่าห้ามไม่ให้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าร่วมในการสู้รบ แต่ทั้งนี้ หากเด็กนั้นมีอายุอยู่ระหว่าง 15 ปีถึง 18 ปี ให้พิจารณาว่าเด็กที่มีอายุมากกว่าก่อน ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) ดังนั้นประเด็นในเรื่องนี้ก็คือ ความต้องการที่จะยกระดับมาตรฐานอายุของเด็กจาก 15 ปี ขึ้นเป็น 18 ปี โดยพิจารณาได้ดังนี้

อายุขั้นต่ำในการเกณฑ์เด็กเป็นทหาร (Minimum age of recruitment)

มาตรการสำคัญ คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่ถูกเกณฑ์โดยกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ เพราะในทางปฏิบัติมีหลักฐานปรากฏชัดว่าเด็กถูกเกณฑ์ให้เป็นทหารทั้งจากกองทัพรัฐเองและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ



ภาพที่ 3 เด็กถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารในประเทศแองโกลา (Angola)

(2) การห้ามใช้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบ

เด็กต้องไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบ เนื่องจากคำว่า “การมีส่วนร่วมโดยตรง” (Direct participation) ไม่มีคำจำกัดความ ทั้งนี้แม้ว่าการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบนั้นจะมีความสำคัญ แต่ทั้งในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ก็ไม่ได้ให้คำนิยามไว้ว่าอะไรคือการมีส่วนร่วมโดยตรง²¹ และเมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ไม่ได้อธิบายหรือให้คำจำกัดความอีกเช่นกัน

สำหรับมาตรการในเรื่องการห้ามใช้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1 พิจารณาได้จาก

ก) เรื่องอายุขั้นต่ำ (Minimum age)

อายุขั้นต่ำในที่นี้ หมายถึงอายุขั้นต่ำที่让孩子เข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) บอกว่าห้ามไม่ให้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในการสู้รบ แต่ทั้งนี้ หากเด็กนั้นมีอายุอยู่ระหว่าง 15 ปีถึง 18 ปี ให้พิจารณารับเด็กที่มีอายุมากกว่าก่อน ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) ดังนั้นหลักสำคัญในเรื่องนี้ก็คือ ความต้องการที่จะยกระดับมาตรฐานอายุของเด็กจาก 15 ปี ขึ้นเป็น 18 ปี โดยพิจารณาจาก

²¹ International Committee of the Red Cross, Report: Direct participation in hostilities , [online] Available from : [http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl-311205.\[2007\].](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl-311205.[2007].)

อายุขั้นต่ำในการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบ (Minimum age for participation in hostilities) มาตรการสำคัญ คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ ทั้งนี้ เหตุผลที่ต้องการยกระดับอายุขั้นต่ำขึ้นเป็น 18 ปี ก็เพราะว่าเด็กจะได้รับผลกระทบจากการเข้าร่วมการสู้รบมากกว่าผู้ใหญ่ ทั้งในด้านร่างกายและจิตใจ ซึ่งทั้งที่จริงแล้วการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบนั้นจะต้องถูกห้าม



ภาพที่ 4 เด็กถูกใช้ให้เข้าร่วมในกองกำลัง

ข) การเข้าร่วมในการสู้รบของเด็ก (Compulsory recruitment and voluntary enlistment)

กล่าวคือ เนื่องจากพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) นั้นบอกแต่เพียงว่าห้ามเกณฑ์เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในการสู้รบ แต่ไม่ได้บอกว่าเป็นบังคับกับลักษณะใดไม่ว่าจะเป็นลักษณะของการถูกเกณฑ์โดยการบังคับหรือโดยสมัครใจเข้าร่วมของเด็กเอง โดยสามารถแยกการพิจารณาเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

- การเข้าร่วมโดยการบังคับ (Compulsory recruitment)

มาตรการสำคัญ คือ การที่เด็กจะถูกเกณฑ์โดยการบังคับให้เข้าไปมีส่วนร่วมนั้น หากเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องถูกห้ามอย่างเด็ดขาด

- การเข้าร่วมโดยสมัครใจ (Voluntary enlistment)

มาตรการสำคัญ คือ ถึงแม้ว่าเด็กจะสมัครใจเข้าร่วมเป็นสมาชิกของกองทัพ หรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐเองก็ตาม แต่หากเด็กนั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ก็ต้องถูกห้ามอย่างเด็ดขาดเช่นกัน

- ค) ลักษณะการเข้ามีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบ (participation in hostilities)

กล่าวคือ การมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญอีกประการหนึ่งเพราะในทางปฏิบัติจะมีทั้งเข้าร่วมโดยตรงและเข้าร่วมโดยทางอ้อม ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 หลักการคือ

- การมีส่วนร่วมโดยตรง (Direct participation in hostilities)

การมีส่วนร่วมโดยตรงคือ การกระทำใดๆ ก็ตามที่เด็กจะต้องไปมีส่วนร่วมโดยตรงนั้น จะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการสู้รบ ซึ่งใช้คำว่า “มีส่วนร่วมโดยตรง” (direct part) ดังนั้นมาตรการสำคัญอยู่ที่ความต้องการที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทหารเด็กที่เข้าไปมีส่วนร่วมโดยทางตรงในการสู้รบ

อนึ่ง การให้คำจำกัดความคำว่า “พลรบ” สอดคล้องกับเรื่องของกาให้การให้คำนิยามของคำว่า “มีส่วนร่วมโดยตรง” (take a direct part) จากการศึกษา ข้อ 44 พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ได้กล่าวว่า “...พลรบนั้นจะมีสภาพเป็นพลรบ...หากถืออาวุธโดยเปิดเผย...” กับข้อ 51 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับเดียวกันที่กล่าวว่า “...พลเรือนมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง...เว้นเสียแต่...เข้าไปมีส่วนร่วมสู้รบโดยตรง...” เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกันก็พบว่าคำดังกล่าวนี้หมายถึงตามกฎหมายนั้นคนที่มีสิทธิจับอาวุธต่อสู้ตามกฎหมายได้ถือว่ามีส่วนร่วมโดยตรงแล้ว เช่นนี้จึงสามารถอนุมานได้ว่ากาที่เด็กจับอาวุธและเข้าร่วมในการสู้รบถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะเข้าร่วมโดยตรง

อย่างไรก็ดี Jean-Francois Queguiner ที่ปรึกษากฎหมายของคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้อ้างถึง Commentary on Additional Protocol I (AP I), ICRC Geneva ที่เน้นถึงการตีความ “การมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ” ไว้ว่าควรตีความให้ชัดเจน เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองพลเรือน และเพื่อคงไว้ซึ่งความหมายของหลักการแบ่งแยกพลรบและพลเรือน แต่ในขณะเดียวกันการตีความดังกล่าวนี้ก็จะต้องกว้างพอที่จะเป็นไปตามกฎหมายถึงความต้องการของกองทัพที่จะทำการโต้ตอบอย่างมีประสิทธิภาพตามวิถีทางและวิธีการในการสู้รบที่กระทำโดย

พลเรือน และนอกจากนี้ยังกล่าวว่า การเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นมีความหมายเป็นนัยที่หมายถึง ความสัมพันธ์ปกติโดยตรงระหว่างการกระทำที่เกี่ยวข้องถึงและภัยอันตรายที่กระทำขึ้นต่อฝ่ายศัตรู เวลาและสถานที่ที่ได้ปฏิบัติการเช่นนั้น ซึ่งก็หมายความว่าพฤติกรรมกระทำของพลเรือนในการเข้าร่วมโดยตรงนั้นจะต้องประกอบไปด้วยการคุกคามโดยตรงและการคุกคามทางทหารทันทีทันใดต่อฝ่ายศัตรู

แต่ถึงอย่างไรในทางปฏิบัติของรัฐยังเป็นข้อท้าทายในการที่จะขยายความออกไปในส่วนที่ว่า การเข้าร่วมโดยตรงนั้นไม่เพียงแต่จะหมายถึงการกระทำที่ส่งผลถึงความรุนแรงแต่ให้รวมไปถึงการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประชาชน สิ่งปลูกสร้าง และวัตถุต่างๆด้วย อีกทั้งการพิจารณาถึงการเข้าร่วมโดยตรงนั้นขึ้นอยู่กับความพอใจในการเพิ่มคุณค่า (the appreciation of the added value) ที่ได้นำไปสู่ผลสำเร็จของสงครามจากการกระทำของพลเรือนเทียบกับการกระทำทางทหารอย่างเดียว อย่างไรก็ตาม Commentary on Additional Protocol 1 ในข้อ 51 ได้ระบุว่า อันที่จริงการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะแค่การโจมตีเท่านั้น แต่ให้หมายรวมถึงการเตรียมพร้อมโจมตีหรือถูกโจมตีด้วย²²

ดังนั้นจากที่กล่าวมาข้างต้นสรุปได้ว่า เนื่องด้วยเหตุที่ไม่ได้มีการให้คำนิยามของ “การมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ” ไว้และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1 ใช้แต่คำว่า “มีส่วนร่วมโดยตรง” (direct part) ดังนั้นหากการกระทำใดนั้นจะทำให้เด็กต้องเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงแล้ว การกระทำนั้นจะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ

ในส่วนของผู้เขียนซึ่งจากการพิจารณาหลักการหลักการเคปทาวน์ (Cape Town Principles)²³ หลักการของ Radda barnen²⁴ หลักการของ การ์ชา มิเชล (Graça Michel)^{25 26} และ

²² Rebecca M. M . Wallace, *supra* note 17.

²³ อ่านรายละเอียดเพิ่มเติม UNICEF, Cape Town Principle: Adopted at the Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa , 27-30 April 1997 Cape Town, South Africa.

²⁴ อ่านรายละเอียดเพิ่มเติม Rachel Brett and Margaret Mccallin, Children: The Invisible Soldiers, 2nd Edition, (Sweden: Radda Barnen, Save the Children Sweden,1998), p.15.

หลักการที่เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในข้อที่ 44 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ทำให้สรุปได้ว่า การเกณฑ์เด็กเข้าร่วมหรือมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้น หมายถึง การที่เด็กทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ได้เข้าไปเป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐโดยการถูกบังคับ การใช้กำลัง หรือโดยความสมัครใจ หรือถูกใช้ในการสู้รบ ทั้งในเวลาปกติที่บ้านเมืองสงบสุขหรือไม่ปกติก็ตาม ซึ่งมีหน้าที่ในหน่วยต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นแบบประจำการหรือในลักษณะอื่นๆ โดยจับอาวุธ และมีส่วนร่วมโดยตรงในการรบ หรือกล่าวสั้นๆ ได้ว่าการที่เด็กจับอาวุธและเข้าต่อสู้ ถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเข้าร่วมโดยตรงนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองโดยระบุถึงแต่การเข้าร่วมโดยตรงนั้นเป็นการดี แต่ทั้งนี้หากมีการให้คำนิยามหรือคำจำกัดความเอาไว้ด้วยก็จะทำให้ลดปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้

- การมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม (Indirect participation in hostilities)

การมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม คือการกระทำใดๆ ก็ตามที่เด็กจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมนั้นจะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมในการสู้รบทั้งในกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ

อย่างไรก็ดี จากการที่คำว่า “การมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม” นั้นใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างกับการเข้าร่วมโดยตรง และในทางปฏิบัติจะมีทั้งเข้าร่วมโดยตรงและเข้าร่วมโดยทางอ้อมซึ่งเป็นการยากที่จะแยกได้ว่าลักษณะการกระทำแบบใดที่ถือว่าการมีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ดังนั้นควรมีการให้คำจำกัดความว่าลักษณะอย่างใดจะถือว่าการมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม และหากการกระทำใดนั้นจะทำให้เด็กต้องเข้าไปมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมแล้วการกระทำนั้นจะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมในการสู้รบ

²⁵ Graça Michel, *The Impact of War on Children* , (London : C : Hurst & Co.(Publisher) Ltd. , 2001) , p.7.

²⁶ United Nation, Briefing Papers: Child Soldiers, p.2. [Online] Available from: <http://www.un.org/cyberschoolbus/briefing/soldiers/csprogress.htm> [2005,November]

สำหรับผู้เขียนเห็นว่าจากการพิจารณาหลักการหลักการเคปทาวน์ (Cape Town Principles)²⁷ หลักการของ Radda barnen²⁸ หลักการของ การ์ชา มิเชล (Graça Michel)^{29 30} และหลักการที่เป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทำให้สรุปได้ว่าการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมหรือมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมในการสู้รบนั้น หมายถึงการที่เด็กทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิงที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ได้เข้าไปเป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ ไม่ว่าจะโดยการถูกบังคับ การใช้กำลัง โดยใจสมัคร หรือถูกใช้ในการสู้รบ ทั้งในเวลาปกติที่บ้านเมืองสงบสุขหรือไม่ปกติก็ตาม ซึ่งมีหน้าที่ในหน่วยต่างๆ ไม่ว่าจะจะเป็นแบบประจำการ หรือในลักษณะอื่นๆ โดยมีหน้าที่ต่างๆ ซึ่งให้รวมถึงพ่อครัว ผู้ใช้แรงงานเป็นคนขนของแบกหาม คนสื่อสารหรือเดินเอกสาร ตลอดจนเด็กหญิงที่ถูกเกณฑ์เข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์การกระทำทางเพศ หรือเพื่อการบังคับให้แต่งงานเพื่อมีลูกด้วยหรือกล่าวสั้นๆ ทหารเด็กจึงไม่ได้หมายความถึงแต่เด็กที่จับอาวุธและเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกลุ่มที่รับใช้กองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ โดยการให้ความสนับสนุนทุกอย่างด้วย แต่อย่างไรก็ตามการเข้าร่วมโดยทางอ้อมก็เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าเฉพาะการคุ้มครองที่กฎหมายระบุถึงแต่การมีส่วนร่วมโดยตรงนั้นยังไม่สามารถแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการรบได้ จึงควรที่จะระบุถึงการมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมไว้ด้วยอย่างชัดเจน ตลอดจนระบุถึงลักษณะที่ถือเป็นการเข้าร่วมโดยทางอ้อมไว้ด้วยเช่นกัน

(3) การแยกความแตกต่างระหว่างเด็กกับพลรบ

ฝ่ายที่ทำการสู้รบต้องแบ่งแยกระหว่างเด็ก และพลรบทุกขณะ เด็กคือบุคคลที่ไม่ใช่สมาชิกในกองทัพ การโจมตีจะกระทำได้เฉพาะต่อพลรบเท่านั้น การกระทำหรือการคุกคามต่อเด็กที่ถือเป็นพลเรือนเป็นสิ่งที่ต้องห้าม

การให้ความหมายของคำว่า "พลรบ" มีเกณฑ์บัญญัติไว้ในข้อ 43 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ซึ่งอ้างถึงสมาชิกของกองกำลังทางทหาร ส่วนของ

²⁷ อ่านรายละเอียดเพิ่มเติม UNICEF, *supra note 23*.

²⁸ อ่านรายละเอียดเพิ่มเติม Rachel Brett and Margaret Mccallin, *supra note 24*, p.15.

²⁹ Graça Michel, *supra note 25*, p.7.

³⁰ United Nation, *supra note 26*. p.2.

กำลังทางทหารนั้นต้องมีการจัดตั้งเป็นองค์กรกล่าวคือมีโครงสร้าง มีการแบ่งหน่วยงาน มีอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบ และต้องมีการบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ ซึ่งทำให้รวมถึงกองกำลังของฝ่ายต่อต้านซึ่งสู้รบกับศัตรูผู้ยึดครองดินแดนด้วย และกองกำลังจะต้องอยู่ภายใต้ระบบวินัยภายใน และที่สำคัญคือกองกำลังนี้จะต้องเป็นของฝ่ายหนึ่งในการขัดกันทางอาวุธ และสมาชิกของกองทัพจะได้รับสถานะของพลรบเมื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขขั้นต่ำ 2 ประการตามข้อ 44 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 กล่าวคือประการแรก ต้องเคารพกฎหมายระหว่างประเทศภาคสงคราม แม้จะกระทำการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่สูญเสียสถานะพลรบไป เพียงแต่ต้องรับผิดชอบต่อตามกฎหมาย ส่วนประการที่สอง เป็นหน้าที่เคารพกฎเกณฑ์ในเรื่องการแบ่งแยกตนเองออกจากประชาชนพลเรือน เพื่อให้การคุ้มครองพลเรือนอย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อดำเนินการสู้รบอย่างซื่อสัตย์ ทั้งนี้โดยใช้วิธีการแต่งเครื่องแบบและติดเครื่องหมายที่สามารถสังเกตเห็นได้แต่ไกล และการติดอาวุธอย่างเปิดเผย ตามข้อ 44 วรรค 3 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ได้กล่าวว่า “...พลรบนั้นจะมีสภาพเป็นพลรบ...หากถืออาวุธโดยเปิดเผย...” ดังนั้นสรุปได้ว่า พลรบตามกฎหมายได้แก่สมาชิกของกองกำลังติดอาวุธ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าเป็นกองกำลังของรัฐบาลหรือไม่

จะเห็นได้ว่า การที่พลรบแตกต่างจากพลเรือน คือการที่พลรบติดอาวุธโดยเปิดเผยกรณีของเด็กก็เช่นเดียวกัน หากเด็กที่เข้าร่วมในการสู้รบและมีการจับอาวุธโดยเปิดเผยเท่ากับว่าเด็กเหล่านั้นได้รับสถานะพลรบคือกลายเป็นทหารเด็กในทันที ซึ่งย่อมตกเป็นเป้าแห่งการโจมตีได้ทุกเมื่อ แต่ในทางปฏิบัติในหลายที่ที่เกิดการขัดกันทางอาวุธแม้เด็กจะไม่ได้จับอาวุธหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสู้รบโดยตรง แต่เด็กเหล่านี้กลับตกเป็นเป้าแห่งการโจมตีอย่างไม่มีที่สิ้นสุด ดังนั้นการแยกความแตกต่างระหว่างเด็กกับพลรบจึงเป็นสิ่งสำคัญที่อาจเป็นการแก้ปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กในภาวะสงครามให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

(4) การให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่เด็กที่ได้รับผลกระทบจากการสู้รบ

มาตรการในข้อนี้เป็นที่ยืนยันถึงหลักการพื้นฐานของการให้ความคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม คือเด็กที่อยู่ในภาวะการขัดกันทางอาวุธเด็กจะต้องได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษและควรจะมีกฎหมายพิเศษขึ้นมาคุ้มครองทหารเด็กโดยตรง แต่ในปัจจุบันเนื่องจากไม่มีกฎหมายที่ใช้คุ้มครองทหารเด็ก จึงต้องใช้กฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้ คือเด็กต้องไม่ถูกคุกคามหรือล่วงละเมิดทางเพศ เด็กผู้ปราศจากเสรีภาพจะได้รับการแยกคุมขังต่างหากจากที่คุมขังผู้ใหญ่ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษา อาหารและสุขอนามัยที่ดี อีกทั้งเด็กมีสิทธิที่จะอยู่กับครอบครัว

พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (1) กล่าวถึงกรณีของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองจากการโจมตี คือเด็กต้องไม่ตกเป็นเป้าแห่งการโจมตี ต้องไม่ถูกคุกคามหรือล่วงละเมิด

สำหรับเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ซึ่งกำพร้าหรือถูกแยกจากครอบครัวในสภาวะการณ์ที่มีการขัดกันทางอาวุธ รัฐภาคีของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ต้องได้รับความคุ้มครองให้ปลอดภัยและถูกอพยพไปในที่ที่เหมาะสม และเด็กจะต้องได้อยู่กับบิดามารดาหรือบุคคลในครอบครัว อีกทั้งต้องจัดหาปัจจัยที่จำเป็นต่อการดำรงชีพตลอดจนปัจจัยด้านการศึกษาและศาสนา โดยควรให้ได้รับการศึกษาเท่าที่ทำได้จากบุคคลที่มีวัฒนธรรมเดียวกัน ในดินแดนของรัฐเป็นกลางที่ปลอดภัยในระหว่างที่เกิดสงคราม

มาตรการในการให้ความคุ้มครองเด็กในภาวะสงครามที่เป็นเรื่องสำคัญที่สุด คือเรื่องการเกณฑ์และการใช้ทหารเด็ก ซึ่งเด็กอาจเข้าร่วมในกองกำลังของรัฐคู่สงคราม ประเด็นสำคัญคืออายุขั้นต่ำของการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในกองทัพ ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) บังคับให้ฝ่ายต่างๆในสงครามมิให้เกณฑ์เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในกองกำลัง และยังคงใช้มาตรการเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กเหล่านั้นจะไม่เข้าร่วมโดยตรงในการต่อสู้ตามที่ได้อธิบายแล้วข้างต้น

ในภาวะของการขัดกันทางอาวุธ เด็กจะต้องได้รับการดูแลรักษาในฐานะที่เป็นพลเรือนที่อาจได้รับผลกระทบจากการขัดกันทางกำลังทหาร เด็กเป็นบุคคลกลุ่มหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าควรจะต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรมว่าเป็นบุคคลที่ไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้อย่างสมบูรณ์ อันเนื่องมาจากสาเหตุทางกายภาพ ด้วยความอ่อนแอของร่างกายหรือสถานะที่ไม่ใช่ผู้ร่วมปฏิบัติการในสงครามซึ่งมีอาวุธในการป้องกันตัว ทำให้เด็กไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้นเด็กจึงได้รับความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้นเป็นพิเศษโดยมีบทบัญญัติในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 เป็นมาตรการสำคัญในการคุ้มครองเด็กในภาวะสงคราม

3.2 มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยา และการลงโทษต่อผู้ที่ละเมิดสิทธิเด็กในภาวะสงคราม

อนุสัญญาเจนีวา 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา 1977 มีบทบัญญัติที่เป็นมาตรการในการช่วยเหลือ เยียวยาแก่เด็กที่ถูกละเมิด พร้อมทั้งลงโทษแก่ผู้ที่ละเมิดสิทธิเด็ก

(1) การช่วยเหลือ เยียวยา

ภายใต้กรอบอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 รัฐภาคีจะต้องร่วมมือกันในการปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าว และรัฐจะต้องร่วมมือกันในการป้องกันกิจกรรมใดๆก็ตามที่ขัดต่ออนุสัญญาฉบับนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐภาคีจะดำเนินการมาตรการทั้งปวงที่สามารถจะกระทำได้เพื่อประกันว่า บุคคลภายใต้เขตอำนาจของรัฐตนเองซึ่งได้รับการคัดเลือกหรือถูกใช้ให้เข้าร่วมในการสู้รบที่ขัดกับอนุสัญญาฉบับนี้นั้น จะได้รับการเยียวยาช่วยเหลือทั้งปวงที่เหมาะสมแก่บุคคลเช่นนั้นสำหรับการฟื้นฟูทางร่างกายและจิตใจ ยกตัวอย่าง การช่วยเหลือเด็กจากที่ถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารเด็กนั้น เช่น³¹ ในประเทศซูดานใต้ในรัฐ Upper Nile ทหารเด็กจำนวนประมาณ 250 คนถูกปลดประจำการหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาสันติภาพ เมื่อเดือนมกราคม 2005 หรืออีกตัวอย่างคือ ประเทศอัฟกานิสถาน เป็นประเทศหนึ่งที่ประสบความสำเร็จในเรื่องการช่วยเหลือทหารเด็ก โดยองค์การยูนิเซฟ โดยเฉพาะเรื่องการช่วยเหลือเด็กที่ถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหาร อย่างไรก็ตาม รัฐจะต้องร่วมมือกันทำหน้าที่สำคัญในการช่วยเหลือ เยียวยาให้เด็กที่ถูกละเมิดสิทธิให้กลับมาได้รับการเคารพสิทธิและได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน และหลักมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

(2) การส่งกลับคืนสู่ครอบครัวของเด็กที่ถูกเกณฑ์มาเป็นทหาร

เมื่อสถานการณ์ความขัดแย้งสิ้นสุดลง รัฐจะมีทหารเด็กเหลืออยู่เป็นจำนวนมากซึ่งพวกเขายังคงมีความต้องการทั้งทางร่างกายและจิตใจ เด็กเหล่านี้ต้องการที่จะใช้ชีวิตปกติเหมือนเด็กทั่วไป การทำให้พวกเขาคืนสู่สภาพปกติโดยการกลับสู่ครอบครัว และกลับเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของสังคมอีกครั้ง ความต้องการที่จะทำให้ทหารเด็กกลับเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของสังคมและการกลับคืนสู่สภาพปกติของเด็กได้รับการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ

การส่งกลับคืนสู่ครอบครัวของบรรดาทหารเด็กนั้น ตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 รัฐภาคีจะร่วมมือกันในการส่งทหารเด็กที่ตกเป็นเหยื่อจากการถูกเกณฑ์หรือถูกใช้ให้เข้าร่วมในการสู้รบกลับคืนสู่สังคมของทหารเด็กเหล่านั้นรวมทั้งโดยผ่านความร่วมมือด้านวิชาการและความช่วยเหลือทางการเงิน ซึ่งการดำเนินการนั้นจะกระทำได้ก็โดยการหารือกับรัฐภาคีทั้งหลายที่มีส่วนเกี่ยวข้องและองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องโดยผ่านโครงการที่มีอยู่ในระดับพหุภาคี ทวิภาคี หรือโครงการอื่นๆ หรือนอกเหนือจากสิ่ง

³¹ Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, "Sudan: 250 Children Demobilized." Child Soldiers Newsletter, 15 (January 2007), p.5.

อื่นโดยผ่านกองทุนบริจาคโดยสมัครใจที่จัดตั้งขึ้น ตัวอย่างเช่น ในประเทศศรีลังกา จากสถานการณ์ที่รุนแรงได้ถูกแก้ไขทำให้ดีขึ้น เด็กที่ถูกเกณฑ์เข้าเป็นทหารมีจำนวนลดลงเมื่อองค์การยูนิเซฟได้เข้าไปให้ความช่วยเหลือ ส่งทหารเด็กเหล่านี้กลับสู่ครอบครัว ทั้งที่ก่อนหน้านี้มีเด็กเป็นจำนวนมากถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบและไม่ได้รับการดูแลช่วยเหลือ



ภาพที่ 5 เด็กถูกส่งตัวกลับสู่ครอบครัว

(3) ลงโทษผู้ละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

การละเมิดสิทธิเด็กในภาวะสงคราม การกระทำละเมิดต่ออนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 คือการกระทำละเมิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งพิจารณาจากความร้ายแรงหรือความรุนแรงของการกระทำ ความผิด ผู้ที่กระทำการละเมิดจะต้องถูกลงโทษ

เนื่องจากอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ไม่ได้กล่าวถึงการดำเนินการลงโทษต่อผู้ที่ละเมิดอนุสัญญาดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของทั้งกองทัพของรัฐเป็นผู้ละเมิด หรือปัจเจกชนเป็นผู้ละเมิดก็ตาม ในส่วนของเนื้อหากล่าวแต่เพียงว่า หากกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐละเมิดสิทธิของเด็กถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาเท่านั้น ซึ่งในเรื่องการกระทำผิดของปัจเจกชนจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

สำหรับกรณีผู้ที่ละเมิดสิทธิเด็กเป็นรัฐ โดยที่รัฐละเมิดอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 คือการที่รัฐละเมิดไม่ปฏิบัติตามอนุสัญญาเพราะ

อาศัยช่องโหว่ของกฎหมายใช้ทหารเด็กเสียเอง กรณีที่รัฐทำการละเมิดเกิดขึ้นจะต้องรับผิด ดังนั้น ความรับผิดของรัฐ (State Responsibility) เป็นไปตาม ILC Principle 2001 มีองค์ประกอบดังนี้

- ก) เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- ข) มีการกล่าวโทษต่อรัฐผู้กระทำความผิดได้
- ค) ต้องมีความผูกพันที่เพียงพอต่อรัฐ
- ง) กรณีที่รัฐไม่ใช้ความระมัดระวังเพียงพอ
- จ) ความรับผิดของรัฐอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ตนต้องรับผิดชอบ
 - การกระทำที่เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด
 - การกระทำที่ตนเองไม่ได้ทำเองแต่ต้องรับผิดแทนทหาร
- ฉ) กรณีที่มีการโจมตีที่มีได้แบ่งแยกก็ทำให้รัฐต้องรับผิดได้

ทั้งนี้ผลที่เกิดจากการรับผิดนั้น รัฐที่ละเมิดต้องชดเชยความเสียหายซึ่งต้องทำทุกสิ่งให้กลับคืนสู่สภาวะเดิม แต่หากชดเชยไม่ได้ก็ต้องใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม มาตรการลงโทษกรณีผู้ละเมิดเป็นรัฐ คือ

1 การประณาม โดยการกล่าวถึงการกระทำอันไม่สมควรของรัฐในกรณีที่รัฐนั้นๆ ละเมิดสิทธิเด็กโดยการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหาร หรือใช้เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบ เพื่อให้รัฐที่ละเมิดสิทธิเด็กเกิดความอับอายต่อสังคมโลกและสำนึกได้ ถือเป็นมาตรการลงโทษอย่างหนึ่งที่จะทำให้รัฐหยุดพิจารณาและเลิกใช้ทหารเด็กได้ เช่น กรณีของประเทศไลบีเรียที่มีการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก³²

2 การตัดความสัมพันธ์ทางการทูต เป็นวิธีการบังคับทางอ้อมโดยแสดงให้เห็นว่าไม่พอใจในการกระทำของรัฐ หากมีการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารหรือเข้ามีส่วนร่วมในการสู้รบ

3 การลงโทษทางเศรษฐกิจ คือการตัดการให้ความช่วยเหลือใดๆ ในทางด้านเศรษฐกิจ

ที่ผ่านมามีตัวอย่างคดีที่ผู้เสียหายจากการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศทำการฟ้องคดีต่อกัน เช่น กรณีข้อพิพาททางทหารในยูโกสลาเวียเดิม เกิดการฟ้องร้อง

³² International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law Volume II Practice Part 2, (Cambridge: The Press Syndicate of the University of Cambridge), p.3118.

ระหว่างรัฐที่แยกตัวออกจากกันกล่าวคือ บอสเนีย เฮอร์เซโกวีน่ากับสหพันธ์สาธารณรัฐยูโกสลาเวียซึ่งประกอบไปด้วยมลรัฐเช่นเซอร์เบียและมอนเตนีโกร³³ เรื่องการละเมิดหลักการห้ามการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ โดยกระบวนการเรียกร้องความรับผิดชอบของรัฐในลักษณะนี้อาจดำเนินการไปพร้อมกับการเรียกร้องความรับผิดชอบปัจเจกชนที่เป็นผู้ดำเนินการละเมิดเพื่อลงโทษบุคคลเหล่านี้ซึ่งจะได้ศึกษาในบทต่อไป

³³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์ , กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ, น. 264-265.

ตารางที่ 1 แสดงรายชื่อภาคีของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทหารเด็ก
 Status of Ratification of Key International Treaties in the East Asia and Pacific Region

Country	2000 Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflicts	1998 Rome Statute on an International Criminal Court	1999 ILO Convention No. 182 on the Worst Forms of Child Labour	Attendees of the Asia and the Pacific Regional Conference on Child Soldiers
Cambodia	Signed 27 June 2000	Ratified 11 April 2002		Attended
China	Signed 15 March 2001			Attended
DPRK				Attended
East Timor				
Indonesia	Signed 24 September 2001		Ratified 28 March 2000	Attended
Lao PDR				
Malaysia			Ratified 10 November 2000	
Mongolia	Signed 12 November 2001	Ratified 11 April 2002	Ratified 26 February 2001	
Myanmar				
Pacific Islands Countries*				
Fiji		Ratified 29 November 1999	Ratified 17 April 2002	
Marshall Islands			Ratified 7 December 2000	

Nauru	Signed 8 September 2000	Ratified 12 November 2001		
Samoa		Signed 17 July 1998		
Solomon Islands			Signed 3 December 1998	
PNG			Ratified 2 June 2000	
Philippines	Ratified 12 April 2002	Signed 28 December 2000	Ratified 28 November 2000	Attended
Thailand		Signed 2 October 2000	Ratified 16 February 2001	Attended
Viet Nam	Ratified 20 December 2001		Ratified 19 December 2000	
TOTAL	2 State ratified, 5 States signed	5 States ratified, 4 States signed	9 States ratified, 1 State signed	1 State ratified, 4 States signed

Several PIC countries have not ratified any of the above instruments and are not listed here, including: Cook Islands, Kiribati, Micronesia, Niue, Palau, Tokelau, Tonga Tuvalu and Vanuatu. Note that this chart only includes UNICEF-assisted countries in the region. The Philippine ratification of the 2000 optional protocol is pending the submission of the mandatory binding declaration.

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการบังคับใช้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 จะเห็นได้ว่ายังมีปัญหาในเรื่องของการบังคับใช้ที่ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการมาตรการทางกฎหมายหรือการใช้มาตรฐานที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างรัฐ และความตั้งใจในการกำหนดอายุขั้นต่ำในการเกณฑ์เด็กเป็นทหารของรัฐ แม้ว่าในปัจจุบันจะมีกฎหมายออกมาเพื่อแก้ปัญหาในการคุ้มครองสิทธิเด็กหลายฉบับก็ตาม แต่ปัญหาการใช้ทหารเด็กก็ยังมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ยกตัวอย่างได้เช่น ประเทศพม่า นับได้ว่าเป็นประเทศที่มีอัตราการใช้แรงงานทหารเด็กมากที่สุดในโลก³⁴ มีการเกณฑ์เด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าเป็นทหารทั้งเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงและทางอ้อม หลังจากที่ยุทธการแรงงานระหว่างประเทศได้เข้าไปให้ความช่วยเหลือได้พบทหารเด็กที่มีอายุประมาณ 10 ปีรวมอยู่ด้วยเช่นกัน จากรายงานจะเห็นได้ว่า ทหารเด็กในพม่า นั้น ถูกละเมิดสิทธิและถูกกระทำอย่างไร้มนุษยธรรม สำหรับการเข้าไปให้ความช่วยเหลือในพม่า นั้นค่อนข้างทำได้ยาก เพราะพม่าเป็นประเทศปิด อีกทั้งรัฐบาลพม่าไม่ให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศที่เข้าไปดูแลในเรื่องนี้มากนัก แต่ถึงอย่างไรมาตรการบังคับของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ในการให้ความคุ้มครองทหารเด็กก็ยังคงเป็นกลไกในการคุ้มครองดูแลทหารเด็กที่ดีที่สุดประการหนึ่ง

³⁴ Jessuit Refugee Service Asia Pacific (JRS), "Child Soldiers; The Problem in Asia," News from the Jessuit Refugee Service Asia Pacific (JRS), 53 July 2000. pp.2-4.