

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักการทั่วไปของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก
ค.ศ.1989

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the Best Interests of the Child Principle) เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ โดยเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก ซึ่งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กปรากฏขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว โดยคำพิพากษาของศาลกฎหมายลักษณะครอบครัวและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลี้ยงดูเด็กในระบบกฎหมาย common law ต่อมาเมื่อมีการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1959 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอให้มีการคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยให้มีการบัญญัติไว้ในปฏิญญาด้วย และเมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ก็ได้มีการบัญญัติหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในหลายมาตราได้แก่ มาตรา 3(1),9,18(1),20,21,37(c), และมาตรา 40(2)(b)(iii) โดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ถือว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญาที่เป็นเครื่องมือในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้ในทุก ๆ กรณี

2.1 หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989

เด็กถือว่าเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีค่าต่อมวลมนุษยชาติ เนื่องจากเด็กต้องเติบโตเป็นผู้ใหญ่และเป็นกำลังสำคัญต่อไปในการพัฒนาประเทศ จึงควรได้รับความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐานและความคุ้มครองจากการเอารัดเอาเปรียบจากบุคคลในสังคม ซึ่งจากการเห็นความสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กของประชาคมโลกนี้เอง ทำให้เกิดแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กขึ้น และมีการจัดทำกฎหมายและตราสารระหว่างประเทศ (International Instrument) หลายฉบับที่ให้การรับรองสิทธิของเด็ก เช่น ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ.1924 (Declaration of Geneva 1924), ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1948 (Declaration of the Rights of the Child 1948), ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1959 (United Nation Declaration of the Rights of the Child 1959) และ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (Convention on the Rights of the Child 1989) เป็นต้น ในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ค.ศ. 1989 เนื่องจากอนุสัญญาฯ ดังกล่าวเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเด็กในหลาย ๆ ด้าน เช่น สิทธิขั้นพื้นฐาน และสิทธิในครอบครัว เป็นต้น อีกทั้งอนุสัญญาดังกล่าวยังสามารถที่จะนำไปให้ความคุ้มครองแก่เด็กทุกคนที่มีความแตกต่างในเชื้อชาติ วัฒนธรรม ประเพณี และศาสนาได้

2.1.1 สถานะทางกฎหมายของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ถือว่ามีความสำคัญต่อการให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กในปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง โดยถือว่าเป็นอนุสัญญาที่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิแก่เด็กฉบับแรกที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่รัฐภาคีมีพันธะต้องปฏิบัติตาม เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กอันเป็นพลเมืองของตน ซึ่งในการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ได้มีการนำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญและมีความจำเป็นต่อการให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยเฉพาะหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาบัญญัติไว้ นอกจากนี้ยัง มีการนำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่นำมาใช้ในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเด็กด้วย

2.1.1.1 วิวัฒนาการของแนวคิดการจัดทำตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเด็ก การพัฒนามากฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเด็ก ได้เริ่มมีมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 โดยได้มีการพัฒนาไปพร้อม ๆ กับการพัฒนาของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ¹ โดยตราสารระหว่างประเทศที่เป็นเครื่องมือของสิทธิมนุษยชนที่ให้การคุ้มครองสิทธิเด็กสามารถจำแนกได้ตามวิวัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศได้ดังนี้

1) ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 (The Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924) ถือว่าเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เป็นเครื่องมือของสิทธิมนุษยชนฉบับแรกที่ให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยการร่างปฏิญญานี้ได้รับการสนับสนุนจาก

¹ Rebecca Rios-Kohn, “The Convention on the Rights of the Child : Progress and Challenges”, Georgetown Journal on Fighting Poverty, (Summer, 1998). (Lexis March 2006).

สหภาพกองทุนช่วยเหลือเด็กระหว่างประเทศ (Save the Children Fund International Union)² ซึ่งได้รับการยอมรับจากองค์กรของรัฐบาลประเทศต่าง ๆ และสันนิบาตชาติ (the Assembly of the League of Nations) ได้ลงมติรับรองปฏิญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1924⁴ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของปฏิญญานี้ ในส่วนของอารัมภบทได้กำหนดว่า “มนุษยชาติเป็นหนี้สิ่งที่ดีที่สุดที่จะพึงต้องมอบให้แก่เด็ก” (mankind owes to the child the best)⁵ อีกทั้งยังกำหนดหน้าที่ในการปฏิบัติต่อเด็กเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กตามปฏิญญาดังฉบับนี้ให้เป็นหน้าที่ของทั้งชายและหญิงไม่ว่าจะเป็นชาติใดก็ตาม (men and women of all nation)⁶ โดยมีได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด ซึ่งในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กตามปฏิญญาดังฉบับนี้ได้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ 5 ประการ⁷ กล่าวคือ

- (1) เด็กจะต้องได้รับการพัฒนาตามสภาวะปรกติทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ
- (2) เด็กจะต้องได้รับอาหาร เด็กที่ป่วยจะต้องได้รับการรักษาพยาบาล เด็กที่ด้อยโอกาสจะต้องได้รับความช่วยเหลือ เด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายจะต้องได้รับการปรับปรุง และเด็กทารกและเด็กที่ถูกทอดทิ้งจะต้องได้รับความคุ้มครองและการสงเคราะห์
- (3) เด็กจะต้องเป็นกลุ่มแรกที่ได้รับการช่วยเหลืออย่างทันท่วงทีในภาวะยากลำบาก
- (4) เด็กจะต้องอยู่ในฐานะที่สมควรที่จะดำรงชีวิตอยู่ และต้องได้รับการปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในทุกรูปแบบ
- (5) เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

² อิงอร จินตนาเลิศ, “กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.15.

³ Van Bueren, Geraldine, The International Law on the Rights of the Child (International Studies in Human Rights : volume 35), (Netherland : Kluwer Acedemic Publishers. 1994), p.6.

⁴ อิงอร จินตนาเลิศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2 น.15.

⁵ The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924.

⁶ *Ibid.*

⁷ ตูภาคผนวกที่ 1.

เมื่อพิจารณาจากหลักการพื้นฐานทั้ง 5 ประการแล้ว พบว่าเนื้อหาของปฏิญญากล่าวถึงสิทธิของเด็ก แต่ไม่ได้กล่าวถึงความต้องการของเด็กเป็นพิเศษไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ข้อความปฏิญญาดังกล่าวใช้คำว่า “เด็กจะต้องได้รับ ...” ซึ่งเท่ากับว่าเด็กเป็นบุคคลที่ต้องถูกคุ้มครอง (Object) มิใช่บุคคลผู้ทรงสิทธิโดยตัวของเด็กเอง (Subject)⁸ และโดยที่ปฏิญญานี้เป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่จัดทำขึ้นโดยความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิของเด็ก ฉะนั้นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นจึงมีขอบเขตที่จำกัด อีกทั้งยังไม่มีการกล่าวถึงภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 ก็ถือว่าเป็นก้าวแรกที่มีความสำคัญต่อการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเด็ก

2) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1948 (the Declaration of the Rights of the Child 1948) ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น โดยปลายปี ค.ศ.1940 องค์การสหประชาชาติได้มีการนำเอาปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 ขึ้นมาพิจารณาใหม่และได้มีการยกร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น⁹ ซึ่งร่างปฏิญญาดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์จากที่ประชุมทั่วไปขององค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1948¹⁰ หลักการและเนื้อหาส่วนใหญ่ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 ไว้ และมีการเพิ่มเติมเนื้อหาบางส่วนเท่านั้น โดยในปฏิญญาดังกล่าวได้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ 7 ประการ¹¹ ได้แก่

- (1) เด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สัญชาติ หรือ ฐานะทางศาสนา
- (2) เด็กจะต้องได้รับความดูแลเอาใจใส่ที่เหมาะสมจากครอบครัว
- (3) เด็กจะต้องได้รับวิธีการที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาตามปกติ ทางกาย ศิลปกรรม และศาสนา

⁸ อิงอร จินตนาเลิศ, เฟิงอ้าง, น.15, อ้างใน, Malfrid Grude Flekkoy, A Voice for the Children : Speaking Out as Their Ombudsman, (London : Jessica Kingley Publishers, 1991), p. 213.

⁹ Rebeca Rios – Kohn, *supra note 1*.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ the Declaration of the Rights of the Child 1948. ดูภาคผนวก ข.

(4) เด็กที่หิวโหยจะต้องได้รับอาหาร เด็กที่ป่วยจะต้องได้รับการรักษาพยาบาล เด็กที่มีความบกพร่องทางกายหรือจิตใจจะต้องได้รับความช่วยเหลือ เด็กที่ปรับตัวต่อสภาพแวดล้อมไม่ได้จะต้องได้รับการศึกษาใหม่ เด็กกำพร้าและเด็กที่ถูกทอดทิ้งต้องได้รับที่พำนักและการช่วยเหลือ

(5) เด็กจะต้องเป็นกลุ่มแรกที่ได้รับการช่วยเหลืออย่างทันท่วงทีในภาวะยากลำบาก

(6) เด็กจะต้องได้รับการความช่วยเหลืออย่างเต็มที่จากโครงการของรัฐ สวัสดิการสังคมและความช่วยเหลือจากรัฐ เด็กจะต้องได้รับการฝึกฝนที่จะสามารถกระทำได้ตามเวลาที่เหมาะสมแก่การดำรงชีวิต และต้องได้รับการปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ

(7) เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของปฏิญญานี้แล้ว จะพบว่าแม้จะได้มีการปรับปรุงและเพิ่มเติมเนื้อหาของปฏิญญา ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กเพิ่มเติมจากปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 ก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมพิจารณาแล้วเห็นว่าเนื้อหาและหลักการของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค .ศ.1948 นั้นยังมีได้ให้ความสำคัญต่อความต้องการของเด็กอย่างเพียงพอ แต่ก็นับได้ว่าเป็นพัฒนาการอีกขั้นหนึ่งของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าประชาคมโลกเล็งเห็นถึงความสำคัญและเอาใจใส่ในเรื่องสิทธิเด็กของเด็กอย่างต่อเนื่อง

3) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1959 (the 1959 Declaration of the Rights of the Child 1959) ปฏิญญานี้เริ่มมีการร่างตั้งแต่ ปี ค .ศ.1949 โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ ซึ่งในการร่างปฏิญญาดังกล่าวนี้นี้ประเทศต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างในเรื่องของวัฒนธรรมและการพัฒนาในเรื่องของเศรษฐกิจก็ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการร่างปฏิญญานี้¹² โดยเลขาธิการสหประชาชาติยอมรับเอาความคิดเห็นของรัฐบาลจาก 21 ประเทศ¹³ อันประกอบด้วย ประเทศพม่า ประเทศโคลัมเบีย ประเทศเซเชลล์ ประเทศฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐโดมินิกัน ประเทศอินเดีย ประเทศอิรัก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฟิลิปปินส์ สหรัฐอเมริกา ประเทศเวเนซุเอลา ประเทศเบลเยียม ประเทศแคนาดา ประเทศเดนมาร์ก ประเทศ

¹² Jonathan Todres, “Emerging Limitations on the Rights of the Child: The U.N. Convention on the Rights of the Child and Its Early Case Law,” Columbia Human Rights Law Review, 30, 159, (Fall 1998) (Lexis November 2006).

¹³ *Ibid.*

เอกวาดอร์ ประเทศอียิปต์ ประเทศเม็กซิโก ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศปานามา ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศสวีเดน และสหราชอาณาจักร ซึ่ง จากการร่วมมือของรัฐบาลประเทศต่าง ๆ นี้แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นไม่ได้มาจากแนวความคิดของประเทศตะวันตกแต่เพียงฝ่ายเดียว

บทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค .ศ.1959 นี้ประกอบด้วย 2 ส่วนหลักคือ ส่วนแรกเป็นส่วนอารัมภบทที่ดักกล่าวรับรองสิทธิของเด็กทั้งก่อนและหลังกำเนิด และส่วนที่สองเป็นส่วนของบทบัญญัติอันประกอบด้วยหลักการที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเด็กทั้งสิ้น 10 ประการ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักสิทธิมนุษยชนที่มีความสำคัญที่นำมาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค .ศ. 1948¹⁴ จะเห็นได้จากการที่ปฏิญญานี้ได้รับรองสิทธิเด็กให้สามารถมีสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นฉบับแรก¹⁵ ถือได้ว่าเป็นความสำเร็จอีกขั้นหนึ่งของแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเด็กที่จะให้เด็กได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษแตกต่างจากบุคคลกลุ่มอื่น นอกจากนี้ยังได้ปรากฏหลักการที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กอีกสองประการ คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก (Non-discrimination) โดยหลักการดังกล่าวถือว่าเป็นเครื่องมือในการประกอบการพิจารณาการกระทำใด ๆ ของรัฐ ซึ่งนอกจากที่การกระทำของรัฐจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อประชาชนแล้ว ยังต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อเด็กทุกคนด้วย และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะต้องได้รับการพิจารณาว่า มีความสำคัญสูงสุด (the best interests of the child shall be the paramount consideration)¹⁶ ซึ่งหลักการนี้สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เสนอขึ้นในการยกร่างปฏิญญาเพื่อนำมาประกอบการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก

4) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค .ศ.1989 (The U.N. Convention on the Rights of the Child (1989)) ในปลายปี ค.ศ. 1970 รัฐสมาชิกสหประชาชาติซึ่งนำโดยรัฐบาลแห่งประเทศโปแลนด์ได้มีการอภิปรายที่จะให้มีการพิจารณายกร่างตราสารระหว่างประเทศเพื่อ

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ อิงอร จินตนาเลิศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, อ้างใน, Malfrid Grude Flekkoy, A Voice for the Children : Speaking Out as Their Ombudsman, p. 5.

¹⁶ Jonathan Todres, *supra note 12.*

นำมาใช้คุ้มครองสิทธิของเด็ก¹⁷ ทั้งนี้เนื่องมาจากตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กทั้ง 3 ฉบับ ได้แก่ ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ยังคงเป็นเพียงถ้อยแถลง (Statement) หลักการทั่วไปจึงไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย มีสถานะเพียงข้อผูกพันทางศีลธรรมและการเมืองเท่านั้น¹⁸ โดยรัฐสมาชิกดังกล่าวมีความเห็นว่าตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนั้นจะไม่ใช่เป็นเพียงแนวทางในการให้รัฐปฏิบัติตามหลักการแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องมีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลประเทศโปแลนด์ได้จัดทำต้นร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นและได้มีการนำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (the U.N. Commission on Human Rights (UNHCR)) ในสมัยประชุมครั้งที่ 34¹⁹ จากนั้นข้อเสนอดังกล่าวได้ถูกนำเสนอต่อคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (the Economic and Social Council (ECOSOC)) เพื่อพิจารณา โดยรัฐบาลประเทศโปแลนด์ได้มีการร้องขอให้สมัชชา สหประชาชาติพิจารณาร่างอนุสัญญาดังกล่าวเป็นกรณีพิเศษ ทั้งนี้เพื่อให้มีการรับรองในปี ค.ศ. 1979²⁰

ในปี ค.ศ. 1979 ซึ่งถือได้ว่าเป็นปีที่การบังคับใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ครบยี่สิบปี สหประชาชาติจึงเห็นควรประกาศให้ปีดังกล่าวเป็นปีเด็กสากล (the International Year of the Child) และในปลายปีนี้เองสหประชาชาติได้ ลงมติรับร่างอนุสัญญาที่จัดทำโดยรัฐบาลประเทศโปแลนด์มาพิจารณา อย่างไรก็ตามเมื่อเลขาธิการสหประชาชาติได้เวียนร่างอนุสัญญาดังกล่าวให้ตัวแทนจากหลายประเทศได้พิจารณาถ้อยคำของร่างอนุสัญญาดังกล่าว²¹ เช่น ตัวแทนจากประเทศเดนมาร์ก ก็ได้รับความคิดเห็นจากตัวแทนของประเทศต่าง ๆ ว่าถ้อยคำที่

¹⁷ Natasha Parassram Concepcion, "The Convention on the Rights of the Child After Ten Years : Success or Failure?," Human Rights Brief, 7, 2, (Winter 2000)(Lexis November 2006).

¹⁸ อิงอร จินตนาเลิศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2 น.19.

¹⁹ Jaap Doek and Nigel Cantwell, The United Nations Convention on the Rights of the Child : a guide to the "Travaux préparatoires", (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 20.

²⁰ อิงอร จินตนาเลิศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2 น. 20.

²¹ Jonathan Todres, supra note 12.

ปรากฏในร่างอนุสัญญาดังกล่าวยังขาดความถูกต้องและความชัดเจนที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายได้ อีกทั้งบางถ้อยคำไม่สามารถที่จะนำมาปรับใช้คุ้มครองสิทธิของเด็กได้ทุกกรณี²² ฉะนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติได้จัดตั้ง an open – ended Working Group on the Question of a Convention on the Rights of the Child เพื่อเป็นคณะทำงานในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นโดยประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐต่าง ๆ จาก 43 รัฐ²³ นอกจากนี้ยังมีตัวแทนจากองค์การระหว่างประเทศ องค์การเอกชน และผู้แทนจากรัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติเข้าร่วมในฐานะผู้สังเกตการณ์ (observers)²⁴ ซึ่งในการจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ได้รวบรวมหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กที่กระจายอยู่ตามตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ และพิจารณาประกอบกับร่างอนุสัญญาที่รัฐบาลประเทศโปแลนด์ได้จัดทำขึ้น

ต่อมาในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1988 คณะทำงานได้ยอมรับร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และได้นำเสนอต่อที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติเพื่อพิจารณา ซึ่งที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติได้มีมติอย่างเป็นทางการรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ.1989 โดยเปิดให้มีการลงนามครั้งแรกเมื่อวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1990²⁵ และเปิดให้สัตยาบันและภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1990 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 ในปัจจุบันมีรัฐที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวทั้งสิ้น 193 ประเทศ²⁶

2.1.1.2. สาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติ ได้มีมติรับด้วยท อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค .ศ.1989 ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวประกอบด้วยอารัมภบทและบทบัญญัติ 54 มาตรา โดยสามารถแบ่งออกเป็น 4 ส่วนหลัก²⁷ คือ

1) ส่วนอารัมภบท ในส่วนของอารัมภบทนี้เป็นส่วนที่กล่าวถึงถึงลักษณะ (Nature) และหลักการพื้นฐานของปัญหาที่ต้องจัดทำอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ ดังกล่าวขึ้นมา โดยส่วนของอารัมภบทถือว่าเป็นส่วนที่มีความสำคัญในการตีความอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ ทั้งนี้

²² *Ibid.*

²³ Jaap Doek and Nigel Cantwell, *supra note 19* p. 21.

²⁴ *Ibid* p. 22.

²⁵ Natasha Parassram Concepcion, *supra note 17*.

²⁶ ดูภาคผนวก ค.

²⁷ “Convention on the Rights of the Child,” <http://www.unicef.org/bolivia/legislation_1454.htm>.

เนื่องจากการตีความอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นอกจากจะต้องพิจารณาถึงถ้อยคำหรือข้อบ่งชี้อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องถ้อยคำเช่นว่านั้นรวมทั้งอารัมภบท²⁸ ด้วย โดยอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ สามารถสรุปสาระสำคัญได้ 4 ประการ ดังนี้²⁹

(1) ในการจัดทำร่างอนุสัญญาดังกล่าวคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของสหประชาชาติ (Basic principle of the United Nations) และข้อกำหนดโดยเฉพาะแห่งอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ว่ามีความสอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะเห็นได้จากถ้อยคำที่ปรากฏในบางวรรคตอนของอารัมภบท เช่น วรรค 3³⁰ ซึ่งกล่าวถึงการยอมรับในปฏิญญาและกติกาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ให้การรับรองสิทธิมนุษยชนที่ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพโดยปราศจากการแบ่งแยก และในวรรค 8³¹ กล่าวถึงความจำเป็นในการร่าง

²⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น. 266.

²⁹ the Children's Rights Alliance, "Summary of the United Nations Convention on the Rights of the Child," <<http://www.thedreammill.com/resources/19%20UN%20Convention%20Rights%20of%20the%20Child%20-%20summary.pdf>>

³⁰ Preamble of the U.N. Convention on the Rights of the Child, paragraph 3 "Recognizing that the United Nations has, in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenants on Human Rights, proclaimed and agreed that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

³¹ Preamble of the U.N. Convention on the Rights of the, paragraph 8 "Bearing in mind that the need to extend particular care to the child has been stated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924 and in the Declaration of the Rights of the Child adopted by the General Assembly on 20 November 1959 and recognized in the Universal Declaration of Human Rights, in the International Covenant on Civil and Political Rights (in particular in articles 23 and 24), in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (in particular in article 10) and in the statutes and

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ และได้มีการยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิการเมือง และกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมถึงหลักกฎหมายที่ปรากฏในตราสารอื่น ๆ มาปรับร่างการยกวางอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เป็นต้น

(2) เหตุจำเป็นในการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนั้น เนื่องจากเด็กมีความอ่อนแอ จึงต้องการดูแลและการปกป้องเป็นพิเศษ ซึ่งจะเห็นได้ข้อความที่ปรากฏในบางวรรคตอนของส่วนอารัมภบท เช่น วรรค 4³² ซึ่งกล่าวว่า สหประชาชาติได้ประกาศในปฏิญญาสากลว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ นอกจากนี้ยังกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องต่าง ๆ รวมถึงการเลี้ยงดูเด็กที่ต้องได้รับการเอาใจใส่เป็นพิเศษ เช่น วรรค 6³³ ซึ่งกล่าวถึงสภาพแวดล้อมความเป็นอยู่ของเด็กที่มีผลต่อพัฒนาการของบุคลิกภาพของเด็ก จะต้องอยู่ในบรรยากาศแห่งความสุข ความรัก ความเข้าใจ เป็นต้น

(3) มีการเน้นย้ำในเรื่องการให้ความสำคัญในการดูแลและความคุ้มครองเด็กในเบื้องต้นว่าเป็นความรับผิดชอบของครอบครัว ความจำเป็นของกฎหมายและความคุ้มครองอื่น ๆ ที่ให้ความคุ้มครองแก่เด็กทั้งก่อนและหลังเกิด ความสำคัญในการให้ความเคารพต่อวัฒนธรรมที่มีคุณค่าของสังคมของเด็กนั้น และความจำเป็นของความร่วมมือระหว่างประเทศในการตระหนักถึงสิทธิของเด็ก

2) ส่วนหลักการและสิทธิที่ได้รับความคุ้มครอง เริ่มตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 41 ซึ่งในส่วนดังกล่าวนี้ประกอบด้วยบทบัญญัติที่สำคัญของอนุสัญญาฯ ที่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ทั่วไปของรัฐบาลีและการรับรองสิทธิอันเป็นพิเศษแก่เด็ก³⁴ โดยสามารถแบ่งพิจารณาออกได้เป็น 6 หลักการ คือ

relevant instruments of specialized agencies and international organization concerned with the welfare of children.”

³² Preamble of the U.N. Convention on the Rights of the, paragraph 4. “Recalling that, in the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations has proclaimed that childhood is entitled to special care and assistance.”

³³ Preamble of the U.N. Convention on the Rights of the, paragraph 6. “Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding.”

³⁴ Natasha Parassram Concepcion, *supra note 17*.

(1) หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น การรับรองสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็กตามมาตรา 12³⁵ การรับรองสิทธิเสรีภาพของเด็กในการนับถือศาสนาตามมาตรา 14³⁶ เป็นต้น นอกจากนี้มีบทบัญญัติที่ป้องกันผลกระทบทางลบในการใช้อनुสัญญาไว้ว่าอนุสัญญานี้ไม่มีผลทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองน้อยไปกว่าที่มีอยู่ตามกฎหมายอื่น³⁷

(2) หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองเด็กมิให้ถูกละเมิดสิทธิในร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพ อีกทั้งให้มีการเยียวยาและฟื้นฟูเด็กที่ตกเป็นเหยื่อจากการละเมิดดังกล่าวให้กลับคืนสู่สภาพปรกติหรือในสภาพที่ดีที่สุด

(3) หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิพลเมือง ซึ่งเป็นหลักให้การรับรองสถานะของเด็กใน

³⁵ The U.N. Convention on the Rights of the Child, Article 12

1. States Parties shall ensure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the view of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall be in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of nation law.

³⁶ Article 14

1. State Parties shall respect the right of the child of freedom of thought, conscience and religion.

2. State Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child.

3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals, or the fundamental rights and freedoms of others.

³⁷ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2* น.29.

สังคมว่ามีสถานะเป็นพลเมืองเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ โดยรัฐจะมีหน้าที่ที่จะต้องให้การรับรองและสนับสนุนสิทธิดังกล่าวแก่เด็ก เช่น กรณีตามมาตรา 7³⁸ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องให้การรับรองสิทธิการมีชื่อและสัญชาติแก่เด็กที่เกิดมา รวมถึงสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากครอบครัวของตน เป็นต้น

(4) หลักการให้ความคุ้มครองเด็กที่กระทำคามผิด ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำคามผิด โดยให้ได้รับการปฏิบัติหรือการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ รวมถึงการลงโทษแก่เด็กที่กระทำคามผิดรัฐภาคีจะต้องให้การรับประกันว่าเด็กจะต้องไม่ได้รับการทรมาน หรือการลงโทษที่โหดร้าย หรือจะไม่มี การลงโทษประหารชีวิต

(5) หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส โดยให้การรับรองสิทธิแก่เด็กที่ด้อยโอกาส รวมถึงเด็กที่ขาดไร้ผู้อุปการะ เด็กที่มีกายทุพพลภาพ และเด็กที่อยู่ในสถานการณพิเศษ ต้องได้รับการดูแลและการช่วยเหลือเป็นพิเศษจากรัฐ อีกทั้งมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับเด็กปกติ

(6) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก โดยให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพของเด็กในเรื่องของสวัสดิการสังคม ซึ่งรัฐภาคีจะต้องให้การสนับสนุน ดูแล และช่วยเหลือเด็กให้ได้รับสวัสดิการสังคมที่ได้รับมาตรฐานสูงสุดที่รัฐพึงจะกระทำได้และเท่าเทียมกัน เช่น ในเรื่องของการสาธารณสุข การศึกษา การประกันสังคม (social security) และการประกันภัยทางสังคม (social insurance) เป็นต้น

3) ส่วนของกลไกเพื่อปฏิบัติตามอนุสัญญา ได้แก่ ตามมาตรา 42 ถึงมาตรา 45 ซึ่งได้มีการกำหนดขอบเขตขั้นตอนการปฏิบัติตามอนุสัญญาเอาไว้ โดยเฉพาะการที่อนุสัญญาต้องการให้รัฐภาคีนำเสนอรายงานเป็นระยะ ๆ ตามที่รัฐภาคียอมรับและตามความคืบหน้าของรัฐภาคีในการ

³⁸ Article 7

1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

2. States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless.

ปฏิบัติเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก³⁹

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดถึงองค์ประกอบและคุณสมบัติของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กที่ทำหน้าที่ในการพิจารณารายงานที่รัฐภาคีได้นำเสนอต่อสหประชาชาติ⁴⁰

³⁹ Article 44

1. States Parties undertake to submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, reports on the measures they have adopted which give effect to the rights recognized herein and on the progress made on the enjoyment of those rights:

(a) Within two years of the entry into force of the Convention for the State Party concerned;

(b) Thereafter every five years.

2. Reports made under the present article shall indicate factors and difficulties, if any, affecting the degree of fulfilment of the obligations under the present Convention. Reports shall also contain sufficient information to provide the Committee with a comprehensive understanding of the implementation of the Convention in the country concerned.

3. A State Party which has submitted a comprehensive initial report to the Committee need not, in its subsequent reports submitted in accordance with paragraph 1 (b) of the present article, repeat basic information previously provided.

4. The Committee may request from States Parties further information relevant to the implementation of the Convention.

5. The Committee shall submit to the General Assembly, through the Economic and Social Council, every two years, reports on its activities.

6. States Parties shall make their reports widely available to the public in their own countries.

⁴⁰ Article 43.

1. For the purpose of examining the progress made by States Parties in achieving the realization of the obligations undertaken in the present Convention, there

shall be established a Committee on the Rights of the Child, which shall carry out the functions hereinafter provided.

2. The Committee shall consist of ten experts of high moral standing and recognized competence in the field covered by this Convention. The members of the Committee shall be elected by States Parties from among their nationals and shall serve in their personal capacity, consideration being given to equitable geographical distribution, as well as to the principal legal systems.

3. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties. Each State Party may nominate one person from among its own nationals.

4. The initial election to the Committee shall be held no later than six months after the date of the entry into force of the present Convention and thereafter every second year. At least four months before the date of each election, the Secretary-General of the United Nations shall address a letter to States Parties inviting them to submit their nominations within two months. The Secretary-General shall subsequently prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating States Parties which have nominated them, and shall submit it to the States Parties to the present Convention.

5. The elections shall be held at meetings of States Parties convened by the Secretary-General at United Nations Headquarters. At those meetings, for which two thirds of States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

6. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. They shall be eligible for re-election if renominated. The term of five of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election, the names of these five members shall be chosen by lot by the Chairman of the meeting.

4) ส่วนของบทบัญญัติที่กล่าวถึงการให้การรับรองอนุสัญญา ได้แก่ มาตรา 46 ถึง มาตรา 54 ซึ่งจะประกอบด้วยเงื่อนไขในการให้สัตยาบันและภาคยานุวัติ การมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา การตั้งข้อสงวน และการขอแก้ไขบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาโดยรัฐภาคี

เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเด็กในด้านต่าง ๆ เช่น สิทธิในด้านพลเมือง, การเมือง, เศรษฐกิจ, สังคม และวัฒนธรรม ฉะนั้นอนุสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญของโลก ที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเด็ก⁴¹

7. If a member of the Committee dies or resigns or declares that for any other cause he or she can no longer perform the duties of the Committee, the State Party which nominated the member shall appoint another expert from among its nationals to serve for the remainder of the term, subject to the approval of the Committee.

8. The Committee shall establish its own rules of procedure.

9. The Committee shall elect its officers for a period of two years.

10. The meetings of the Committee shall normally be held at United Nations Headquarters or at any other convenient place as determined by the Committee. The Committee shall normally meet annually. The duration of the meetings of the Committee shall be determined, and reviewed, if necessary, by a meeting of the States Parties to the present Convention, subject to the approval of the General Assembly.

11. The Secretary-General of the United Nations shall provide the necessary staff and facilities for the effective performance of the functions of the Committee under the present Convention.

12. With the approval of the General Assembly, the members of the Committee established under the present Convention shall receive emoluments from United Nations resources on such terms and conditions as the Assembly may decide.

⁴¹ Adam Lopatka, "SYMPOSIUM : IMPLEMENTATION OF UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD : Background : An introduction to the United Nations Convention on the Rights of the Child," Transnational Law & Contemporary Problems, (Fall 1996) (Lexis March 2006).

2.1.2. หลักการพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญา

ในการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กได้จำแนกหลักการพื้นฐานออกเป็น 4 ประการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเชื่อมโยงกันในแต่ละมาตรา ซึ่งจะทำให้เกิดความเข้าใจในแนวทางต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก⁴² โดยหลักการพื้นฐานทั้ง 4 ประการประกอบด้วย

2.1.2.1 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติต่อเด็กและการให้ความสำคัญต่อเด็กอย่างเท่าเทียมกัน ตามมาตรา 2 ตามมาตรา⁴³ ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติต่อเด็กทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอย่างใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะทางเผ่าพันธุ์ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่น ๆ แหล่งกำเนิดทางชาติ เชื้อชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การถือกำเนิด หรือสถานะอื่นใดของเด็กก็ตาม หรือบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายของเด็ก

⁴² Susan Marks and Andrew Clapham, *International Human Right Lexicon*, (Great Britain : Newgen Imaging System Ltd., 2005), pp. 23 – 24. refer to Committee on the Rights of the Child, General Comment 5 (General measure of implementation for the Convention on the Rights of the Child : arts. 4, 42 and 44(6)), 3 October 2003, para. 12.

⁴³ The U.N. Convention on the Rights of the Child

Article 2

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

2.1.2.2 หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ตามมาตรา 3(1)⁴⁴ ได้กำหนดให้การกระทำใด ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก ซึ่งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นนับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก

2.1.2.3 สิทธิในการมีชีวิตอยู่ การอยู่รอด และการพัฒนาของเด็ก ตามมาตรา 6 ตามมาตรา 6⁴⁵ กำหนดให้รัฐภาคีต้องรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมีชีวิต และรัฐภาคีจะต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก ซึ่งคณะกรรมการฯ ได้ให้ข้อความคิดของคำว่า “การพัฒนา” ในบริบทนี้ ควรที่จะมีความหมายที่กว้าง เช่นเดียวกับข้อความคิดของทฤษฎีโดยรวม (holistic) โดยการรวบรวมในเรื่องเกี่ยวกับทางกายภาพ จิตใจ จิตวิญญาณ ศีลธรรม จิตวิทยา และการพัฒนาทางด้านสังคมของเด็ก ⁴⁶ อีกทั้งหลักตามมาตรา 6 นี้ยังถือว่าเป็นหลักที่เสริมหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก มาตรา 3(1) ในการกระทำใด ๆ ที่จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับเด็ก ⁴⁷

2.1.2.4 สิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการให้ความสำคัญแก่ความคิดเห็นของเด็ก ตามมาตรา 12 ตามมาตรา 12⁴⁸ กำหนดให้รัฐภาคีต้องรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็น

⁴⁴ Article 3(1)

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

⁴⁵ Article 6

1. States Parties recognize that every child has the inherent right to life.
2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

⁴⁶ Susan Marks and Andrew Clapham, *ibid* p. 25, *refer to*, Committee on the Rights of the Child, General Comment 5 (General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child : arts. 4, 42 and 44(6)), 3 October 2003, para. 12.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Article 12

ของตนเองอย่างเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็ก ซึ่งสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการให้ความสำคัญแก่ความคิดเห็นของเด็กนี้ ถือว่าเป็นสิ่งที่มาพร้อมกันกับแนวความคิดที่ให้ถือว่ากระบวนการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก⁴⁹

2.2. ความหมายและแนวความคิดของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กถือว่าเป็นหลักกฎหมายหนึ่งในสองหลักกฎหมายใหม่ที่ใช้ในการตีความในกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก นอกเหนือจากหลักการให้ความสำคัญของการแสดงออกซึ่งความสามารถของเด็ก⁵⁰ โดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นถือว่ามีความสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก แต่หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ยังคงถือว่ามีความครอบคลุมต่อการนำไปปฏิบัติของรัฐภาคี จึงทำให้การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น อาจจะไม่เกิดประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

⁴⁹ Susan Marks and Andrew Clapham, *supra note 46* p. 26.

⁵⁰ Van Bueren, Geraldine, *supra note 3* p. 45.

2.2.1 ความหมายของ "ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก"

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กปรากฏในตราสารระหว่างประเทศครั้งแรก ตาม หลักการข้อที่ 2⁵¹ แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค .ศ.1959 และปรากฏในตราสารระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค .ศ.1979 (The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Woman) ปรากฏหลักผลประโยชน์สูงสุดใน มาตรา 16(1)(b)⁵² และกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก (AFRICAN CHARTER ON THE RIGHTS AND WELFARE OF THE CHILD) มาตรา 4⁵³ เป็นต้น

⁵¹ The 1959 Declaration of the Rights of the Child.

Principle 2 "The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

⁵² Article 16(1)(d)

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women:

(d) The same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; in all cases the interests of the children shall be paramount.

⁵³ AFRICAN CHARTER ON THE RIGHTS AND WELFARE OF THE CHILD

Article 4: Best Interests of the Child

1. In all actions concerning the child undertaken by any person or authority the best interests of the child shall be the primary consideration.

2. In all judicial or administrative proceedings affecting a child who is capable of communicating his/her own views, and opportunity shall be provided for the views of the child to be heard either directly or through an impartial representative as a party to the

แต่ก็ไม่ปรากฏคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ” ไว้ว่ามีความหมายและขอบเขตเช่นไร

ในการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ คณะกรรมการยกร่างฯ ไม่ได้มีการพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ” ไว้แต่อย่างใด⁵⁴ ซึ่งผู้สังเกตการณ์ (observer) ของประเทศเวเนซุเอลา ได้กล่าวถึง “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ” ในระหว่างการพิจารณามาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ว่าเป็นสิ่งที่อยู่รอบกายเด็ก (all - round) อันได้แก่ การพัฒนาทางกายภาพ จิตวิญญาณ ศีลธรรม และสังคม⁵⁵ การที่คณะกรรมการยกร่างฯ ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ” ไว้เนื่องจากคณะกรรมการฯ มีวัตถุประสงค์ที่จะให้การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ควรที่จะได้รับการตัดสินเป็นการทั่วไปหรือให้สัมพันธ์กับสถานะแวดล้อมที่เฉพาะเจาะจง⁵⁶ เนื่องจากคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” มีความหมายที่กว้างและมีความไม่ชัดเจน⁵⁷ จึงก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและนำไปปรับใช้ให้เกิดความเหมาะสมต่อการให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก และแม้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก จะได้มีการวางหลักไว้ครั้งแรกโดยศาลประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1765 ในคดี Blissets Case⁵⁸ อันเป็นคดีการใช้อำนาจปกครองบุตร โดยคำพิพากษาของศาลตอนหนึ่งได้ตัดสินว่า “ถ้าคู่อภิเษกทั้งสองฝ่ายไม่เห็นด้วย ศาลจะกระทำสิ่งที่ปรากฏว่าเป็นสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก ” (if

proceedings, and those views shall be taken into consideration by the relevant authority in accordance with the provisions of appropriate law.

⁵⁴ Rachel Hodgkin and Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Full revised edition, (Geneva : Atar SA, 2002), p. 42.

⁵⁵ Jaap Doek and Nigel Cantwell, *supra note 19* p. 137.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Elena Rozzi, “The evaluation of the best of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention on the Rights of the Child,” <http://www.savethechildren.it/minori/documenti/Best_interests-child.pdf> (Last visited 6 March 2006).

⁵⁸ Klaff, Ramsay Laing, “The Tender Years Doctrine : A Defense,” California Law Review, (March, 1982) (Westlaw June 2006).

the parties are disagreed, the court will do what shall appear best for the child)⁵⁹ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่ได้แตกต่างไปจากหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ปรากฏในปัจจุบันแต่อย่างใด⁶⁰ แต่ศาลเองก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้แต่อย่างใด แม้จะปรากฏการนำหลักของผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในอีกหลาย ๆ คดีต่อมาก็ตาม

ในการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปปรับใช้นั้น มักเกิดประเด็นเกี่ยวกับเรื่องของคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ฉะนั้นจึงได้มีผู้ให้คำวิเคราะห์ในเรื่องของคำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้หลายท่าน เช่น

Robert H Mnookin ให้ความเห็นว่า การพิจารณาสิ่งที่เป็นสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็กเป็นต้นเหตุแห่งคำถามไม่น้อยไปกว่าวัตถุประสงค์และคุณค่าแห่งชีวิตของเด็ก⁶¹ ซึ่งคำวิจารณ์ของ Mnookin นี้เป็นที่ยอมรับมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1975

Stewart W. Gagnon ได้กล่าวถึง ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ว่าอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นวิธีการหรือเป็นมาตรการอย่างง่ายที่สุดที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่เด็กมากที่สุด อีกทั้งยังเป็นการสนับสนุนต่อพัฒนาการของเด็กในทางสังคม กระบวนการรับรู้ และอารมณ์⁶²

Jean Zermatten เห็นว่า คำว่า “best interests” หมายถึง สภาวะแวดล้อมทั้งหมด (all circumstances) โดยที่ผลประโยชน์ของเด็กนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่มาก่อนผลประโยชน์อื่น⁶³ ซึ่งคำว่า

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Elsje Bonthuys, “The Best Interests of Children in the South African Constitution,” <<http://www.childjustice.org/docs/bonthuys2005.pdf>> (Last visited 4 October 2006).
refrer to, Robert H Mnookin ‘Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy’ 1975 (39) Law & Contemporary Problems 226 at 260.

⁶² W. Gagnon, Stewart, “Third party custody: Where are we and where are we going (A view from down south and a peak at the nation),” <http://www.crnjapan.com/foreign_law/usa/en/best_interests_of_the_child.html> (Last visited 22 November 2006).

⁶³ Jean Zermatten, “The Best Interests of the Child From the Literal Analysis the Philosophical Scope : Working report 3 - 2003,” <http://www.childrights.org/html/Documents/wr/2003-3_en.pdf>

“Best” และ “Interests” เมื่อนำประกอบกันก็จะมีความหมายว่า ความผาสุก (wellbeing) ของเด็ก⁶⁴ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากความหมายจากอนุสัญญาทั้งฉบับ และส่วนของอารัมภบทของอนุสัญญาฯ โดยเฉพาะวรรคที่ 5 และวรรค 10 ของอารัมภบท⁶⁵ ประกอบกับมาตรา 3(2) และ (3)⁶⁶

Navas Navarro ได้ให้ความเห็นว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเครื่องมือทางกฎหมาย

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Preamble of the U.N. Convention on the Rights of the Child.

Paragraph 5

Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

Paragraph 10

Recalling the provisions of the Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally; the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules); and the Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict,

⁶⁶ Article 3 (2)

States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

Article 3 (3)

States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

ซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความผาสุกแก่เด็กทั้งทางกายภาพ สุขภาพจิต และสถานะทางสังคม

Renate Winter กล่าวว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กล่าวถึงในมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิที่มีความหมายที่ชัดเจนอยู่แล้ว กล่าวคือผลประโยชน์ของเด็กจะต้องถูกนำมาพิจารณาเป็นลำดับแรก แม้ผลประโยชน์ของบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องจะมีความสำคัญก็ตาม⁶⁸

ศาลฎีกา (High Court) ของประเทศออสเตรเลีย กล่าวถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในคดี Marion's Case ว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นถ้อยคำที่ไม่แน่นอน (imprecise) แต่ก็ได้มีความหมายเกินไปกว่าสวัสดิภาพของเด็ก (welfare of the child) รวมถึงแนวความคิดต่าง ๆ อีกมากมายที่ศาลได้นำมาปรับใช้⁶⁹

Santos Pais อธิบายว่าหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ถือเป็นหลักที่มีคุณค่าที่สำคัญที่เป็นแนวทางในการแก้ปัญหาระหว่างผลประโยชน์ของเด็ก⁷⁰ ในเรื่องต่าง ๆ

ในประเทศไทย วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่า หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญา ให้การรับรอง หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปยอมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก⁷¹

จากการวิเคราะห์คำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของนักนิติศาสตร์หลายท่านสามารถสรุปได้ว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นมีความหมายถึงสิทธิต่าง ๆ ของเด็กที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และสถานะทางสังคม ก่อให้เกิดความผาสุกแก่เด็กในการใช้ชีวิตในสังคม และสวัสดิภาพของเด็ก โดยหากมีการจะต้องพิจารณาควบคู่กับ

⁶⁷ Jean Zermatten, *supra note 63*.

⁶⁸ Renate Winter, "The CRC and the Protection of the Child," *Children's Rights From Theory to Practice*, <<http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2001-4.pdf>> (Last visited 22 May 2007).

⁶⁹ Meryll Lees and Meredith Wilkie, "The Best Interests of the Child," <http://www.hreoc.gov.au/human_rights/briefs/brief_1.html#top> (Last visited 2 January 2008).

⁷⁰ Rebeca Rios Kohn, *supra note 1*.

⁷¹ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, "มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก," *ดุลพินิจ*, เล่มที่ 5 ปีที่ 41 (กันยายน – ตุลาคม 2537), หน้า 19.

ผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มอื่น ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก

2.2.2 แนวความคิดเรื่องการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ในการพิจารณา “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศนั้น จากการศึกษาของผู้เขียน สามารถแบ่งหลักการพิจารณาออกเป็น ๒ หลักการ ได้แก่ หลักการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด (paramount consideration) และ หลักการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้น (primary consideration) ดังนี้

2.2.2.1 การพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด (paramount consideration) การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุดในทางระหว่างประเทศ นั้น ปรากฏครั้งแรกในตราสารระหว่างประเทศ ตามมาตรา 2 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1959 และปรากฏในตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กอีกบางฉบับ ซึ่งรวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ ค.ศ. 1989 ในบางมาตราด้วย

ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่า สิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นไว้ เช่น Lord McDermott ได้กล่าวไว้ในคดี J v C ในปี ค.ศ.1970 ว่า สิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด (Paramountcy) นั้นมีหลายวิธีการที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามสวัสดิภาพของเด็ก ตามที่ปรากฏตามสิ่งที่อยู่ในลำดับแรก ๆ ของรายการในขณะนั้นที่มีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของคำถาม⁷² ซึ่งในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุดนั้น อันเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าเพื่อให้เป็นการควบคุม (rules) หรือการกำหนด (determines) แนวทางให้ปฏิบัติตาม⁷³ และ Savitri Goonesekere มีความเห็นว่าแนวความคิดที่ว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นการพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุดสามารถที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้เด็กเป็นศูนย์กลางแต่เพียงอย่างเดียว เป็นความล้มเหลวในการพิจารณาต่อการแข่งขันของประโยชน์อื่นๆ ที่ปรากฏอยู่ในสิ่งแวดล้อมของเด็ก⁷⁴

⁷² Goonesekere, Savitri, Children, law and justice: a South Asian perspective, (New Delhi : Sage Publications India Pvt Ltd, 1998), p. 114.

⁷³ Van Bueren, Geraldine, *supra note 3* p. 48.

⁷⁴ Goonesekere, Savitri, *supra note 72* p. 115.

การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด ที่กล่าวไว้ในตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น มีการกล่าวถึงใน 2 ลักษณะ คือ

1) paramount / a paramount consideration การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็น สิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด ในลักษณะดังกล่าวมีปรากฏในมาตรา 16(1)(d)⁷⁵ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค .ศ.1979 นอกจากนี้ยังปรากฏในการพิจารณาทั่วไป (General comment) ร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1978 ประเทศสาธารณรัฐโดมินิกันได้เสนอในส่วนสุดท้ายของมาตรา 2 ที่ได้เสนอให้การประกาศใช้บังคับใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด (give paramount consideration to the best interests of the child)⁷⁶ ซึ่งในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในลักษณะนี้ หากพิจารณาจากไวยากรณ์ของวลีแล้วจะพบว่า การพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น มีผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหลายประการที่มีความสำคัญ แต่มีเพียงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กประการเดียวของเด็กเท่านั้นที่มีความสำคัญสูงสุด

2) the paramount consideration การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็น สิ่งที่มีความสำคัญสูงสุดในลักษณะนี้มีปรากฏในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น หลักการ ข้อที่ 2 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959⁷⁷ โดยการพิจารณาว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด ตามมาตรา 2 นั้น จะพิจารณาร่วมกับโอกาสและสิ่งที่อำนวยความสะดวกที่สามารถเป็นไปได้ที่จะพัฒนาทั้งทางร่างกาย จิตใจ ศีลธรรม จิตวิญญาณ และสังคมของเด็ก⁷⁸ และตามมาตรา 21 วรรคแรก⁷⁹ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก

⁷⁵ ดูเชิงอรรถที่ 52.

⁷⁶ Jaap Doek and Nigel Cantwell, *supra note 19* p. 59.

⁷⁷ ดูเชิงอรรถที่ 51.

⁷⁸ Joamchim Wolf, "The Concept of the 'Best Interests' in the Terms of the U.N. Convention on the Rights of the Child," The Ideologies of Children's Rights. (Netherland : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 126.

⁷⁹ the U.N. Convention on the Rights of the Child.

ในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรม เป็นต้น

ในการรับตัวบทครั้งแรกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในปี ค.ศ. 1980 ร่างฯ ที่นำเสนอโดยประเทศโปแลนด์ได้กล่าวถึงการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด (the paramount consideration) ซึ่งคณะผู้แทนรัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติที่เข้าร่วมสังเกตการณ์บางท่านเห็นด้วยกับการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องมาจากเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กอย่างกว้าง (great protection)⁸⁰ อีกทั้งการพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องพิจารณาว่ามีความสำคัญอย่างไรแท้จริงหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในลักษณะนี้ หากพิจารณาจากไวยากรณ์ของวลีดังกล่าวแล้วพบว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมีเพียงประการเดียวเท่านั้นที่เป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด

2.2.2.2 การพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก _____ (primary consideration) ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกนี้ มีปรากฏครั้งแรกตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 และต่อมาก็ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก โดยการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกมีปรากฏการพิจารณาใน 2 ลักษณะ คือ

1) a primary consideration ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ในลักษณะนี้ปรากฏตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งในการร่างมาตรา 3(1) มีการนำเอาคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” มาใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนั้น คณะกรรมการยกย่องเห็นว่าคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ดังกล่าวนั้น ไม่สามารถที่จะนำมาใช้ได้ถ้าจะต้องมีคำที่มาสเสริมให้สามารถครอบคลุมปัจจัยต่าง ๆ ที่จะต้องพิจารณา⁸¹ เช่น กรณีที่เกิดความขัดแย้งของสิทธิของบิดามารดากับสิทธิของเด็ก หรือการขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของเด็ก เป็นต้น โดยในการพิจารณาของคณะกรรมการยกย่องฯ เกิดข้อถกเถียงกันว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะมีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญานั้นควรที่จะเป็น

States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall ...

⁸⁰ E/CN.4/L.1575, pp.3 -7, see also, Jaap Doek and Nigel Cantwell, *supra note* p. 133.

⁸¹ Rachel Hodgkin and Peter Newell, *supra note* 54 p. 42.

สิ่งที่สำคัญที่สุด (shall be a paramount) หรือควรน่าจะเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นแรก (primary consideration) ซึ่งที่ประชุมเห็นว่าหากการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดแล้วนั้น การตีความหมายจะกว้างเกินไป จนไม่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้ในทุกกรณี อีกทั้งมาตรา 3(1) เป็นมาตราที่ให้ความคุ้มครอง (umbrella) ที่มีขอบเขตกว้าง หากพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่สำคัญสูงสุดก็จะทำให้คู่กรณีอาจมีข้อเรียกร้องที่เท่าเทียมกันที่จะเรียกร้องให้พิจารณาถึงผลประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายนั้นด้วย⁸² ดังนั้น คณะกรรมการฯ จึงเห็นชอบที่จะให้มีการบัญญัติถึงการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น เป็นการพิจารณาในเบื้องต้นแรก ซึ่งจะสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้ในทุกกรณี

2) the primary consideration ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกในลักษณะนี้มีปรากฏขึ้นภายหลังจากที่มีการบังคับใช้อุสัจญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ แล้ว โดยปรากฏตามมาตรา 4 แห่งกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้มีปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย South African common law มาเป็นระยะเวลา⁸³ โดยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมาย Roman – Dutch⁸⁴

การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในลักษณะนี้ เนื่องจากการตั้งข้อเสนอในลักษณะนี้ (the primary consideration) ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่ดีกว่า⁸⁵ โดยภายใต้กฎบัตรนี้การพิจารณาผลประโยชน์ที่ดีที่สุด (best interests) เป็นการพิจารณาถึงสิ่งที่สำคัญที่สุด (overriding consideration)⁸⁶ ซึ่งจะแตกต่างไปจากการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ที่พิจารณาปัจจัยในการพิจารณาว่ามีความเท่าเทียมกันหมดทุกปัจจัย⁸⁷

ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดในเบื้องต้นแรกในการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ก็ยังมีประเด็นที่คณะกรรมการฯ ต้องนำมาวิเคราะห์ในกรณีของการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุด

⁸² *Ibid*, p. 43.

⁸³ Elsje Bonthuys, *supra note 61*.

⁸⁴ Sandra Burman, "THE BEST INTERESTS OF THE SOUTH AFRICAN CHILD," *INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW POLICY AND THE FAMILY*, (April 2003) (Lexis March 09, 2005).

⁸⁵ *Ibid*.

⁸⁶ *Ibid*.

⁸⁷ *Ibid*.

ของเด็กในเบื้องต้นนั้น ควรที่จะเป็น a primary consideration หรือ the primary consideration ซึ่งคณะกรรมการเห็นชอบที่จะใช้ a primary consideration เนื่องจากคณะกรรมการเห็นว่าหากใช้ the primary consideration ก็จะเป็นการจำกัดต่อสถานการณ์ที่จะสามารถนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ได้ และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการบัญญัติมาตรา 3(1)

2.2.3 การบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1)

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เป็นหลัก การให้ความคุ้มครอง (umbrella principle) ทั่วไปที่สามารถนำมาปรับใช้กับทุก ๆ กรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยสามารถที่จะนำมาปรับใช้ได้กับสถานการณ์เฉพาะ หลักการพื้นฐานของอนุสัญญา บทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ของอนุสัญญาฯ และบังคับใช้ในพิธีสารเพิ่มเติมแห่งอนุสัญญาฯ โดยสามารถแบ่งพิจารณาออกได้ดังนี้

2.2.3.1 การบังคับใช้ภายใต้สถานการณ์เฉพาะ ภายใต้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ แนวความคิดในเรื่องหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ได้มีการจำแนกหน้าที่แก่ผู้ที่มีหน้าที่ในการพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในสถานการณ์เฉพาะ โดยมีการบัญญัติ ถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในแต่ละมาตราในกรณีดังต่อไปนี้

1) กรณีที่ต้องแยกจากบิดามารดา ในกรณีดังกล่าวปรากฏตามมาตรา 9(1)⁸⁸ ซึ่งวางหลักไว้ให้รัฐภาคีจะต้องให้หลักประกันว่าเด็กจะต้องไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความ

⁸⁸ Article 9 (1)

States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

ประสงค์ของบิดามารดา หรือบิดามารดาและเด็ก⁸⁹ เว้นแต่กระทำโดยหน่วยงานที่มีอำนาจ ซึ่งอาจได้รับการทบทวนโดยทางศาลจะกำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ว่าการแยกนั้น จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ ยอมรับให้การแยกเด็กออกจากบิดามารดานั้น สามารถกระทำได้ แต่ทั้งนี้ก็แต่ด้วยความช่วยเหลือขององค์กรที่มีอำนาจในการตัดสินใจ อีกทั้งการกระทำดังกล่าวจะต้องเคารพต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วย⁹⁰ และ มาตรา 9(3)⁹¹ ได้วางหลักให้รัฐภาคีต้องเคารพต่อสิทธิของเด็กในการที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัวกับบิดามารดา และการได้ติดต่อโดยตรงกับบิดามารดาอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

2) ความรับผิดชอบของบิดามารดาที่มีต่อเด็ก ตามมาตรา 18(1)⁹² วางหลักไว้ว่ารัฐภาคีจะต้องให้หลักประกันว่า ทั้งบิดาและมารดาจะต้องมีความรับผิดชอบ ร่วมกันในการเลี้ยงดูบุตรและความรับผิดชอบอื่น ๆ ในเบื้องต้น โดยคำนึงถึง ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นพื้นฐาน ซึ่งตามหลักของมาตรา 18 นี้จะเกี่ยวข้องกับกรได้รับการศึกษาของเด็ก โดยอยู่ในความรับผิดชอบของบิดามารดาที่จะต้องดูแลให้เด็กได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน หรืออาจจะเรียกมาตรานี้ว่าความรับผิดชอบทั่วไปในการให้การศึกษแก่เด็กโดยบิดามารดา⁹³

⁸⁹ คำว่า “against their will” ตามบทบัญญัติมาตรา 9(1) นั้น คู่มือปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ (Implementation Handbook for Convention on the Rights of the Child) อธิบายว่า หมายถึง เจตนาของบิดามารดา หรือ เจตนาของบิดามารดา ร่วมกับเจตนาของเด็ก

⁹⁰ Jean Zermatten, *supra* note 63.

⁹¹ Article 9 (3) “States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.”

⁹² Article 18(1) States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.

⁹³ Jean Zermatten, *supra* note 63.

3) การแยกเด็กจากสภาพครอบครัว ตามมาตรา 20(1)⁹⁴ วางหลักไว้ว่า ไม่ว่าจะโดยชั่วคราวหรือถาวร หรือที่ไม่อาจปล่อยให้เด็กถูกแยกจากสภาพครอบครัว เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองและให้ความช่วยเหลือเป็นพิเศษ ซึ่งตามมาตราดังกล่าวนี้หากคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กแล้ว เด็กไม่สามารถที่จะถูกแยกออกจากสภาพแวดล้อมของครอบครัวของเด็กได้ ทั้งนี้รัฐจะต้องเข้ามาดำเนินการให้ความดูแลและช่วยเหลือแก่เด็กที่อยู่ในสภาวะดังกล่าว

4) การรับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา 21⁹⁵ วางหลักไว้ว่าการรับบุตรบุญธรรมนั้น รัฐภาคี

⁹⁴ Article 20(1) A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.

⁹⁵ Article 21 “States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall:

(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counseling as may be necessary;

(b) Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin;

(c) Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption;

(d) Take all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it;

(e) Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavour, within

จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด ซึ่งในการบัญญัติมาตรานี้ เนื่องจากคณะกรรมการยกกว้างๆ เห็นได้ว่าเด็กที่อยู่ในสถานการณ์ที่ต้องแยกจากครอบครัว ควรที่จะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ⁹⁶

5) การถูกลิดรอนเสรีภาพของเด็ก ตามมาตรา 37(c)⁹⁷ ได้วางหลักในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า เด็กที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรมและด้วยความเคารพ ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เด็กที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะต้องถูกแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ เว้นแต่จะพิจารณาเห็นว่าจะเป็นผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่จะไม่แยกเช่นนั้น

6) การพิจารณาและกระบวนการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับเยาวชน ตามมาตรา 40⁹⁸ (2)(B)(iii) ได้วางหลักไว้ว่าเด็กที่ถูกตั้งข้อหาว่ากระทำความผิดอาญาจะต้องได้รับการตัดสินโดย ไม่ชักช้า โดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจอิสระเป็นกลาง ทั้งนี้ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม เว้นแต่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าจะไม่เป็นผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาถึงอายุของเด็ก หรือสถานการณ์ บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก

this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs.”

⁹⁶ Jean Zermatten, *supra note 63*.

⁹⁷ Article 37(c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances.

⁹⁸ Article 40(2)(B)(iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interests of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardian;

2.2.3.2. การบังคับใช้ร่วมกับหลักการพื้นฐานของอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ ในการประชุมกร่างอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ คณะกรรมการกร่างฯ ได้เน้นย้ำว่าการพิจารณาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ นั้น จะต้องเป็นการพิจารณาในภาพรวมและจะต้องให้ความสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างมาตราด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตราที่ได้รับการยกระดับให้เป็นหลักการทั่วไป (มาตรา 2, 3, 6, และ 12)⁹⁹ ฉะนั้นการพิจารณาหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 2 สิทธิในการมีชีวิตอยู่ การอยู่รอด และการพัฒนาของเด็ก ตามมาตรา 6 และสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการให้ความสำคัญแก่ความคิดเห็นของเด็ก ตามมาตรา 12 จะต้องสัมพันธ์กับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1)¹⁰⁰

1) หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก ตามมาตรา 2¹⁰¹ ตามบทบัญญัติมาตรา 2(1) สามารถแยกหน้าที่ของรัฐได้ 2 ประการ คือ

- รัฐภาคีจะเคารพสิทธิของเด็กทุกคนที่อยู่ในอำนาจศาล (jurisdiction) ของตน
- รัฐภาคีจะประกันสิทธิของเด็กทุกคนที่อยู่ในอำนาจศาล (jurisdiction) ของตน

ทั้งนี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือทางสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ตามกฎหมาย

⁹⁹ Elena Rozzi, *supra note 57* p. 5.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Article 2

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

บทบัญญัติมาตรา 2(2) กำหนดให้รัฐภาคีมีมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง เพื่อประกันว่าเด็กได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ หรือการลงโทษทุกรูปแบบ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 2 แล้ว พบว่าการกระทำใด ๆ ของรัฐจะให้ความเคารพและประกันสิทธิของเด็กว่าปราศจากการเลือกปฏิบัติ และหากเมื่อพิจารณาประกอบกับ มาตรา 3(1) ที่วางหลักให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ฉะนั้นนอกจากที่รัฐจะต้องดำเนินการมาตรการใด ๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อเด็กแล้ว รัฐก็ต้องคำนึงถึงว่าการดำเนินการมาตรการดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็กหรือไม่

2) สิทธิในการมีชีวิตอยู่ การอยู่รอด และการพัฒนาของเด็ก ตามมาตรา 6 ตามบทบัญญัติมาตรา 6¹⁰² ได้วางหลักไว้ว่า รัฐภาคียอมรับว่าเด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวที่จะมีชีวิต และจะต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้เพื่อให้เด็กมีชีวิตอยู่รอดและได้รับการพัฒนา ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักมาตรา 3(1) แล้ว พบว่าการกระทำอย่างใด ๆ ของรัฐที่เป็นการให้ประกันเพื่อให้เด็กสามารถมีชีวิตอยู่รอดและได้รับการพัฒนานั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกด้วย

3) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นและการให้ความสำคัญแก่ความคิดเห็นของเด็ก ตามมาตรา 12 ตามบทบัญญัติมาตรา 12¹⁰³ กำหนดให้รัฐภาคีต้องประกันแก่เด็กที่มีความสามารถ

¹⁰² Article 6

1. State Parties recognize that every child has the inherent right to life.
2. State Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

¹⁰³ Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly,

(capable) ทุกคนมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นโดยเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มีผลกระทบ ต่อเด็ก ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 3(1) การแสดงความคิดเห็นของเด็กโดยเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็กนั้น หากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ขัดหรือแย้งต่อประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว รัฐควรที่จะมีมาตรการป้องกันที่เหมาะสม เพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิของเด็ก ในกรณีดังกล่าว Thomas Hammarberg อดีตสมาชิกคณะกรรมาธิการว่าด้วยสิทธิเด็กให้ความเห็นว่า วิธีการที่มีความแน่นอนที่สุดที่จะทราบถึงความคิดเห็นของเด็กเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ นั้น ก็โดยการถามความคิดเห็นจากเด็กโดยตรง ทั้งนี้จะต้องพิจารณาจากอายุและพัฒนาการของเด็กประกอบด้วย¹⁰⁴

2.2.3.3. การใช้บังคับร่วมกับมาตราอื่น ๆ และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก นอกจากหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) จะใช้บังคับในกรณีเฉพาะ และใช้ร่วมกับหลักการพื้นฐานแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แล้ว ยังสามารถที่จะนำมาบังคับใช้ร่วมกับมาตราอื่นในอนุสัญญาและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กทั้ง 2 ฉบับได้ ทั้งนี้เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีต่าง ๆ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ ไม่ว่าจะการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นจะต้องพิจารณาถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นลำดับแรก ซึ่งในการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดมาใช้บังคับร่วมกับมาตราอื่น ๆ และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พิจารณาได้ดังนี้

1) การใช้บังคับร่วมกับมาตราอื่นของอนุสัญญา ตามมาตรา 3(1) เป็นหลักการให้ความคุ้มครอง (Umbrella principle) อีกทั้งเป็นหลักการพื้นฐานของอนุสัญญา ฉะนั้นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีต่าง ๆ ที่ได้มีการรับรองโดยอนุสัญญา จำเป็นที่ต้องนำมาตรา 3(1) มาพิจารณาประกอบ และหากปรากฏความขัดแย้งในการคุ้มครองสิทธิของเด็กในการบังคับใช้มาตรานั้น ๆ หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ก็จะถูกนำมาพิจารณาเพื่อแก้ปัญห ความขัดแย้งดังกล่าว

2) การบังคับใช้ร่วมกับพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญา ภายหลังจากที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิฯ ได้มีผลบังคับใช้แล้ว ก็เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องของการค้าเด็กและการใช้ประโยชน์จากเด็กในรูปแบบต่าง ๆ รวมถึงการที่เด็กต้องเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อาวุธต่อสู้ในการทำ

or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

¹⁰⁴ Rebeca Rios Kohn, *supra note 1*.

สงคราม ฉะนั้นองค์การสหประชาชาติได้จัดทำพิธีสารเลือกรับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ อีกสองฉบับในปี พ.ศ. 2543 คือพิธีสารเลือกรับฯ เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ซึ่งเป็นพิธีสารเพิ่มเติมมาตรา 38 โดยมีหลักการให้รัฐภาคีรับรองสิทธิและประกันว่าบุคคลที่มีอายุไม่ถึง 18 จะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบและไม่ถูกบังคับให้เข้าร่วมในกองทัพ และพิธีสารเลือกรับฯ เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ซึ่งเป็นพิธีสารเพิ่มเติมมาตรา 32, 34, 35 ว่าด้วยการแสวงประโยชน์จากเด็กทางเศรษฐกิจและทางเพศ มีสาระประกอบด้วยข้อบท 17 ข้อ โดยมีหลักการที่มุ่งการคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ทางเพศ และพัฒนาการทางร่างกายและจิตวิญญาณของเด็ก

พิธีสารเลือกรับทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว ออกโดยอาศัยอำนาจของบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ฉะนั้นหลักเกณฑ์การปฏิบัติตามบทบัญญัติของพิธีสารเลือกรับทั้งสองฉบับ จำเป็นที่จะต้องยึดถือตามหลักการปฏิบัติของอนุสัญญาฯ ด้วย ซึ่งทุก ๆ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกเสมอ อีกทั้งที่ประชุมทั่วไปในการยกร่างพิธีสารเลือกรับฯ เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ที่ประชุมให้ความเห็นว่า จะต้องมีการปฏิบัติตามหลักการที่ว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกในทุก ๆ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็ก¹⁰⁵

2.2.4 หลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

เมื่อพิจารณาทบบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ แล้ว พบว่าเป็นการกล่าวถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้มีการให้คำนิยามหรือหลักการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากความหลากหลายของปัจจัยต่าง ๆ เช่น วัฒนธรรม ศาสนา สิ่งแวดล้อม และแนวนโยบายของรัฐ เป็นต้น ซึ่ง ในระบบกฎหมาย common law หลายประเทศที่ได้มีการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในเรื่องของกฎหมายครอบครัว หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเลี้ยงดูเด็ก (child custody) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย เป็นต้น และรวมถึงบางรัฐในระบบกฎหมาย civil law ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในกฎหมายภายในของตน เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

¹⁰⁵ General Assembly Resolution 54/263 (2000), Annex I.

หลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของแต่ละรัฐ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่คล้ายคลึงกัน แต่จะแตกต่างกันในเรื่องของรายละเอียดของปัจจัยที่นำมาพิจารณา เช่น

2.2.4.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหรัฐอเมริกาปรับเอาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้กับระบบกฎหมายครอบครัวและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลี้ยงดูเด็กตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 โดยคดีแรกที่มีการ นำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในคดีของศาลได้แก่คดี Chapsky & Woods ในปี ค.ศ. 1889 ซึ่งในคดีนี้ศาลได้มีคำวินิจฉัยให้การเลี้ยงดูเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วย¹⁰⁶ ซึ่งต่อมาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ก็ได้รับการนำมาใช้อย่างแพร่หลายในรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา¹⁰⁷ การแบ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบของผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของสหรัฐอเมริกานั้น ในแต่ละมลรัฐของสหรัฐอเมริกามีการกำหนดหลักเกณฑ์การ พิจารณาองค์ประกอบผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นของตนเอง เช่น ตาม Title 31, Article 1, s.11.5, s.21 แห่งประมวลกฎหมายของรัฐ Indiana ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ ดังนี้

- 1) อายุและเพศของเด็ก
- 2) ความปรารถนาของบิดามารดาของเด็ก หรือผู้ปกครอง
- 3) ความปรารถนาของเด็ก โดยเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีบริบูรณ์จะได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ
- 4) ปฏิสัมพันธ์และความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดา หรือบิดามารดา หรือพี่น้อง และกับบุคคลอื่นผู้ที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก
- 5) การปรับตัวของเด็กเข้ากับครอบครัว โรงเรียน และสังคม
- 6) สุขภาพจิตและสุขภาพทางกายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กแต่ละคน

2.2.4.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ได้รับแนวความคิดเรื่องหลักผลประโยชน์สูงสุดของ

¹⁰⁶ Lawrence – Karski, Ruth, “Legal rights of the child: United States and United Nations Convention on the Rights of the Child,” International Journal of Children’s Rights, 4, (Netherland : Kluwer, 1996), p.36.

¹⁰⁷ *Ibid.*

เด็กมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 โดยได้มีการบัญญัติการพิจารณาองค์ประกอบผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ พระราชบัญญัติของเด็ก (Children's Bill) ในบทที่ 2 ในเรื่องหลักทั่วไป มาตรา 6(1) ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

- 1) ลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคล ระหว่าง
 - (1) เด็กกับบิดามารดา หรือผู้ปกครองอื่น ๆ และ
 - (2) เด็กและผู้ดูแลเด็กรูปแบบอื่น หรือบุคคลอื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องที่อยู่แวดล้อมเด็ก
- 2) เจตคติ (attitude) ของบิดามารดา หรือผู้ปกครองอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับ
 - (1) เด็ก และ
 - (2) การปฏิบัติที่อยู่ในความรับผิดชอบของบิดามารดา หรือการเคารพในสิทธิของเด็ก
- 3) ความสามารถของบิดามารดา หรือของผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก หรือบุคคลอื่น ในการที่จะปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามความต้องการของเด็ก อันประกอบด้วยความต้องการทางด้าน ภาวะทางอารมณ์และสติปัญญา
- 4) ผลกระทบที่น่าจะเกิดขึ้นกับเด็กอันเกิดเนื่องมาจากสภาวะแวดล้อมรอบตัวเด็กที่เปลี่ยนแปลงไป อันประกอบด้วย ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กที่ถูกแยกจาก
 - (1) ทั้งบิดามารดาของเด็ก
 - (2) พี่น้อง หรือเด็กอื่น ๆ หรือจากผู้ดูแลเด็ก หรือบุคคลอื่น ที่เด็กได้อาศัยอยู่ด้วย
- 5) ความยากลำบากในการปฏิบัติและค่าใช้จ่ายของเด็กในการติดต่อกับบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือไม่เป็นกรณีความยากลำบากหรือค่าใช้จ่ายที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิของเด็กในการเลี้ยงดูและการติดต่อโดยตรงกับบิดามารดา หรือผู้ปกครอง
- 6) ความต้องการสำหรับเด็ก
 - (1) ในการดูแลจากบิดามารดา ครอบครัว และ
 - (2) ในการติดต่อกับครอบครัวของเด็ก กลุ่มชน วัฒนธรรมหรือประเพณี
- 7) สิ่งที่เกี่ยวข้องกับเด็ก
 - (1) อายุ การเจริญเติบโต และพัฒนาการของเด็ก
 - (2) เพศ และ
 - (3) ภูมิหลัง และสิ่งต่าง ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคลิกภาพของเด็ก
- 8) ความปลอดภัยทางด้านร่างกายและทางภาวะอารมณ์ พัฒนาการทางด้าน สติปัญญา อารมณ์ สังคม และวัฒนธรรม
- 9) ความต้องการสำหรับเด็กที่จะได้รับการอบรมสั่งสอนภายในสภาวะแวดล้อม

ครอบครัวที่มั่นคง และหากไม่สามารถที่จะเป็นไปได้ ก็ให้อยู่ภายใต้สิ่งแวดล้อมที่คล้ายคลึงกันกับ
สภาวะแวดล้อมของครอบครัวที่ให้การเลี้ยงดู

10) ความต้องการในการให้ความคุ้มครองเด็กจากภัยคุกคามทั้งทางกายและจิตใจ โดยมีเหตุเนื่องมาจาก

(1) เด็กที่ถูกทรมาน ถูกทำร้าย ถูกทอดทิ้ง ถูกแสวงหาประโยชน์ หรือเด็กที่ถูกดูหมิ่น
ศักดิ์ศรี หรือการเปิดเผยเด็กที่ได้รับผลกระทบจากความรุนแรง หรือการแสวงหาประโยชน์ หรือ
พฤติกรรมที่รุนแรงอื่น ๆ

(2) การเปิดเผยเด็กที่ได้รับการทรมาน ถูกทำร้าย ถูกดูหมิ่นศักดิ์ศรี ได้รับการทารุณ
ได้รับความรุนแรง หรือพฤติกรรมที่รุนแรง หรือพฤติกรรมซึ่งเป็นอันตรายอันจะส่งผลกระทบต่อคนอื่น

11) ความรุนแรงในครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือสมาชิกภายในครอบครัวของเด็ก
และ

12) ซึ่งการกระทำ หรือการตัดสินใจใด ๆ อันควรหลีกเลี่ยง หรือไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือไม่
เป็นไปตามระเบียบราชการที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็ก

จากหลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบของผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของทั้ง
สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ จะพบว่าหลักเกณฑ์หลายประการที่มีความคล้ายคลึง
กันในเรื่องของทางกายภาพและจิตใจของเด็ก ครอบครัวและความสัมพันธ์ในครอบครัว และความ
ปรารถนาและความนึกคิดเด็ก เป็นสำคัญที่ทั้งสองประเทศนำมาเป็นปัจจัยหลักในการนำมาเป็น
องค์ประกอบการพิจารณาหลักเกณฑ์การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก