

บทที่ 3

การคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ในทางระหว่างประเทศ

ภายหลังจากที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 แล้ว อนุสัญญาก็มีผลบังคับใช้เช่นกฎหมายและมีผลผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นในการกระทำใด ๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องกับเด็กรัฐภาคีจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก

3.1 ขอบเขตในการบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศ

ตามมาตรา 3(1) กำหนดให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กไม่ว่าจะเป็นการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ก็ตาม จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว พบว่ามาตรา 3(1) มีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้าง ฉะนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาร่วมกับมาตราอื่น ๆ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ประกอบการพิจารณาถึงขอบเขตการบังคับใช้มาตรา 3(1)

ดังนั้นขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ในทางระหว่างประเทศ สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.1.1 เกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับการคุ้มครอง

การให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยอาศัย มาตรา 3(1) มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้คุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยจะพบว่าบทบัญญัติตามอนุमतราดังกล่าวกำหนดให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ซึ่งบทบัญญัติจะใช้คำว่า “child” และเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 1¹ ให้คำนิยามของคำว่าเด็กว่า หมายถึง มนุษย์ทุก

¹ Convention on the Rights of the Child 1989.

คนที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็ก นั้น หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแห่งอนุสัญญาแล้วจะพบว่ามีการกำหนด การสิ้นสุดของ ความเป็นเด็กไว้ กล่าวคือ บุคคลที่มีอายุเกินกว่า 18 ปีและการบรรลุนิติภาวะของเด็กที่อาจมีอายุ ต่ำกว่า 18 ปีตามกฎหมายที่ใช้บังคับ แต่บทบัญญัติมาตรา 1 ไม่ได้มีการกำหนดเกณฑ์อายุต่ำสุด ของเด็กไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้การที่คณะกรรมการมีความเห็นว่าการที่ไม่ได้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำ ต่ำสุดเนื่องจากต้องการให้รัฐภาคีเป็นผู้กำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กเอง เพราะว่า การให้ความ คุ่มครองเด็กในแต่ละกรณีอาจจะมีเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่แตกต่างกัน² ฉะนั้นตามนิยามของคำว่า “เด็ก” ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ที่จะได้รับ ความคุ้มครองโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตาม มาตรา 3(1) นั้น ได้แก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

แต่ก็มีประเด็นปัญหาว่าทารกที่อยู่ในครรภ์มารดานั้น จะได้รับความคุ้มครองตามหลัก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) หรือไม่ ในการประชุมครั้งสุดท้าย (final session) ของ คณะทำงานที่ประชุมได้ยกประเด็นปัญหาการทำแท้ง (abortion) ขึ้นมาถกเถียงกันว่าทารกใน ครรภ์มารดา (fetus) ควรจะได้รับความคุ้มครองจากอนุสัญญาหรือไม่³ กรณีดังกล่าว เมื่อพิจารณา จากส่วนอารัมภบทของอนุสัญญาซึ่งกล่าวว่า “เด็กโดยเหตุที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งร่างกายและจิตใจ จึงต้องการการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสม ทั้งก่อนและหลังการเกิด (before as well as after birth)” พบว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็ก นั้น หมายความว่ารวมถึงทารกในครรภ์มารดาที่จะได้รับการรับรองสิทธิตามอนุสัญญาฯ ด้วย ฉะนั้นจาก ถ้อยคำดังกล่าวจึงสามารถสรุปได้ว่าทารกในครรภ์มารดาก็ได้รับความคุ้มครองโดยหลัก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ด้วย แต่ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าทารกใน

Article 1 “For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.”

² Rachel Hodgkin and Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Full revised edition, (Geneva : Atar SA, 2002), p. 15.

³ อังอร จินตนาเลิศ, “กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่า ด้วยสิทธิเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 23, อ้างใน, Philip Alston, “The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child,” Human Rights Quarterly, 1, 156 (1990).

ครรภ์มารดา จะได้รับความคุ้มครองโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดได้นั้น ต้องพิจารณา ตามความเหมาะสมในการปรับใช้เป็นรายกรณีที่เกิดขึ้นด้วย เช่น ในกรณีที่มารดามีโรคแทรกซ้อนในระหว่างการตั้งครรภ์ โดยหากคลอดบุตรแล้วก็อาจทำให้มารดาต้องเสียชีวิต ซึ่งควรที่น่าจะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นของการมีชีวิตของมารดากับเด็ก โดยหากพิจารณาถึงผลประโยชน์ของเด็กเป็นลำดับแรกแล้ว ก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่มารดา เป็นต้น

นอกจากประเด็นเรื่องสิทธิของทารกในครรภ์มารดา (fetus) แล้ว ยังมีประเด็นปัญหาในเรื่องสิทธิของ ตัวอ่อน (embryo)⁴ ที่ถือว่าเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันในทางระหว่างประเทศ ว่าตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์มารดานั้นมีสิทธิเช่นเดียวกับทารกในครรภ์มารดา (fetus) หรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวมีนักนิติศาสตร์หลายท่านมีความเห็นว่า ตัวอ่อน (embryo) นั้นถือว่าเป็นสิ่งมีชีวิตแล้ว ฉะนั้นจึงควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับทารกในครรภ์มารดา (fetus) นอกจากนี้ในหลายประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของ ตัวอ่อน (embryo) เช่น ประเทศเยอรมันได้ออกกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของตัวอ่อน (embryo) ชื่อว่า Germany's Embryo Protection Law (1990) เป็นต้น แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ไม่ได้ให้การรับรองสิทธิและความคุ้มครองแก่ตัวอ่อน (embryo) ทั้งนี้เนื่องจากมีความเห็นว่าตัวอ่อน (embryo) นั้นไม่มีสถานะบุคคลตามกฎหมาย

3.1.2 ขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ฯ ได้บัญญัติถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในมาตรา 3(1) ซึ่งขอบเขตการบังคับใช้ของอนุमतราดังกล่าวจะพิจารณาจากขอบเขตการบังคับใช้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ฯ ประกอบกับหลักการในเรื่องขอบเขตการใช้บังคับของสนธิสัญญาแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 โดยสามารถแยกพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ ดังนี้

3.1.2.1 ขอบเขตการใช้บังคับโดยการตีความจากบทบัญญัติ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 3(1) สามารถที่จะแยกพิจารณาถึงขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ ดังนี้

⁴ เอมบริโอ (Embryo) คือ ระยะเวลาของสิ่งมีชีวิตที่ยังไม่เจริญเป็นตัวเต็มวัย ซึ่งนับตั้งแต่ไข่ได้รับการปฏิสนธิและเจริญ และยังมีอวัยวะต่าง ๆ ไม่ครบ

1) ในทุกการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็ก (in all actions concerning children) ถ้อยคำ บทบัญญัติมาตรา 3(1) ในตอนแรก ซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “ในทุกการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็ก...” (in all actions concerning children...) พบว่าถ้อยคำดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างที่กำหนดให้การกระทำใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็กโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม⁵ จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ซึ่งในการยกเว้นมาตรา 3(1) ในส่วนของประโยคดังกล่าวนี้ได้มีการแก้ไขถ้อยคำหลายครั้งเพื่อให้ได้ถ้อยคำที่มีความเหมาะสมและครอบคลุมต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยในครั้งแรกของการยกเว้นมีการใช้ถ้อยคำว่า “ในการกระทำใด ๆ ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเด็ก” (in all official actions concerning children) แต่คณะกรรมการยกเว้นฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นไม่ควรที่จะจำกัดเฉพาะหน่วยงาน ฉะนั้นจึงได้ตัดคำว่า หน่วยงาน (official) ออก นอกจากนี้ Geraldine Van Bueren ให้ความเห็นว่าวลีที่กล่าวว่า “ทุกการกระทำ” (all actions) นั้น ไม่ได้มุ่งหมายเฉพาะการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการกระทำของบุคคลหรือหน่วยงานของเอกชนด้วย⁶

2) เด็กที่ได้รับความคุ้มครอง (child) ตามบทบัญญัติมาตรา 3(1) ตอนท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ...” (best interests of the child...) ซึ่งตามบทบัญญัตินี้ใช้คำว่า “child” โดยจะแตกต่างจากถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในตอนต้น ที่ใช้ถ้อยคำว่า “การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก...” “ที่จะใช้คำว่า children เมื่อพิจารณาจากหลักไวยากรณ์ของวลีดังกล่าว⁷ ประกอบกับเจตนารมณ์ในการยกเว้นมาตราดังกล่าวพบว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น พิจารณาเฉพาะการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กในแต่ละราย ทั้งนี้เนื่องจากข้อเท็จจริงแห่งคดีและปัจจัยในการพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในแต่ละกรณีย่อมที่จะมีความแตกต่างกันไป

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 2 พบว่าคำว่าเด็ก (child) ที่ได้รับความ

⁵ 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).

⁶ *Ibid*, see also, Geraldine Van Bueren , The International Law on the Rights of the Child, (1995).

⁷ Jean Zermatten. “The Best Interests of the Child From the Literal Analysis to the Philosophical Scope.” (2003). <http://www.childrigh.org/html/documents/wr/2003-3_en.pdf>.

คุ้มครองตามมาตรา 3(1) นั้น จะต้องไม่ถูกจำกัดในเรื่องของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็น เรื่องการเมือง ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ สังคม สัญชาติ ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ หรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือของบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ดังนั้นเด็กไม่ว่าจะมีความแตกต่างกัน เรื่องใด ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1)

3.1.2.2 ขอบเขตการใช้บังคับโดยผลผูกพันแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ มาตรา 3(1) เป็นบทบัญญัติหนึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ด้วย โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ จะมีผลผูกพันให้รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งการเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นั้น ส่วนที่ 3 วางหลักเกณฑ์การเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ไว้ 2 วิธี คือ การให้สัตยาบันตามมาตรา 47⁸ และการภาคยานุวัติตามมาตรา 48⁹ ซึ่งภายหลังจากที่รัฐได้ให้สัตยาบันหรือให้การภาคยานุวัติแก่อนุสัญญาฯ แล้ว ตามนัยมาตรา 49¹⁰ กำหนดให้อนุสัญญาฯ นี้มีผลบังคับใช้ใน 2 กรณี คือ มีผลใช้บังคับในวันที่สามสิบ นับจากวันที่สัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารฉบับที่ยื่นได้มอบไว้กับเลขาธิการสหประชาชาติ

⁸ Article 47

The present Convention is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

⁹ Article 48

The present Convention shall remain open for accession by any State. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

¹⁰ Article 49

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

และสำหรับรัฐแต่ละรัฐที่ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญานี้ ภายหลังจากการมอบสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารฉบับที่ยื่นไว้แล้ว อนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับกับรัฐนั้นๆ ในวันที่สามสิบนับจากวันที่รัฐนั้นได้มอบสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสาร โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นี้ มีผลบังคับใช้นับตั้งแต่วันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 ปัจจุบันมีรัฐภาคีทั้งสิ้น 193 ประเทศ โดยมีประเทศที่ให้สัตยาบันทั้งสิ้น 140 ประเทศ และประเทศที่ให้ภาคยานุวัติทั้งสิ้น 53 ประเทศ¹¹ ซึ่งประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ โดยการลงนามในภาคยานุวัติสารเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2535 และมีผลบังคับใช้ในประเทศไทยเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ.2535¹²

นอกจากการเข้าเป็นภาคีของรัฐในอนุสัญญา แล้ว ตามมาตรา 51¹³ อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถตั้งข้อสงวนได้ล่วงหน้า ซึ่งข้อสงวนที่รัฐภาคีตั้งขึ้นนั้นจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญา และเมื่อรัฐภาคีได้ตั้งข้อสงวนแล้วก็สามารถเพิกถอนข้อสงวนดังกล่าวได้ในภายหลังในเวลาใด ๆ โดยรัฐภาคีนั้นแจ้งการเพิกถอนข้อสงวนนั้นต่อเลขาธิการสหประชาชาติ ข้อสงวนที่มีการแจ้งการเพิกถอนก็จะมีผลนับตั้งแต่วันที่ได้มีการแจ้งต่อเลขาธิการสหประชาชาติ แต่เนื่องจากมาตรา 3(1) เป็นหลักการพื้นฐานแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รัฐภาคีไม่สามารถที่จะตั้งข้อสงวนในมาตราดังกล่าวได้ ซึ่งจะมีผลในการนำเอาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตาม มาตรา 3(1) มาพิจารณาประกอบร่วมกับบทบัญญัติมาตราอื่นแห่งอนุสัญญา เช่น การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาประกอบกับกรณีการให้สัญชาติแก่เด็กภายหลังการเกิด

¹¹ ดูภาคผนวก ง.

¹² กมลรินทร์ พิณจิววดล, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก : สิทธิเด็กในประเทศไทย,” บทปริทัศน์, 53(ธันวาคม 2540), หน้า 100.

¹³ Article 51

1. The Secretary-General of the United Nations shall receive and circulate to all States the text of reservations made by States at the time of ratification or accession.

2. A reservation incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.

3. Reservations may be withdrawn at any time by notification to that effect addressed to the Secretary-General of the United Nations, who shall then inform all States. Such notification shall take effect on the date on which it is received by the Secretary-General

ตามมาตรา 7 โดยหากรัฐภาคีได้ตั้งข้อสงวนมาตรา 7 ไว้ การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาในกรณีดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะมีผลบังคับใช้ได้ เป็นต้น

นอกจากนี้พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แม้รัฐภาคีจะได้ยินยอมที่จะผูกพันที่จะปฏิบัติตามอนุสัญญาแล้วก็ตาม แต่อนุสัญญาก็ไม่ได้บังคับให้รัฐภาคีต้องผูกพันตนกับพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาด้วยแต่อย่างใด โดยจะขึ้นอยู่กับความสมัครใจของรัฐภาคี ฉะนั้นแม้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะมีการปรับใช้กับพิธีสารเพิ่มเติม ด้วยก็ตาม แต่หากรัฐไม่ได้ยินยอมที่จะผูกพันตนกับพิธีสารเลือกรับแล้ว ก็ไม่อาจบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในกรณีที่พิธีสารเลือกรับให้การรับรองสิทธิของเด็กในเรื่องนั้น ๆ ได้

ฉะนั้น ขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องคำนึงถึงว่ารัฐนั้นเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือไม่ อีกทั้งในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ พิจารณาประกอบกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น หากมิใช่เป็นหลักการพื้นฐานแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ หรือขัดต่อวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญาฯ แล้ว ก็จะต้องพิจารณาว่ามาตราที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กดังกล่าวรัฐภาคีได้ตั้งข้อสงวนไว้หรือไม่

3.1.2.3 ขอบเขตการบังคับใช้โดยสถานที่ เมื่อรัฐเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ แล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลเหนือดินแดนของรัฐภาคีนั้นทั้งปวง ให้รวมทั้งดินแดนทางบก ห้วงอากาศที่อยู่เหนือดินแดนนั้นตลอดจนเขตแดนทางทะเลของรัฐภาคีด้วย¹⁴ ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 29¹⁵ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ซึ่งกำหนดให้สนธิสัญญามีผลเหนือดินแดนทั้งปวงของรัฐภาคี เว้นแต่รัฐภาคีจะมีเจตนาเป็นอย่างอื่น ฉะนั้นขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น ย่อมที่จะมีผลเหนือดินแดนทั้งปวงของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ดังนั้น ขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) จะมีผลบังคับใช้ภายในดินแดนทั้งปวงของรัฐภาคี โดยเด็กทุกคนไม่คำนึงว่าเด็กนั้นจะมีความแตกต่างใน

¹⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550), หน้า 173.

¹⁵ VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 1969

Article 29 Territorial scope of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

เรื่องใด เช่น จะมีสัญชาติของรัฐนั้นหรือไม่ ย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี เพื่อก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็กอย่างแท้จริง

3.2. กลไกการคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ในทาง ระหว่างประเทศ

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) เป็นหลักที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค .ศ.1989¹⁶ และมีความสำคัญยิ่งต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ฉะนั้นเพื่อให้การบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศสามารถที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กได้ จึงจำเป็นต้องมีกลไกการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ได้กำหนดกลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญา และเพื่อเป็นการตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 42 – 45 ดังนี้

3.2.1. คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (the Committee on the Rights of the Child)

ตามมาตรา 43 (1)¹⁷ กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก ทั้งนี้เพื่อ ให้มีการดำเนินการตรวจสอบความคืบหน้าของรัฐบาลให้บรรลุไปตามพันธะที่มีตามอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ฯ ซึ่งการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กนี้เป็นกลไกหนึ่งสำหรับการคุ้มครองสิทธิ

¹⁶ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 27.

¹⁷ 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.

มนุษยชน¹⁸ ที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน โดยจะทำการตรวจสอบถึงความพยายามของรัฐภาคีในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามมาตรฐานแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ

3.2.1.1 สมาชิกภาพของคณะกรรมการ ตามมาตรา 43(2) กำหนดให้คณะกรรมการประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญ 10 คน และกำหนดคุณสมบัติไว้ว่าจะต้องมีสถานะทางศีลธรรมสูงและเป็นที่ยอมรับในความสามารถในด้านที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ครอบคลุมถึงรัฐภาคีจะเลือกตั้งสมาชิกของคณะกรรมการจากคนชาติของตน และสมาชิกของคณะกรรมการนี้จะทำหน้าที่ในฐานะส่วนตัว ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงการกระจายทางภูมิศาสตร์อย่างเป็นธรรม และคำนึงถึงระบบกฎหมายหลัก

3.2.1.2 ที่มาของคณะกรรมการ ตามมาตรา 43(2) กำหนดให้คณะกรรมการมาจากการเสนอชื่อบุคคลจากคนชาติของรัฐภาคี แล้วทำการเลือกตั้งเพื่อให้ได้คณะกรรมการ จำนวน 10 คน โดยการลงคะแนนเลือกตั้งคณะกรรมการ นั้นมาตรา 43(3)¹⁹ กำหนดให้กระทำโดยการลงคะแนนลับจากรายชื่อบุคคลที่ได้รับการเสนอโดยรัฐภาคี ภายหลังจากที่คณะกรรมการ ได้รับการเลือกตั้งแล้ว จะมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี แล้วจึงทำการเลือกตั้งใหม่ ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 43(6)²⁰ ซึ่งคณะกรรมการที่เคยได้ดำรงตำแหน่งแล้วมีสิทธิได้รับการเลือกตั้งซ้ำหากได้รับการเสนอชื่ออีก

¹⁸ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วในวงเล็บที่* 3 น. 43, อ้างใน, Dan O'Donnell, "The Committee on the Rights of the Child : A new UN Treaty Monitoring body – Two Steps Forward... One Step Backward?," *International Children's rights Monitor* 4, (1991).

¹⁹ Article 43(3)

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

²⁰ Article 43(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."

3.2.1.3 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการฯ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ได้กำหนดอำนาจหน้าที่หลักของคณะกรรมการไว้ 3 ประการ คือ

1) ทำหน้าที่ในการพิจารณารายงานของรัฐภาคี ซึ่งตามมาตรา 43(1) กำหนดให้คณะกรรมการฯ ที่จัดตั้งขึ้นทำหน้าที่ในการตรวจสอบความคืบหน้าของรัฐภาคีในการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ โดยการตรวจสอบดังกล่าวตามมาตรา 44(1)²¹ กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องทำรายงานเสนอต่อคณะกรรมการฯ โดยผ่านเลขาธิการสหประชาชาติ 2 ปีนับแต่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ มีผลบังคับใช้และในทุก ๆ 5 ปีหลังจากนั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้รัฐภาคียินยอมปฏิบัติตามพันธกรณีด้วยความสมัครใจมากกว่าที่จะใช้การลงโทษ (penalization) หรือสร้างความกดดันเพื่อบังคับให้รัฐนั้นปฏิบัติตามพันธกรณี²²

ในการจัดทำรายงานของรัฐภาคีนั้น คณะกรรมการจะส่ง guidelines ให้แก่รัฐภาคี ซึ่ง guidelines นี้จะเป็นเสมือนคู่มือในการจัดทำรายงานของรัฐภาคีว่าจะต้องเขียนรายงานเช่นไร และมีองค์ประกอบเรื่องใดบ้าง โดยรูปแบบของรายงานที่ถูกกำหนดประการหนึ่งให้รัฐภาคีจะต้องรายงานให้คณะกรรมการทราบคือ มาตรการในการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักทั่วไป (general principles) ซึ่งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น ถือเป็นหลักประการหนึ่งของหลักทั่วไป²³ ที่รัฐภาคีจะต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการว่ารัฐภาคีได้ดำเนินการอย่างไรในการปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่น ในการเสนอรายงานผลการ

²¹ Article 44(1)

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.

²² อิงอร จินตนาเลิศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3 น. 45, อ้างใน, Cynthia Price Cohen, United Nations: Convention on the Rights of the Child Introductory Note, 4-6 International Legal Materials 1448, 1452 (1989).

²³ ดูประกอบหัวข้อ 2.1.2

ดำเนินงานของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ฉบับที่ 2 ประเทศไทยได้ตอบคำถามในเรื่องแนวทางทั่วไปในการจัดทำรายงาน เกี่ยวกับเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยสรุปการดำเนินงานเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก นอกจากกฎหมายสรุปได้ดังนี้²⁴

- (1) การกำหนดนโยบายและแผนพัฒนา นโยบายการเคหะ การขนส่ง และสิ่งแวดล้อม
- (2) การจัดสรรงบประมาณให้แก่หน่วยงานและการบริหารงบประมาณที่ได้จากการจัดสรรเพื่อการพัฒนาเด็กและเยาวชนจากส่วนกลางไปสู่ท้องถิ่น
- (3) การอุปถัมภ์เด็ก และการนำเด็กเข้ารับการดูแลในสถาบันต่าง ๆ
- (4) การบริหารกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็ก
- (5) การดำเนินการสำหรับผู้พลัดถิ่นและผู้อพยพ
- (6) กลไกการตรวจสอบ
- (7) หลักสูตรการอบรมผู้ทำงานด้านเด็ก

นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติกฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ ที่ได้บรรจุหลักการเกี่ยวกับผลประโยชน์สูงสุดและความต้องการของเด็กที่รัฐจะต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรกในการดำเนินงานทุก ๆ ด้านที่เกี่ยวข้องกับเด็ก²⁵ เป็นต้น

2) หน้าที่ในการดำเนินการใด ๆ ในการพิจารณารายงานของรัฐภาคีตามบทบัญญัติมาตรา 45²⁶(b)-(d) กล่าวคือ

²⁴ คณะอนุกรรมการเรื่องสิทธิเด็ก คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ รายงานผลการดำเนินงานของประเทศไทย ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ฉบับที่ 2) เสนอต่อ คณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ, <http://oppc.opp.go.th/oppc_doc/book/report_contact_child.pdf> (Last visited 4 July 2007).

²⁵ เพิ่งอ้าง.

²⁶ Article 45 "In order to foster the effective implementation of the Convention and to encourage international co-operation in the field covered by the Convention:

(a) The specialized agencies, the United Nations Children's Fund, and other United Nations organs shall be entitled to be represented at the consideration of the implementation of such provisions of the present Convention as fall within the scope of their mandate. The Committee may invite the specialized agencies, the United Nations Children's Fund and other competent bodies as it may consider appropriate to provide

(1) คณะกรรมการจะส่งรายงานใด ๆ จากรัฐภาคีที่มีคำร้องขอหรือระบุความต้องการ คำปรึกษาหรือความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค พร้อมทั้งข้อสังเกตหรือข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ถ้ามีเกี่ยวกับคำร้องขอนั้นให้กับทบวงการชำนัญพิเศษ UNICEF

(2) แนะนำให้สมาชิกผู้ใหญ่ขอให้เลขาธิการฯ ยอมรับแทนสมาชิกให้มีการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ก

(3) คณะกรรมการอาจมีข้อเสนอแนะและข้อเสนอแนะทั่วไปโดยอาศัยข้อมูลที่ได้จากการ เสนอรายงานของรัฐภาคี ให้แก่รัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง และรายงานไปยังสมาชิกผู้ใหญ่

การดำเนินการของคณะกรรมการในกรณีนี้ เช่น รายงานผลการดำเนินงานของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ ฉบับที่ 1 ปี พ.ศ. 2535 - 2539 ข้อ 10²⁷ คณะกรรมการได้ตั้ง

expert advice on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their respective mandates. The Committee may invite the specialized agencies, the United Nations Children's Fund, and other United Nations organs to submit reports on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their activities;

(b) The Committee shall transmit, as it may consider appropriate, to the specialized agencies, the United Nations Children's Fund and other competent bodies, any reports from States Parties that contain a request, or indicate a need, for technical advice or assistance, along with the Committee's observations and suggestions, if any, on these requests or indications;

(c) The Committee may recommend to the General Assembly to request the Secretary-General to undertake on its behalf studies on specific issues relating to the rights of the child;

(d) The Committee may make suggestions and general recommendations based on information received pursuant to articles 44 and 45 of the present Convention. Such suggestions and general recommendations shall be transmitted to any State Party concerned and reported to the General Assembly, together with comments, if any, from States Parties.

²⁷ คณะอนุกรรมการเรื่องสิทธิเด็ก คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 24.

ข้อสังเกตว่า การพิจารณาบางมาตรายังไม่เหมาะสม โดยเฉพาะมาตรา 2 เรื่องการจัดจัดการเลือกปฏิบัติ มาตรา 3 เรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก มาตรา 6 เรื่องสิทธิในการอยู่รอดและการพัฒนา มาตรา 12 การเคารพความเห็นของเด็ก และคณะกรรมการได้มีข้อเสนอแนะคือ ควรมีการปรับปรุงกฎหมาย การตัดสินใจทางศาล และการบริหาร การดำเนินโครงการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อเด็ก เป็นต้น

3) หน้าที่ในการเสนอรายงานต่อสหประชาชาติ ตามนัยมาตรา 44(5)²⁸ กำหนดให้ คณะกรรมการจะต้องรายงานการดำเนินงานต่อสมัชชาองค์การสหประชาชาติโดยผ่านคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมทุก ๆ 2 ปี

จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการถือว่ามีความสำคัญต่อการบังคับให้เป็นไปตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รวมถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) อันเป็นหลักการพื้นฐานแห่งอนุสัญญา โดยการให้รัฐภาคีจะต้องเสนอรายงานในการดำเนินงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา ทุก ๆ 2 ปี ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) นั้น รัฐภาคีจะต้องรายงานการดำเนินงานเป็นข้อหนึ่งในหลักการพื้นฐานแห่งอนุสัญญา และเมื่อคณะกรรมการพิจารณาแล้ว อาจตั้งข้อสังเกตและให้ข้อเสนอแนะแก่รัฐภาคีเกี่ยวกับการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับเด็กเพื่อความเหมาะสมต่อไป

3.2.2 องค์การสหประชาชาติ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นตราสารทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับเดียวที่ได้เน้นถึงความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก²⁹ ซึ่งมาตรา 45(a) กำหนดกลไกในการ เสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้องค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะทบวงการชำนัญพิเศษ ยูนิเซฟ และองค์กรอื่น ๆ ขององค์การสหประชาชาติเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา ของรัฐ

²⁸ Article 44(5)

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

²⁹ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3 น. 51, อ้างใน, Daniel O' Donnell, The Convention on the Rights of the Child: A challenge for UNICEF.*

ภาคีที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจขององค์กรนั้น ๆ เช่น การมีส่วนร่วมในการพิจารณารายงานในการดำเนินงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ ให้แก่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นต้น ซึ่งทบวงการชำนัญพิเศษและองค์กรอื่น ๆ ขององค์การสหประชาชาติที่มีบทบาทและเป็นกลไกสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเด็ก สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.2.1 องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF) องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ หรือ United Nations Children's Fund (UNICEF) เป็นองค์ รย่อยของสหประชาชาติที่ทำงานให้ความช่วยเหลือดูแลประชากรเด็กของโลก โดยมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดคือ ต้องการให้เด็กทุกคนได้รับประโยชน์ในสิทธิขั้นพื้นฐาน (basic right) และมีบทบาทที่สำคัญคือการให้การสนับสนุนช่วยเหลือเด็ก

1) ความเป็นมาของ UNICEF องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติจัดตั้งขึ้นครั้งแรกเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ.1946³⁰ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง ในการจัดตั้งครั้งนั้นได้ใช้ชื่อว่ากองทุนสงเคราะห์เด็กฉุกเฉินสากล (United Nations International Children's Emergency Funds - UNICEF) เนื่องจากวัตถุประสงค์การจัดตั้งเพื่อช่วยเหลือเด็กยุโรปและประเทศจีนหลังภัยสงครามโดยสนองความต้องการอย่างเร่งด่วนในการจัดหาอาหาร ยารักษาโรค และเครื่องนุ่งห่มแก่เด็ก ³¹ ซึ่งต่อมามีเด็กที่ต้องการความช่วยเหลือจำนวนมากโดยเฉพาะในกลุ่มประเทศด้อยพัฒนาและกำลังพัฒนาทั่วโลก โดยการช่วยเหลือเด็กที่ประสบปัญหาเหล่านี้อาจจะใช้ระยะเวลาที่ยาวนานและต้องให้ความช่วยเหลืออย่างต่อเนื่อง ดังนั้นจึงได้มีการเปลี่ยนสถานภาพเป็นองค์การถาวรของสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1953 และตัดคำว่า "International" และ "Emergency" ออก³² แต่ยังคงใช้คำย่อ UNICEF เช่นเดิม

2) อำนาจหน้าที่ของ UNICEF ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ UNICEF ได้รับมอบอำนาจจากสมัชชาสหประชาชาติให้เป็นผู้แทนในการดำเนินการคุ้มครองสิทธิของเด็ก รวมถึงช่วยเหลือให้เด็กได้รับความต้องการพื้นฐาน (basic needs) และส่งเสริมให้เด็กได้รับโอกาสที่ดีใน

³⁰ UNICEF, "About UNICEF: Who we are – Our history," <http://www.unicef.org/about/who/index_history.html> (Last visited 5 November 2007).

³¹ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 52.

³² เพิ่งอ้าง.

อนาคต³³ ซึ่งการปฏิบัติงานของ UNICEF นั้น จะดำเนินการภายใต้กรอบแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ โดยหน้าที่ของ UNICEF ตามอนุสัญญาสามารถสรุปได้ ดังนี้

- (1) หน้าที่ในการติดตามผลว่ารัฐภาคีได้ทำการเผยแพร่หลักการและบทบัญญัติของอนุสัญญาให้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปตามมาตรา 42³⁴ หรือไม่³⁵
- (2) หน้าที่ในการเข้าร่วมการพิจารณารายงานของรัฐภาคีต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อได้รับการเชิญจากคณะกรรมการฯ ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 45(a)
- (3) หน้าที่ในการแนะนำ คำปรึกษา หรือความช่วยเหลือทางเทคนิคแก่คณะกรรมการหรือรัฐภาคีที่มีคำร้องขอ ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 45(b)³⁶
- (4) หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองในทุก ๆ เรื่องที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ทั้งนี้ตามหลักการ (principle) และมาตรฐานที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก³⁷ เช่น การให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในเรื่องของโรคเอดส์ โดย UNICEF จะเข้ามามีบทบาทต่อการรณรงค์และให้การช่วยเหลือแก่เด็กที่ได้รับผลกระทบจากโรคเอดส์ เป็นต้น

3) บทบาทของ UNICEF ต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก บทบาทในการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในทางระหว่างประเทศขององค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติได้แก่ การส่งเสริมการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีต่าง ๆ

³³ UNICEF, "About UNICEF: Who we are – UNICEF's mission statement," < http://www.unicef.org/about/who/index_mission.html > (Last visited 5 November 2007).

³⁴ Convention on the Rights of the Child 1989, Article 42 "States Parties undertake to make the principles and provisions of the Convention widely known, by appropriate and active means, to adults and children alike."

³⁵ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 54.

³⁶ Article 45(b) "The Committee shall transmit, as it may consider appropriate, to the specialized agencies, the United Nations Children's Fund and other competent bodies, any reports from States Parties that contain a request, or indicate a need, for technical advice or assistance, along with the Committee's observations and suggestions, if any, on these requests or indications;"

³⁷ UNICEF, "UNICEF in action," < http://www.unicef.org/crc/index_action.html > (Last visited 5 November 2007).

ให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่น การติดตามผลว่ารัฐภาคีได้ดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้กรอบของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงใด เป็นต้น นอกจากนี้องค์การทุนเพื่อสหประชาชาติยังให้คำปรึกษา คำแนะนำ และความช่วยเหลือทางเทคนิคในกรณีที่เกิดประเด็นในเรื่องของผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งจะเห็นได้ว่าองค์การทุนเพื่อ เด็กแห่งสหประชาชาตินั้นมีหน้าที่และคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเด็กเกือบทุกมาตราในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก³⁸ และในการให้ความคุ้มครองเด็กและส่งเสริมสิทธิเด็กตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นี้จะต้องคำนึงถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกเสมอ

3.2.2.2 ทบวงการชำนาญพิเศษที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ก ทบวงการชำนาญพิเศษมีบทบาทและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กเฉพาะด้าน ฉะนั้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น มีทบวงการชำนาญพิเศษที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1) องค์การศึกษาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (UNESCO) องค์การศึกษาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือ the United Nations Educational, Scientific and Culture Organization เป็นองค์กรหนึ่งขององค์การสหประชาชาติที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมความร่วมมือของนานาชาติทางการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม เพื่อให้ทั่วโลกเคารพในความยุติธรรม กฎหมาย สิทธิ และเสรีภาพที่มนุษย์พึงมี โดยไม่ถือชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา ตามกฎบัตรสหประชาชาติ

(1) ความเป็นมาขององค์การ UNESCO UNESCO เป็นองค์การชำนาญพิเศษแห่งหนึ่งขององค์การสหประชาชาติ ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1945 ภายหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการของประเทศต่าง ๆ สหภาพยุโรป ได้จัดการประชุมร่วมกัน (the Conference of Allies Ministers of Education - CAME)³⁹ ได้ยื่นเสนอต่อที่ประชุมสหประชาชาติดำเนินการจัดตั้งองค์การเพื่อการศึกษาและวัฒนธรรม (an Educational and Culture Organization - ECO) เพื่อหาวิธีการที่จะปฏิรูปและฟื้นฟูการศึกษาประเทศของต่าง ๆ⁴⁰ และที่ประชุมมีมติเห็นชอบจัดตั้งองค์การศึกษาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (the United Nations Educational, Scientific and Culture Organization) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มี

³⁸ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 52.

³⁹ UNESCO, "UNESCO History," < <http://www.unescobkk.org/index.php?id=2731&type=98> > (Last visited 5 November 2007).

⁴⁰ *Ibid.*

วัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความร่วมมือของนานาชาติทางการศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม โดยธรรมนูญก่อตั้งเปิดให้ลงนามเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1945 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1946

(2) บทบาทของ UNESCO ต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก องค์การ UNESCO มีภารกิจหลักในการดำเนินงาน 5 ประการ ได้แก่ การศึกษา วัฒนธรรม สังคมและมานุษยวิทยา วิทยาศาสตร์ และการสื่อสารและข้อมูลข่าวสาร โดยมาตรา 1 วรรค 2⁴¹ แห่งธรรมนูญ UNESCO กำหนดให้การดำเนินงานขององค์การฯ จะต้องปราศจากการพิจารณาถึงเชื้อชาติ เพศ หรือทุก ๆ ความแตกต่าง เศรษฐกิจ หรือสังคม ดังนั้นในการดำเนินงานตามภารกิจหลักที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจขององค์การ UNESCO ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ รับรองสิทธิต่าง ๆ ของเด็กที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การ UNESCO นั้น ปรากฏตามมาตรา 17, 28, 29, 30 มาตรา 31 จะตั้งค่านึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก นอกจากนี้องค์การ UNESCO ยังมีส่วนร่วมในการพิจารณารายงานการดำเนินงานของรัฐภาคีที่เสนอต่อคณะกรรมการฯ หากการดำเนินงานของรัฐภาคีนั้นอยู่ภายในขอบเขตอำนาจความรับผิดชอบขององค์การ UNESCO รวมถึงการให้ข้อเสนอแนะหรือคำปรึกษาแก่รัฐภาคี

2) องค์การอนามัยโลก (WHO) องค์การอนามัยโลก หรือ World Health Organization เป็นองค์การที่ดำเนินงานเพื่อสุขภาพอันดีเยี่ยมของประชาชนทุกคน

(1) ความเป็นมาขององค์การอนามัยโลก องค์การอนามัยโลกนี้เกิดขึ้นครั้งแรกจากการประชุมสหประชาชาติที่รัฐ San Francisco สหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1945 โดยธรรมนูญจัดตั้งองค์การอนามัยโลกมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1948⁴² ความมุ่งหมายดั้งเดิมของการร่วมมือระหว่างชาติในด้านนี้ ก็เพื่อช่วยกันหยุดยั้งการระบาดของโรคติดต่อต่าง ๆ เช่น อหิวาตกโรค แต่ในปัจจุบันความร่วมมือระหว่างชาติในด้านนี้ได้ขยายกว้างขวางออกไปมาก กล่าวคือเพื่อดำเนินการยกระดับสุขภาพอนามัยในที่ทุกแห่งในโลกและช่วยส่งเสริมความก้าวหน้าในด้านนี้

⁴¹ UNESCO Constitution, Article 1 paragraph 2 “By instituting collaboration among the nations to advance the ideal of equality of educational opportunity without regard to race, sex or any distinctions, economic or social.”

⁴² World Health Organization, “Working for health: An introduction to the World Health Organization,” < http://www.who.int/about/brochure_en.pdf > (Last visited 5 November 2007).

อาศัยการศึกษา การวิจัยและการแลกเปลี่ยนเรื่องควรรู้ต่าง ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองส่งเสริมสุขภาพ
อนามัยของประชาชน⁴³

(2) บทบาทขององค์การ WHO ต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์
สูงสุดของเด็ก บทบาทขององค์การอนามัยโลกที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ คือ สิทธิ
เด็กที่จะได้รับการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานและที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 24⁴⁴

⁴³ ศูนย์เอกสารองค์การอนามัยโลก สำนักวิชาการสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข,
“ประวัติและความเป็นมาขององค์การอนามัยโลก(World Health Organization : WHO,”
<<http://whodoc.moph.go.th/twho.html>> (Last visited 5 November 2007).

⁴⁴ Article 24

1. States Parties recognize the right of the child to the enjoyment of the highest
attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation
of health. States Parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right
of access to such health care services.

2. States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular,
shall take appropriate measures:

(a) To diminish infant and child mortality;

(b) To ensure the provision of necessary medical assistance and health care to
all children with emphasis on the development of primary health care;

(c) To combat disease and malnutrition, including within the framework of
primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology
and through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water, taking
into consideration the dangers and risks of environmental pollution;

(d) To ensure appropriate pre-natal and post-natal health care for mothers;

(e) To ensure that all segments of society, in particular parents and children, are
informed, have access to education and are supported in the use of basic knowledge of
child health and nutrition, the advantages of breastfeeding, hygiene and environmental
sanitation and the prevention of accidents;

ซึ่งการดำเนินงานขององค์การอนามัยโลกที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น องค์การอนามัยโลกก็ต้องคำนึง ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ซึ่งในปัจจุบันองค์การอนามัยโลกมีโครงการเกี่ยวกับโรค เอดส์ที่มีผลกระทบต่อเด็ก นอกจากนี้ มีหน้าที่เสนอรายงานเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อให้เป็นไป ตามอนุสัญญา รวมถึงการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอันเป็น หลักการพื้นฐานประการหนึ่งของอนุสัญญาฯ ในส่วนที่อยู่ในขอบข่ายของกิจกรรมขององค์การ อนามัยโลกตามนัย มาตรา 45(a) อีกทั้งองค์การอนามัยโลก มีหน้าที่ให้คำแนะนำในฐานะ ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ตามที่อยู่ในขอบข่ายความรับผิดชอบขององค์การอนามัยโลก ตามนัยมาตรา 45(b)

3) องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) องค์การอาหารและเกษตร แห่ง สหประชาชาติ หรือ Food and Agriculture Organization - FAO เป็นองค์การระหว่างประเทศ ภายใต้สังกัดสหประชาชาติ มีหน้าที่รวบรวม วิเคราะห์และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารด้านโภชนาการ อาหาร การเกษตร ป่าไม้และประมง ให้ประเทศต่าง ๆ เพื่อนำไปใช้เป็นข้อมูลประกอบการกำหนด นโยบายการเกษตร

(1) ความเป็นมาของ FAO เป็นทบวงการชำนัญพิเศษขององค์การสหประชาชาติ ตั้งขึ้น โดยมติที่ประชุมสหประชาชาติ ณ รัฐ Virginia สหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1943 ที่ต้องการจัดตั้ง องค์การระหว่างประเทศที่ดำเนินงานเรื่องอาหารและการเกษตร⁴⁵ และต่อมาในปี ค.ศ. 1945 ในการ ประชุมครั้งแรกของ FAO ที่ประชุมได้มีมติให้จัดตั้งองค์การ FAO เป็นทบวงการชำนัญพิเศษแห่ง

(f) To develop preventive health care, guidance for parents and family planning education and services.

3. States Parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children.

4. States Parties undertake to promote and encourage international co-operation with a view to achieving progressively the full realization of the right recognized in the present article. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.

⁴⁵ FAO, "FAO at work : A short history of FAO," < http://www.fao.org/UNFAO/about/history_en.html > (Last visited 5 November 2007).

สหประชาชาติ (specialized United Nations agency)⁴⁶

(2) บทบาทขององค์การ FAO ต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก บทบาทขององค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติหรือ FAO มีความเกี่ยวข้องกันกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 27⁴⁷ กล่าวคือ สิทธิของเด็กที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีพอ⁴⁸ ซึ่งภายใต้กรอบการดำเนินงานขององค์การ FAO ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินนโยบายหรือการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับอาหารและเกษตร องค์การ FAO จะคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก นอกจากนี้ มีหน้าที่เสนอรายงานเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญา รวมถึงการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก อันเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งของอนุสัญญา ในส่วนที่อยู่ในขอบข่ายของกิจกรรมของ

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Article 27

1. States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development.

2. The parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development.

3. States Parties, in accordance with national conditions and within their means, shall take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing.

4. States Parties shall take all appropriate measures to secure the recovery of maintenance for the child from the parents or other persons having financial responsibility for the child, both within the State Party and from abroad. In particular, where the person having financial responsibility for the child lives in a State different from that of the child, States Parties shall promote the accession to international agreements or the conclusion of such agreements, as well as the making of other appropriate arrangements.

⁴⁸ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 56.

องค์การ FAO ตามนัยมาตรา 45(a) อีกทั้งองค์การ FAO มีหน้าที่ให้คำแนะนำในฐานะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ตามที่อยู่ในขอบข่ายความรับผิดชอบของ FAO ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 45(b)

4) องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) องค์การแรงงานระหว่างประเทศ หรือ International Labour Organization – ILO เป็นองค์กรที่มุ่งเน้นส่งเสริมความยุติธรรมในสังคม รับรอง และเคารพสิทธิมนุษยชน สนับสนุนให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้แรงงาน ยกมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีของลูกจ้างและให้ความช่วยเหลือประเทศสมาชิกในการพัฒนา เศรษฐกิจและสังคม

(1) ความเป็นมาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ ก่อตั้งขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงในปี พ.ศ.2462 พร้อมกับสันนิบาตชาติ ภายใต้สนธิสัญญาแวร์ซาย (The Treaty of Versailles) โดยต้องการให้รัฐบาล นายจ้าง และสหภาพแรงงานร่วมกันสร้างความยุติธรรมในสังคมและความเป็นอยู่ที่ดีให้เกิดขึ้นในโลก ทั้งนี้เนื่องจากในขณะนั้นเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมการใช้แรงงานในภาคอุตสาหกรรมจึงมีมากขึ้น ต่อมาเมื่อมีการยกเลิกสันนิบาตชาติแล้ว องค์การแรงงานระหว่างประเทศ ก็ได้กลายเป็นองค์การ ขำัญญพิเศษ องค์การแรกของสหประชาชาติ ในปี พ.ศ.2489 รัฐภาคีสมาชิกก่อตั้งองค์การเดิมมี 45 ประเทศ ซึ่งประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่มีส่วนในการก่อตั้งองค์การแรงงานแห่งสหประชาชาติด้วย

(2) บทบาทขององค์การแรงงานระหว่างประเทศต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก บทบาทขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ คือ ส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคมต่อผู้ทำงานทั่วทุกแห่งด้วยความเป็นธรรมและซื่อตรง ⁴⁹ ซึ่งจากบทบาทขององค์การแรงงานแห่งสหประชาชาติดังกล่าวได้รวมถึงการให้ความคุ้มครองต่อแรงงานเด็ก โดยมีหลักการในการคุ้มครองแรงงานเด็กดังนี้ คือ การกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กในการทำงาน ภาคอุตสาหกรรม (อนุสัญญาฉบับที่ 5 และ 59) การกำหนดระยะเวลาการทำงานของเด็ก (อนุสัญญาฉบับที่ 60) การกำหนดวันและเวลามิให้เด็กทำงาน (อนุสัญญาฉบับที่ 6 และ 79) การกำหนดประเภทของงานที่มิให้เด็กทำทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและจิตใจของเด็ก (อนุสัญญาฉบับที่ 15 และ 115) การกำหนดให้มีการตรวจทางการแพทย์ (อนุสัญญาฉบับที่ 16) และการห้ามและการขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงาน เด็ก (อนุสัญญาฉบับที่ 182)

⁴⁹ เพิ่งอ้าง.

โดยบทบาทขององค์การแรงงานระหว่างประเทศนี้สอดคล้องกับมาตรา 32⁵⁰ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ที่ให้การรับรองเรื่องของแรงงานเด็กได้ กล่าวคือ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากการเอาเปรียบในด้านเศรษฐกิจและการใช้แรงงาน ซึ่งในการดำเนินการต่าง ๆ ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจะเชื่อมโยงกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ กล่าวคือ ต้องคำนึงถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก นอกจากนี้ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ มีหน้าที่เสนอรายงานเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ รวมถึงการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอันเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งของอนุสัญญาฯ ในส่วนที่อยู่ในขอบข่ายของกิจกรรมขององค์การแรงงานระหว่างประเทศตามนัย มาตรา 45(a) อีกทั้งมีหน้าที่ให้คำแนะนำในฐานะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ตามที่อยู่ในขอบข่ายความรับผิดชอบขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ มาตรา 45(b)

⁵⁰ Article 32

1. States Parties recognize the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development.

2. States Parties shall take legislative, administrative, social and educational measures to ensure the implementation of the present article. To this end, and having regard to the relevant provisions of other international instruments, States Parties shall in particular:

- (a) Provide for a minimum age or minimum ages for admission to employment;
- (b) Provide for appropriate regulation of the hours and conditions of employment;
- (c) Provide for appropriate penalties or other sanctions to ensure the effective enforcement of the present article.

3.2.2.3 องค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาล (NGO)

องค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาล (Non Government Organization - NGO) มีฐานะเป็นเพียงผู้ทรงสิทธิภายในรัฐที่ปราศจากสถานะในทางระหว่างประเทศ และมีเพียงบางองค์การฯ ที่ได้รับการรับรองสถานะพิเศษ⁵¹ หรือได้รับอำนาจในการทำข้อบังคับระหว่างประเทศได้⁵² โดยองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาลนั้นได้เข้ามามีบทบาทในสังคมระหว่างประเทศในหลายกรณี รวมถึงการให้ความคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ โดยตามมาตรา 45(b) บัญญัติถึงองค์กรอื่น ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ (other competent bodies) ซึ่งในการยกร่างมาตรา 45 ผู้แทนในการยกร่างอนุสัญญาฯ ได้ขอให้มีการบันทึกในถ้อยคำ “other competent bodies” ให้ตีความหมายอย่างกว้าง โดยประกอบด้วยองค์การระหว่างประเทศระดับ รัฐบาล (intergovernmental) และองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาล (Non Government Organization)⁵³ จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ มีวัตถุประสงค์ให้้องค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาลได้เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของเด็ก ทั้งนี้อาจเป็นผลสืบเนื่องมาจากบทบาทของ Save the Children International Union ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาลที่ได้มีบทบาทในการร่วมยกร่างปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ. 1924 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิ ค.ศ. 1959 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ

บทบาทขององค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาลต่อคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น มีความคล้ายคลึงกับบทบาทของทบวงการชำนัญพิเศษแห่งองค์การสหประชาชาติ และองค์กรอื่น ๆ ของสหประชาชาติ กล่าวคือ มีหน้าที่ให้คำแนะนำในฐานะผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ที่อยู่ในขอบข่ายความรับผิดชอบขององค์การ ระหว่างประเทศนั้นตามมาตรา 45(b) นอกจากนี้ยังทำหน้าที่ในการตรวจสอบและเฝ้าระวังการให้ความคุ้มครองและ

⁵¹ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14* น. 408.

⁵² เพิ่งอ้าง.

⁵³ 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. 582. (E/CN.4/1988/28, pp. 34 – 41.)

ส่งเสริมสิทธิเด็ก รวมถึง การดำเนินการหรือกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐภาคี ให้เป็นไปตามหลัก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา3(1) เช่น องค์การกาชาดสากล (International Committee of the Red Cross - ICRC) ซึ่งมีภารกิจ (Mission) โดยตรงและประสานความร่วมมือในการดำเนิน กิจกรรมเพื่อลดความขัดแย้งภายใต้สถานการณ์ความขัดแย้งในทางระหว่างประเทศ⁵⁴ โดยภารกิจ ขององค์การกาชาดที่เกี่ยวข้องกับเด็กได้แก่การให้ความคุ้มครองเด็กภายใต้สถานการณ์ความ ขัดแย้งในทางระหว่างประเทศ เช่น ในกรณีที่เกิดจะต้องแยกจากครอบครัวอันเนื่องมาจากความ ขัดแย้งในทางระหว่างประเทศ องค์การกาชาดสากลก็จะลงทะเลเบียนเด็กที่ต้องแยกจากครอบครัว ดังกล่าวและพยายามที่จะติดต่อและตามหาครอบครัวของเด็กนั้น⁵⁵ เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น องค์การกาชาดสากลจะคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของ ลำดับแรก

3.3 แนวทางในการคุ้มครองสิทธิเด็กในทางระหว่างประเทศ

การละเมิดสิทธิเด็กในทางระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้นจากหลายกรณี เช่น กรณีที่เด็กต้อง เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการติดเชื้อ HIV การค้าเด็ก และการรับบุตรบุญธรรมที่มีความคาบเกี่ยว ในทางระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งในทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นสามารถนำหลักผลประโยชน์ สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) มาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้ โดยผู้เขียนขอ ยกตัวอย่างกรณีการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ในการให้ความ คุ้มครองสิทธิของเด็กในทางระหว่างประเทศ ดังนี้

3.3.1 กรณีเด็กที่ได้รับผลกระทบจากโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง (HIV/AIDS)

โรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง (HIV / AIDS) มีการแพร่ระบาดของโรคที่มีความรุนแรงมาก ซึ่งมี ผลต่อการเปลี่ยนแปลงชีวิตของเด็กในโลก และถือว่าเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญในทางระหว่าง

⁵⁴ ICRC, "The ICRC's Mission Statement," <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/68EE39>> (Last visited 5 November 2007).

⁵⁵ ICRC, "Protecting children in armed conflict," <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/children-interview-101207>> (Last visited 5 November 2007).

ประเทศ ซึ่งในการประชุมคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กครั้งที่ 32 ในระหว่างวันที่ 13 - 31 มกราคม พ.ศ. 2546 ได้นำเรื่องของโรคภูมิคุ้มกันบกพร่องและสิทธิของเด็กมาเป็นวาระในการประชุม จะเห็นได้ว่าแม้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะไม่ได้กล่าวถึงความคุ้มครองสิทธิเด็กต่อโรคภูมิคุ้มกันบกพร่องไว้ แต่ก็สามารถที่จะนำบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา มาบังคับใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีดังกล่าวได้ โดยเด็กที่ได้รับผลกระทบจากโรคภูมิคุ้มกันบกพร่องสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.3.1.1 กรณีเด็กเป็นผู้ติดเชื้อ ในกรณีที่เด็กเป็นผู้ติดเชื้ออาจเกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น ได้รับเชื้อจากมารดาในขณะตั้งครรภ์หรือในขณะคลอด เป็นต้น เนื่องจากโรคภูมิคุ้มกันบกพร่องเป็นโรคติดต่อที่ร้ายแรง และยังไม่อาจที่จะรักษาให้หายขาดได้ ฉะนั้นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับเด็กที่ติดเชื้อได้แก่เรื่อง ของยารักษา การได้รับคำแนะนำที่ถูกต้องในการปฏิบัติตนในฐานะผู้ป่วย การดูแลรักษาสุขภาพ และการได้รับการรักษาพยาบาล รวมถึงการให้การดูแลจากผู้ใหญ่ หรือรัฐ แต่แผนการดำเนินการเกี่ยวกับการป้องกันและรักษาโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง ไม่ว่าจะเป็นการทดสอบเกี่ยวกับโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง จะคำนึงถึงผู้ใหญ่เป็นสำคัญ⁵⁶ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก เมื่อหากพิจารณาตามมาตรา 3(1) ที่กำหนดให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นลำดับแรกประกอบกับมาตรา 24⁵⁷ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีต้องให้การรับรองสิทธิของเด็กในการได้รับ

⁵⁶ UNICEF, "Child's rights & AIDS," <http://www.unicef.org/malaysia/hiv_aids_6667.html> (Last visited 5 November 2007).

⁵⁷ Convention on the Rights of the Child 1989, Article 24

1. States Parties recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health. States Parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right of access to such health care services forth in the present Convention and in other international human rights or humanitarian instruments to which the said States are Parties.

2. For this purpose, States Parties shall provide, as they consider appropriate, co-operation in any efforts by the United Nations and other competent intergovernmental organizations or non-governmental organizations cooperating with the United Nations to

มาตรฐานสาธารณสุขที่สูงที่สุดเท่าที่พึงจะหาให้แก่เด็กได้ จึงเกิดภาระหน้าที่ผูกพันรัฐภาคีที่จะต้อง

protect and assist such a child and to trace the parents or other members of the family of any refugee child in order to obtain information necessary for reunification with his or her family. In cases where no parents or other members of the family can be found, the child shall be accorded the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason, as set forth in the present Convention. States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures:

(a) To diminish infant and child mortality;

(b) To ensure the provision of necessary medical assistance and health care to all children with emphasis on the development of primary health care;

(c) To combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water, taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution;

(d) To ensure appropriate pre-natal and post-natal health care for mothers;

(e) To ensure that all segments of society, in particular parents and children, are informed, have access to education and are supported in the use of basic knowledge of child health and nutrition, the advantages of breast-feeding, hygiene and environmental sanitation and the prevention of accidents;

(f) To develop preventive health care, guidance for parents and family planning education and services.

3. States Parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children.

4. States Parties undertake to promote and encourage international co-operation with a view to achieving progressively the full realization of the right recognized in the present article. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.

ให้การดูแลและรักษาแก่เด็กที่ได้รับการติดเชื้อ โดยที่เด็กควรเป็นศูนย์กลางในการที่จะได้ตอบสนองต่อโรคระบาด และในการดำเนินแผนการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยารักษาและการป้องกันก็ควรที่มีการปรับให้สอดคล้องกับสิทธิและความต้องการของเด็ก⁵⁸

กรณีของเด็กที่ เป็นผู้ติดเชื้อโรคภูมิคุ้มกันบกพร่องดังกล่าวนี้ ได้มีองค์การระหว่างประเทศหลายองค์การได้ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินการดังกล่าว เช่น UNICEF UNAIDS และ WHO เป็นต้น รวมถึงองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาล (NGO) เช่น เครือข่ายข้อมูลสิทธิเด็ก หรือ The Child Rights Information Network (CRIN) เป็นต้น ซึ่งการดำเนินงานขององค์การระหว่างประเทศและ NGO ที่ดำเนินการเกี่ยวข้องเกี่ยวข้องกับเด็กนี้ จะดำเนินงานภายใต้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก กล่าวคือในทุกการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก

3.3.1.2 กรณีบุคคลในครอบครัวเป็นผู้ติดเชื้อ ในกรณีที่บุคคลในครอบครัวของเด็กเป็นผู้ติดเชื้อ การให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กนั้นสามารถจำแนกออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีที่บุคคลในครอบครัวของเด็กที่มีการติดเชื้อยังมีชีวิตอยู่ การให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ในกรณีดังกล่าวนี้ จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างเหตุผล ความจำเป็น และความปลอดภัยของเด็ก โดยที่เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวที่จะมีชีวิตอยู่และสิทธิที่จะรับการพัฒนาอย่างเต็มที่ตามนัยมาตรา 6 กับสิทธิของเด็กในการอยู่รวมเป็นครอบครัวตามมาตรา 9 ว่ากรณีใดก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็กอย่างแท้จริง ซึ่งในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าวจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี

2) กรณีที่เด็กต้องเป็นกำพร้าเพราะบุคคลในครอบครัวเสียชีวิต กรณีที่เด็กต้องเป็นกำพร้าอันเนื่องมาจากบุคคลในครอบครัวต้องเสียชีวิตอันเนื่องมาจากโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง ตามนัยมาตรา 20⁵⁹ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ กำหนดให้เด็กที่อยู่ในสภาพที่จะต้อง แยกจาก

⁵⁸ UNICEF, *supra note*.

⁵⁹ 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.

2. States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.

ครอบครัวนั้น รัฐภาคีจะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองและความช่วยเหลือเป็นพิเศษ โดยรัฐภาคีอาจจะจัดให้เด็กที่เป็นกำพร้าอยู่ในความดูแลของญาติของเด็ก หรือหากไม่ปรากฏญาติที่จะสามารถเลี้ยงดูเด็กนั้นได้ รัฐจะต้องจัดให้เด็กอยู่ในความอุปการะของบุคคลหรือครอบครัวอุปถัมภ์ที่มีความเหมาะสม หรือในความดูแลขององค์กรหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบ หรือให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เด็ก อีกทั้งรัฐภาคีจะต้องให้เด็ก ที่กำพร้า นั้นได้รับการศึกษา และสวัสดิการขั้นพื้นฐานต่าง ๆ เท่าเทียมกับเด็กทั่ว ๆ ไป ทั้งนี้จะต้องปราศจากการเลือกการประติบัติและจะต้องพิจารณาว่าสิ่งใดควรที่จะเป็นผลประโยชน์แก่เด็กอย่างสูงสุด

3.3.2 กรณีเด็กที่อยู่ในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร

สถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร (armed conflict) เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพและความเป็นอยู่ของเด็ก ทั้งนี้เนื่องจากสถานการณ์การใช้กำลังทางทหารก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ มากมายและส่งผลกระทบต่อทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่เด็กหลายประการ เช่น ผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายทั้งของเด็กเองและหรือบุคคลในครอบครัว ผลกระทบต่อสุขภาพและอนามัย และปัญหาการแยกจากครอบครัว เป็นต้น อีกทั้งต้นศตวรรษที่ 20 มีจำนวนเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของความขัดแย้งทางกำลังทหารมากขึ้น⁶⁰ ฉะนั้นจึงเกิดแนวความคิดที่จะมีการบัญญัติกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่อยู่ในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร โดยตราสารระหว่างประเทศที่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีดังกล่าว เช่น อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 (the four Geneva Conventions) the Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed of Conflict และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เป็นต้น

3. Such care could include, inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children. When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background

⁶⁰ CAROLYN HAMILTON and TABATHA ABU EL-HAJ, "Armed conflict : The protection of children under international law," The International Journal of Children's Rights, 5, (1997), p. 1.

3.3.2.1 แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก การใช้กำลังทางทหารส่งผลกระทบต่อเด็กหลายประการ ฉะนั้นจึงเกิดแนวความคิดที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่อยู่ในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร โดยตอนต้นศตวรรษที่ 20 ตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหารมีปรากฏทั้งในรูปแบบของกฎหมายมนุษยธรรม (humanitarian law) ได้แก่ อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่พลเรือน รวมถึงให้ความคุ้มครองแก่เด็กด้วย และกฎหมายสิทธิมนุษยชน (human rights law)⁶¹ แต่ทั้งกฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้นไม่สามารถที่จะบรรเทาความเดือดร้อนและปัจจัยต่าง ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อเด็กในสถานการณ์ใช้กำลังทางทหารได้⁶² ต่อมาในตอนปลายของศตวรรษที่ 20 ในการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รัฐภาคีสมาชิกมีความต้องการที่จะพัฒนามาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นใหม่ในส่วนของขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศและเพื่อเป็นการขยายการให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี⁶³ ดังนั้นคณะกรรมการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงยกร่างมาตรา 38⁶⁴ และ

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Rachel Hodgkin and Peter Newell, *supra note* p. 566.

⁶⁴ Article 38

1. States Parties undertake to respect and to ensure respect for rules of international humanitarian law applicable to them in armed conflicts which are relevant to the child.

2. States Parties shall take all feasible measures to ensure that persons who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities.

3. States Parties shall refrain from recruiting any person who has not attained the age of fifteen years into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, States Parties shall endeavor to give priority to those who are oldest.

4. In accordance with their obligations under international humanitarian law to protect the civilian population in armed conflicts, States Parties shall take all feasible

มาตรา 39⁶⁵ ขึ้น และได้รับการยอมรับจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ

ในการประชุมทั่วไปแห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 ที่ประชุมสหประชาชาติได้มีมติยอมรับพิธีสารเลือกรับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในการใช้กำลังทางทหาร เพื่อให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปีเข้ามาเกี่ยวพันในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร และพิธีสารเลือกรับฉบับนี้มีการกล่าวไว้โดยชัดเจนในส่วนของอารัมภบทวรรคที่ 8⁶⁶ ถึงการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร

3.3.2.2 การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่อยู่ในภาวะ ชัดกั้นทางกำลัง ทหารนั้น ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้บัญญัติให้การคุ้มครองไว้ในมาตรา 38 และมาตรา 39 ซึ่งสามารถจำแนกกลุ่มเด็กที่ได้รับความคุ้มครองออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

1) ทหารเด็ก (child soldier) ตามมาตรา 38 กำหนดให้รัฐภาคีปฏิบัติตามและเคารพต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (rules of international humanitarian law) และมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่ให้มีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำที่เป็น

measures to ensure protection and care of children who are affected by an armed conflict

⁶⁵ Article 39

States Parties shall take all appropriate measures to promote physical and psychological recovery and social reintegration of a child victim of: any form of neglect, exploitation, or abuse; torture or any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; or armed conflicts. Such recovery and reintegration shall take place in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child.

⁶⁶ อารัมภบทของ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflicts วรรค 8

Convinced that an optional protocol to the Convention that raises the age of possible recruitment of persons into armed forces and their participation in hostilities will contribute effectively to the implementation of the principle that the best interests of the child are to be a primary consideration in all actions concerning children,

ปฏิบัติต่อกัน อีกทั้งรัฐภาคีจะต้องหลีกเลี่ยงการเกณฑ์เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีเป็นทหาร และในกรณีที่จะต้องมีการเกณฑ์เด็กอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี รัฐจะพยายามเกณฑ์เด็กที่มีอายุสูงสุดก่อน แต่เนื่องจากมาตรา 38 ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ให้ถูกเกณฑ์เป็นทหารและเข้าประจำการในกองทัพ อีกทั้งมีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำที่เป็นปฏิบัติต่อกัน จึงเกิดปัญหาการเกณฑ์เด็กที่มีอายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์เป็นทหารในกองทัพและมีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำที่เป็นปฏิบัติต่อกัน สหประชาชาติจึงได้ออกพิธีสารเลือกรับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในการใช้กำลังทางทหาร เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่มีอายุกว่า 15 ปี และเกิน 18 ปีที่อยู่ในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร โดยการพิจารณาอายุของเด็กที่จะถูกเกณฑ์ทหาร หรือเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้กำลังทางทหารนั้น จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 1 ในเรื่องของคำนิยามของคำว่า “เด็ก” และจะต้องนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) มาพิจารณาเป็นลำดับแรก⁶⁷ ทั้งนี้เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองสิทธิอย่างเต็มที่

2) เด็กที่ได้รับผลกระทบจากสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร ในสถานการณ์การใช้กำลังทางทหารเด็กได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ดังกล่าวในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เด็กเป็นโล่มนุษย์ในการเพื่อเป็นเกราะกำบังจากการถูกโจมตีหรือการเข้าใช้กำลัง เช่น ในวันที่ 3 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 ผู้หญิงและเด็กชาวปาเลสไตน์ราวสามพันคนได้ยื่นปิดล้อมสุเหร่าในพื้นที่เพื่อป้องกันไม่ให้ทหารอิสราเอลบุกเข้าจับกุมทหารสมาชิกของกองกำลังเพื่อการแบ่งแยกดินแดนที่ซ่อนตัวอยู่⁶⁸ เป็นต้น หรือกรณีที่เด็กต้องพลัดหลงจากครอบครัวซึ่งเป็นสาเหตุให้เด็กต้องเป็นกำพร้า หรือกรณีที่เด็กที่เหยื่อจากการค้าเด็ก เช่น เด็กผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในค่ายทหาร Lord's Resistance Army (LRA) ในประเทศ Uganda ซึ่งตามรายงานของ Human Rights Watch รายงานว่าเด็กในค่ายทหารดังกล่าวที่มีอายุประมาณ 8-9 ปี ต้องประสบกับปัญหาการลักพาตัวเด็กเพื่อนำไปใช้แรงงาน⁶⁹ เป็นต้น ซึ่งการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีที่ได้รับ

⁶⁷ Jaap Doek and Nigel Cantwell, *supra note* p. 563.

⁶⁸ รายงาน, “ปรากฏการณ์โล่มนุษย์ – กลยุทธ์หลีกเลี่ยง หรือ บังคับส่งเสริมความรุนแรง,” ประชาไทย <http://www.prachatai.com/05web/th/home/page2_print.php?mod=mod_ptcms&ContentID>.

⁶⁹ Human Rights Watch, “The Scars of Death: Children Abducted by the Lord's Resistance Army in Uganda,” <<http://www.hrw.org/reports97/uganda/>>.

ผลกระทบจากสถานการณ์การใช้กำลังทางทหารนั้น มาตรา 39 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ กำหนดให้รัฐภาคีต้องให้การส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับผลกระทบจากสถานการณ์การใช้กำลังทางทหาร โดยมาตรา 39 นี้ แบ่งการให้ความคุ้มครองเด็กในสถานการณ์ดังกล่าวออกเป็นกรให้การฟื้นฟูและการกลับคืนสู่สังคมซึ่งจะต้องเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่เป็นการส่งเสริมสุขภาพ การเคารพตนเองและศักดิ์ศรีของเด็ก⁷⁰ ซึ่งจะต้องนำหลักการทั่วไป (general principle) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ มาใช้ประกอบการพิจารณา⁷¹ โดยรวมถึงหลักการผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ด้วยที่จะต้องนำมาพิจารณาถึงการกระทำต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก ในกรณีดังกล่าวคณะกรรมการยกเว้นฯ เห็นว่าจำเป็นต้องเป็นไปตามความต้องการเบื้องต้นของทรัพยากร (resource) และสินค้า (goods)⁷² ได้แก่ อาหารและยาโรคระบาด นอกจากนี้ในการวางแผนเพื่อที่จะฟื้นฟูและการกลับเข้าสู่สังคมของเด็กนั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมต่าง ๆ รวมถึงประโยชน์ของเด็กที่จะได้รับทั้งในปัจจุบันและในอนาคต

3.3.3 กรณีการใช้แรงงานเด็ก

การใช้แรงงานเด็กถือว่าเป็นปัญหาที่สำคัญทั้งในทางระหว่างประเทศและภายในรัฐ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็กในหลายด้าน เช่น การศึกษา และสวัสดิภาพของเด็ก เป็นต้น ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของแรงงานเด็กมีตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับที่ให้ความคุ้มครอง เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ กฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก (AFRICAN CHARTER ON THE RIGHTS AND WELFARE OF THE CHILD) และอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 182 ว่าด้วย การขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก เป็นต้น

3.3.3.1 แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิในการทำงานของเด็กด้วยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในการใช้แรงงานเด็กนั้นมีปรากฏมาเป็นเวลานาน เนื่องจากแรงงานเด็กถือว่าเป็นแรงงานที่มีค่าจ้างถูก และนายจ้างสามารถที่จะควบคุมได้ง่าย ซึ่ง ในการคุ้มครอง

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid, p. 579.

⁷² Ibid, p. 585.

แรงงานเด็กนั้นได้มีอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศหลายฉบับที่ได้ให้ความคุ้มครองไว้ เช่น อนุสัญญา ฉบับที่ 5 อายุขั้นต่ำ (งานอุตสาหกรรม) ค.ศ. 1919 กำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กที่สามารถทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมว่าจะต้องมีอายุขั้นต่ำ 14 ปี หรืออนุสัญญาฉบับที่ 138 อายุขั้นต่ำ ค.ศ. 1973 ซึ่งกำหนดอายุขั้นต่ำให้เด็กทำงานซึ่งจะต้องไม่ต่ำกว่าอายุที่กำหนดให้เรียนหนังสือภาคบังคับ และไม่ว่ากรณีใด ๆ ไม่ควรต่ำกว่า 15 ปี เป็นต้น และเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 อนุสัญญาขององค์การระหว่างประเทศฉบับที่ 182 ว่าด้วยรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็กมีผลใช้บังคับ โดยถือว่าเป็นอนุสัญญาที่มีผลต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของแรงงานเด็ก

นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ยังให้ความคุ้มครองสิทธิของแรงงานเด็กไว้ใน มาตรา 32⁷³ โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องให้การรับรองสิทธิของเด็กให้ได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรืองานในลักษณะเดียวกัน อีกทั้งมาตราดังกล่าวยังเรียกร้องให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติ บริหาร สังคม และการศึกษา เพื่อเป็นการประกันสิทธิการใช้แรงงานของเด็ก และต่อมาที่ประชุมสหประชาชาติได้มีมติยอมรับพิธีสารเลือกรับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional

⁷³ Article 32

1. States Parties recognize the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development.

2. States Parties shall take legislative, administrative, social and educational measures to ensure the implementation of the present article. To this end, and having regard to the relevant provisions of other international instruments, States Parties shall in particular:

- (a) Provide for a minimum age or minimum ages for admission to employment;
- (b) Provide for appropriate regulation of the hours and conditions of employment;
- (c) Provide for appropriate penalties or other sanctions to ensure the effective enforcement of the present article

Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography) ซึ่งในพิธีสารเลือกรับฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้แรงงานเด็กด้วย กล่าวคือ รัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร และทางศาล เพื่อมิให้มีการบังคับใช้แรงงานเด็ก หรือมีการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจในเรื่องใดๆ ที่มีเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก

3.3.3.2 การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้แรงงานเด็ก จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิของแรงงานเด็กของตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองในกรณีดังกล่าว นั้น มีความเชื่อมโยงกัน กล่าวคือ ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของแรงงานเด็กตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศนั้น จะกำหนดเกณฑ์และมาตรฐานขั้นต่ำของทั้งอายุประเภท และลักษณะของงาน อีกทั้งช่วงเวลาที่เด็กสามารถปฏิบัติงานได้ โดยที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะกำหนดกรอบการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กไว้กว้าง ๆ โดยมาตรา 32 กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดอายุขั้นต่ำ ระยะเวลาการทำงานของเด็กในแต่ละประเภทงาน และการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมเพื่อประกันในการปฏิบัติตามมาตรานี้ ซึ่งการดำเนินการให้ความคุ้มครองสิทธิของแรงงานเด็กนี้ รัฐภาคีจะต้องพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) ประกอบ ซึ่งหากการทำงานของเด็คนั้นส่งผลกระทบต่อพัฒนาการ สวัสดิภาพ และการศึกษาของเด็กแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของสังคม⁷⁴ นอกจากนี้ข้อ 8⁷⁵ แห่งพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ

⁷⁴ Michele D'Avolio, "Child Labor and Cultural Relativism : From 19th century America to 21st century Nepal," *Pace International Law Review*, (Spring, 2004)(Lexis 2005).

⁷⁵ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography

Article 8

1. States Parties shall adopt appropriate measures to protect the rights and interests of child victims of the practices prohibited under the present Protocol at all stages of the criminal justice process, in particular by:

(a) Recognizing the vulnerability of child victims and adapting procedures to recognize their special needs, including their special needs as witnesses;

(b) Informing child victims of their rights, their role and the scope, timing and progress of the proceedings and of the disposition of their cases;

(c) Allowing the views, needs and concerns of child victims to be presented and considered in proceedings where their personal interests are affected, in a manner consistent with the procedural rules of national law;

(d) Providing appropriate support services to child victims throughout the legal process;

(e) Protecting, as appropriate, the privacy and identity of child victims and taking measures in accordance with national law to avoid the inappropriate dissemination of information that could lead to the identification of child victims;

(f) Providing, in appropriate cases, for the safety of child victims, as well as that of their families and witnesses on their behalf, from intimidation and retaliation;

(g) Avoiding unnecessary delay in the disposition of cases and the execution of orders or decrees granting compensation to child victims.

2. States Parties shall ensure that uncertainty as to the actual age of the victim shall not prevent the initiation of criminal investigations, including investigations aimed at establishing the age of the victim.

3. States Parties shall ensure that, in the treatment by the criminal justice system of children who are victims of the offences described in the present Protocol, the best interest of the child shall be a primary consideration.

4. States Parties shall take measures to ensure appropriate training, in particular legal and psychological training, for the persons who work with victims of the offences prohibited under the present Protocol.

5. States Parties shall, in appropriate cases, adopt measures in order to protect the safety and integrity of those persons and/or organizations involved in the prevention and/or protection and rehabilitation of victims of such offences.

เด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องรับรอง มาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเด็กที่เป็นเหยื่อของการปฏิบัติที่เป็น การ ฝ่าฝืนต่อพิธีสารดังกล่าว ซึ่งเป็นการเน้นย้ำให้รัฐภาคีจะต้องคำนึงประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ และต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกด้วย

3.3.4 การรับบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ

การรับบุตรบุญธรรมถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งที่จะช่วยเหลือเด็กอยู่ในภาวะที่ต้อง แยกจากบิดา มารดาหรือการให้ความช่วยเหลือแก่เด็กที่ด้อยโอกาส ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมนั้นมีทั้งที่เป็นการรับ บุตร บุญธรรมภายในประเทศ (Internal) และการรับบุตรบุญธรรมในทางระหว่างประเทศ (Intercountry)⁷⁶ ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็ก กล่าวคือ ส่งผลกระทบต่อ พัฒนาการทางกายและอารมณ์ของเด็ก เนื่องจากครอบครัวที่อุปการะเด็กนั้นมิใช่ครอบครัว ดั้งเดิมของเด็ก จึงอาจมีปัญหาในเรื่องของสภาพแวดล้อมการเลี้ยงดูเด็กหรือการเอาใจใส่แก่เด็ก โดยเฉพาะปัญหาของการรับบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศที่มีความแตกต่างในเรื่องของ สภาพแวดล้อมและความเป็นอยู่ของเด็กเป็นอย่างมาก ฉะนั้นรัฐต่าง ๆ จึงมีแนวความคิดที่ ต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีดังกล่าว

3.3.4.1 แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่ถูกรับเป็นบุตรบุญธรรม
การรับบุตรบุญธรรมมีปรากฏมีมานาน และเมื่อใน 2-3 ทศวรรษที่ผ่านมาได้มีการเปลี่ยนแปลง เกิดขึ้นในเรื่องของการยอมรับการรับบุตรบุญธรรมของรัฐต่าง ๆ โดยให้ความสำคัญแก่การดูแล

6. Nothing in the present article shall be construed to be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused to a fair and impartial trial.

⁷⁶ International Social Service, International Resource Center For the Protection of Children in Adoption, "The Rights of the Child in Internal and Intercountry Adoption : Ethics and Principles Guidelines for Practice," <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/ethical_guidelines.pdf> (Last visited 5 November 2007).

เด็กมากกว่าการจัดการจัดหาเด็กเพื่อสนองความต้องการของคู่สมรสที่ไม่มีบุตร (childless couples)⁷⁷ เนื่องจากมีการแสวงหาประโยชน์จากเด็กด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และปัญหาการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ในการเลือกรับเด็กที่จะเป็นบุญบุตรธรรมในเด็กบางกลุ่มโดยเฉพาะเด็กที่เป็นบุตรนอกสมรส (non – marital children) อีกทั้งเกิดปัญหาระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมขึ้นหลังจากที่ได้มีการรับบุตรบุญธรรมแล้ว จึงมีการให้การรับรองสิทธิแก่เด็กในกรณีดังกล่าวขึ้นโดยตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง หลายฉบับ เช่น European Convention on the Adoption of the Children, Convention on the Child Custody, Child Support, Illegitimacy and Adoption , Convention on Protection of Children and Co – Operation in Respect of Intercountry Adoption และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เป็นต้น

3.3.4.2 การให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่ถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีของการรับบุตรบุญธรรมนั้น ได้รับความคุ้มครองจากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างเฉพาะ Convention on Protection of Children and Co – Operation in Respect of Intercountry Adoption และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ในการประกอบการพิจารณาในกรณีการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในการรับบุตรบุญธรรม

ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิฯ ให้การรับรองไว้ตามมาตรา 21⁷⁸ กำหนดให้รัฐภาคีที่ยอมรับให้มีการรับบุตร

⁷⁷ Van Bueren, Geraldine, “Children’s Access to Adoption Records – State Discretion or an Enforceable International Right?,” *The Modern Law Review*, 58, (January 1995), p. 38.

⁷⁸ 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

บุญธรรมระหว่างประเทศให้ประกันว่าการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด (paramount consideration) ซึ่งตามมาตราดังกล่าวได้มีการบัญญัติถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้โดยเฉพาะ แต่การพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นจะเป็นการพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด และถึงแม้จะมีการบัญญัติถึงหลักประโยชน์สูงสุดเป็นการเฉพาะแล้วก็ตาม ก็จำเป็นที่จะต้องนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) มาประกอบการพิจารณาด้วย กล่าวคือ เพื่อให้การกระทำใด ๆ หรือการตัดสินใจในเรื่องใด ๆ ของหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ทั้งของรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรกเสมอ เช่น ในการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวนี้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่มีหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาต จะทำการตรวจสอบและพิจารณาว่าการอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมดังกล่าวนี้เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริงหรือไม่

นอกจากนี้ Convention on Protection of Children and Co – Operation in Respect of Intercountry Adoption ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีของการรับบุตรบุญธรรมในทางระหว่างประเทศที่ถือว่ามีค่าสำคัญอีกฉบับหนึ่ง ได้มีการนำหลักการที่มีการบัญญัติไว้ตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่า

required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling 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 this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs

ด้วยสิทธิเด็กฯ มาใช้กับอนุสัญญา⁷⁹

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าการรับบุตรบุญธรรมนั้น หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ถือเป็นหลักการสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับกรณีที่เกิดขึ้นและมีความเกี่ยวข้องกับเด็กในทุกกรณี ซึ่งในการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) มาพิจารณาร่วมกับกรณีการรับบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศนั้น องค์การ International Social Service ได้อธิบายไว้ในเอกสารแผ่นพับ เรื่อง The Rights of the Child in Internal and Intercountry Adoption สามารถสรุปได้ดังนี้

1) ในการพิจารณาการรับบุตรบุญธรรมนั้น จะต้องพิจารณาเริ่มต้นจากเด็กที่เป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการการรับบุตรบุญธรรม⁸⁰ ซึ่งในการเริ่มกระบวนการการรับบุตรบุญธรรมนั้นจะต้องเริ่มจากการที่เด็กมีความชอบธรรมในการที่จะถูกรับอุปการะเป็นบุตรบุญธรรม ไม่ใช่เริ่มจากการที่บุคคลอื่นแสดงความจำนงที่จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือแสวงหาเด็กที่จะมาเป็นบุตรบุญธรรม

2) ในการจัดการเกี่ยวกับกรณีของเด็กที่ได้รับเป็นบุตรบุญธรรมนั้น ไม่สามารถที่จะมอบให้เป็นหน้าที่ของบิดามารดาที่แท้จริงของเด็กเป็นผู้พิจารณา⁸¹ หรือว่าคาดหวังเอาจากผู้ที่จะมารับเป็นครอบครัวบุญธรรม โดยปราศจากเงื่อนไขในการดำเนินการ ซึ่งการพิจารณาการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงว่าการให้ความช่วยเหลือแก่เด็กดังกล่าวเพียงพอต่อการที่ให้

⁷⁹ อารัมภบท วรรคที่ 5 ของ Convention on Protection of Children and Co – Operation in Respect of Intercountry Adoption

“Desiring to establish common provisions to this effect, taking into account the principles set forth in international instruments in particular the United Nations Convention on the Rights of the Child, of 20 November 1989, and The United Nations Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to the Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally (General Assembly Resolution 41/85, of 3 December 1986).

⁸⁰ International Social Service, International Resource Center For the Protection of Children in Adoption, *supra note*.

⁸¹ *Ibid.*

ความคุ้มครองแก่เด็กหรือไม่⁸²

3) ในการรับบุตรบุญธรรมนั้น หากเด็กที่จะถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมอยู่ในภาวะที่สามารถรู้ผิดชอบได้แล้ว การพิจารณาการรับบุตรบุญธรรมนั้นก็ต้องนำความต้องการของเด็กมาพิจารณาเป็นลำดับแรก⁸³ แต่ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่แล้วในการพิจารณาการรับบุตรบุญธรรมจะรับฟังและพิจารณาจากความต้องการของครอบครัวของเด็กและครอบครัวที่จะรับอุปถัมภ์เท่านั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวผลประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ไม่สามารถที่จะเกิดได้จริง

4) เพื่อให้พัฒนาการของเด็กที่ได้ถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมนั้น มีพัฒนาการที่เหมาะสมกับอายุ ผู้รับบุตรบุญธรรมจะต้องมีการวางแผนการดำเนินชีวิตรวมถึงการให้คำปรึกษาในการดำรงชีวิตแก่เด็ก⁸⁴

3.3.5. การค้าเด็ก

การค้าเด็กถือว่าเป็นประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่งในทางระหว่างประเทศ ซึ่งการค้าเด็กนี้อาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี เช่น การค้าประเวณีเด็ก การค้าเด็กเพื่อนำไปเป็นบุตร บุญธรรม การค้าเด็กเพื่อการใช้แรงงาน หรือการค้าเด็กเพื่อให้เป็นขอทาน เป็นต้น โดยการค้าเด็กนี้ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็กในหลายประการ เช่น การทำร้ายเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจ เป็นการแยกเด็กจากครอบครัว และการตัดโอกาสทางการศึกษาของเด็ก เป็นต้น

3.3.5.1 แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีการค้าเด็ก การค้าเด็กนั้นเป็นปัญหาทั้งภายในรัฐและระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนที่จะมีการยอมรับว่าเด็กมีสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ โดยแต่เดิมมีแนวความคิดที่ว่าบิดาย่อมมีกรรมสิทธิ์ในตัวบุตรและสามารถที่จะปฏิบัติเช่นไรกับบุตรของตนก็ได้ เช่น อาจจะนำบุตรของตนไปขายให้แก่บุคคลอื่น หรือยกให้บุตรของตนให้แก่บุคคลใดก็ได้ โดยไม่ผิดกฎหมาย แต่ต่อมาในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 ประชาคมโลกเล็งเห็นความสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่จะต้องเติบโตมาเป็นผู้ใหญ่ในวันข้างหน้า จึงได้มีการจัดทำตราสารระหว่างประเทศ เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กขึ้น ซึ่งการค้าเด็กก็เป็นปัญหาร้ายแรงที่เกิดขึ้นกับเด็กทั่วโลก จึง

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

มีการบัญญัติให้การคุ้มครองไว้ในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น Intentional Convention for the Suppression of Traffic in Woman and Children, Protocol to Armed The Convention for the Suppression of the Trafficking in Woman and Children, The UN Convention on Transnational Organized Crime and Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, The Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นต้น

3.3.5.2 การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเพื่อคุ้มครองเด็กที่เป็นเหยื่อ การค้าเด็กนั้นมีคำศัพท์ 2 คำที่มีความหมายหมายถึงการค้าเด็กคือ sale of children และ trafficking โดยมาตรา 2 แห่งพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ได้ให้คำนิยามคำว่า sale of children ไว้ว่า หมายถึง การกระทำหรือการแลกเปลี่ยนใดที่เด็กถูกส่งมอบโดยบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใด ไปยังอีกบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลหนึ่ง เพื่อค่าตอบแทนหรือเพื่อประโยชน์ตอบแทนอื่นใด ซึ่งคำนิยามดังกล่าวจะมีแนวคิดเช่นเดียวกับ trafficking⁸⁵ แต่จะแตกต่างกันในกรณีที่ trafficking จะมีความหมายในเชิงปฏิบัติโดยวิธีที่เด็กที่เป็นเหยื่อถูกเคลื่อนที่ไป⁸⁶

การให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เป็นเหยื่อจากการค้าเด็กไม่ว่าการค้าเด็กนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการใดก็ตาม ย่อมได้รับการคุ้มครองจากตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เป็นเหยื่อจากการค้าเด็กในกรณีต่าง ๆ

⁸⁵ มาตรา 3 แห่ง Protocol to Armed The Convention for the Suppression of the Trafficking in Woman and Children supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime 2000 ให้คำนิยามของคำว่า traffic in person ไว้ดังนี้ “the recruitment, transportation, transfer, harbouring, or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation”

⁸⁶ UNICEF, “Child protection A handbook for parliamentarians,” (2004), p. 76.
< http://www.unicef.org/ceecis/IPU_combattingchildtrafficking_GB.pdf >

ไว้ในหลายหมายมาตรา เช่น มาตรา 34⁸⁷ ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในเรื่องการค้าประเวณีเด็ก หรือการกระทำที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร หรือตามมาตรา 35⁸⁸ ที่ให้ความคุ้มครองแก่เด็กในเรื่องของการค้าเด็กไม่ว่ากรณีใด ๆ ซึ่งรวมถึงวิธีการเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก เป็นต้น ไม่ว่าจะการให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่เป็นเหยื่อจากการค้าเด็กจะได้รับความคุ้มครองจากตราสารฉบับใดก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเด็ก รัฐภาคีจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เป็นลำดับแรกเสมอ

ในกรณีที่เด็กที่เป็นเหยื่อถูกค้าไปยังประเทศอื่นหรือถูกค้าภายในรัฐ โดยผู้ที่ค่านั้นเป็นบิดามารดาของเด็กนั่นเอง กรณีดังกล่าวก็ย่อมเกิดปัญหาว่าการที่จะส่งเด็กกลับคืนสู่อุปการชาวนั้นจะเป็นสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ เนื่องจากหากส่งเด็กกลับคืนสู่อุปการชาวนั้น เด็กก็อาจมีโอกาสที่จะเป็นเหยื่อของการค้าเด็กได้อีก แต่หากรัฐไม่ส่งเด็กกลับคืนสู่อุปการชาวนั้น เด็กก็จะต้องถูกแยกจากครอบครัวอันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ที่เน้นถึงการอยู่ร่วมกับครอบครัวของเด็ก ในกรณีดังกล่าวผู้เขียนมี ความเห็นว่า หากเด็กนั้นสามารถที่จะรู้ผิดชอบได้แล้ว ก็ควรที่จะต้องคำนึงถึงความต้องการของเด็กเป็นสำคัญ หากเด็กนั้นยังไม่สามารถที่จะรับผิดชอบได้ก็ควรขึ้นอยู่กับการชี้แนะของผลประโยชน์ของเด็กและความต้องการของบิดามารดาของเด็ก แต่

⁸⁷ Article 34

States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

(a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;

(b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;

(c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials

⁸⁸ Article 35

States Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form

ทั้งนี้ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น รัฐจะต้องเป็นผู้ชี้หน้าหนักของผลประโยชน์ ที่ดีที่สุดที่จะเกิดขึ้นกับเด็กทั้งระยะเวลานั้นและในระยะเวลายาว

3.3.6 การใช้อำนาจปกครองเด็ก

การใช้อำนาจปกครองเด็ก (Child custody) ถือว่ามีความสำคัญอีกประการหนึ่ง เนื่องจากการใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นจะมีอิทธิพลต่อการเลี้ยงดูเด็ก อีกทั้งยังส่งผลต่อพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจของเด็กด้วย โดยปกติทั่วไปแล้วผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็ก ได้แก่ บิดามารดาเด็ก

3.3.6.1 แนวความคิดในการใช้อำนาจปกครองเด็ก การใช้อำนาจปกครองเด็กนั้น ในสมัยโรมัน กฎหมายกำหนดให้บุตรเป็นทรัพย์สินของบิดา⁸⁹ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่เรียกว่า patria potestas⁹⁰ โดยที่บิดามีอำนาจที่จะขายหรือบังคับใช้แรงงานจากเด็กที่เป็นบุตร ในขณะที่สิทธิของมารดาในตัวบุตรนั้น กฎหมายไม่ได้ให้การรับรองสิทธิไว้⁹¹ ต่อมาในตอนกลางศตวรรษที่ 19 แนวความคิดที่ว่าบุตรนั้นเป็นทรัพย์สินสมบัติของบิดาเริ่มที่จะมีการเปลี่ยนแปลงไป แต่บิดาก็ยังมีอำนาจในการปกครองบุตรเกือบเต็มที่ ในระบบกฎหมาย common law ของประเทศอังกฤษ ภายหลังจากที่บิดามารดาแยกกันอยู่หรือหย่าร้างกัน บิดายังคงมีอำนาจในอันที่จะเลี้ยงดูบุตร ส่วนมารดานั้นจะถูกจำกัดสิทธิในการที่จะให้การเลี้ยงดูบุตร⁹² แต่หลังจากที่ the British Act of 1839 มีผลบังคับใช้ การใช้อำนาจปกครองเด็กในกรณีที่บิดามารดาแยกทางกันก็มีแนวความคิดที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมารดามีสิทธิที่จะเลี้ยงดูบุตรที่มีอายุยังไม่เกินว่า 7 ปี หลังจากนั้นก็มีสิทธิที่จะเยี่ยมเยียนบุตรได้ตามสมควร แต่บุตรนั้นเมื่ออายุครบ 7 ปีก็ต้องไปอยู่ในความดูแลของบิดา⁹³ จากนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองเด็กในระบบกฎหมาย Common Law นั้น ได้

⁸⁹ B. Kelly, Joan, "The Determination of Child Custody,"

<http://www.futureofchildren.org/usr_doc/vol4no1ART8.pdf>

⁹⁰ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 6, อ้างถึง, D.Kelly Weisberg,

"Evolution of the Rights of the Child in the Western World," *ICJ Review* 43, 45 (1978).

⁹¹ B. Kelly, Joan, *supra note*.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

มีพัฒนาการให้สิทธิแก่มารดาและบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กมากยิ่งขึ้น โดยได้มีการนำเอาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเข้ามาปรับใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองบุตร และเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีของศาลเรื่อยมา

แต่เดิมนั้นการพิจารณาคดีข้อพิพาทกรณีการใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นจะเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะภายในประเทศ ยังไม่ปรากฏกรณีที่มีข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศ⁹⁴ แต่ต่อมาข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครองเด็กที่มีลักษณะที่บิดาหรือมารดาเป็นคนสัญชาติอื่นร้องขอในการใช้อำนาจปกครองเด็ก⁹⁵ ฉะนั้นจึงเกิดแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในการใช้อำนาจปกครองในทางระหว่างประเทศขึ้น

3.3.6.2 การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดในการใช้อำนาจปกครองเด็ก ในการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในการใช้อำนาจปกครองเด็กนั้น มีปรากฏในระบบกฎหมาย common law ก่อนที่หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ ซึ่งแนวความคิดเรื่องหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไม่ได้กำหนดเงื่อนไขที่ประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของผลประโยชน์ไว้แต่อย่างใด⁹⁶ แม้จะปรากฏว่าในระบบกฎหมายของหลายประเทศจะมีการพัฒนาโดยการกำหนดปัจจัยในการนำมาพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ก็ตาม จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในการใช้อำนาจปกครองเด็กของรัฐในระบบกฎหมาย common law นั้น จะต้องประกอบด้วยการประเมินคุณค่าจากหลายส่วน⁹⁷ ทั้งนี้เพื่อก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็กอย่างแท้จริง ซึ่งการพิจารณาถึงการใช้อำนาจปกครองเด็กที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็กนั้น มีองค์ประกอบที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้⁹⁸

1) ประเมินคุณค่าของบิดามารดา หรือผู้ที่จะเป็นผู้ปกครองเด็ก โดยจะพิจารณาว่าบิดามารดาหรือผู้ที่ใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นมีคุณสมบัติ หรือมีความพร้อมในการเลี้ยงดูและใช้

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Sandra Burman, "THE BEST INTERESTS OF THE SOUTH AFRICAN CHILD," *International Journal of Law Policy and the Family*, (April 2003), (Lexis 2006).

⁹⁷ Clark, Beth K., "Acting in the Best Interest of the Child : Essential Components of a Child Custody Evaluation," *Family Law Quarterly*, 29, (Spring 1995), p. 20.

⁹⁸ *Ibid.*, p.24.

อำนาจปกครองเด็กหรือไม่

2) ประเมินคุณค่าจากตัวของเด็กเอง กล่าวคือ จะต้องพิจารณาถึงความต้องการของเด็กที่พร้อมจะอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา หรือผู้ที่จะใช้อำนาจปกครองหรือไม่ อีกทั้งยังต้องพิจารณาว่าประโยชน์ที่เด็กพึงจะได้รับจากการใช้อำนาจปกครองของบุคคลดังกล่าวว่าจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ เพียงใด

3) ประเมินจากสภาพแวดล้อมต่าง ๆ รอบตัวเด็ก กล่าวคือ หากเด็กอยู่ในความอุปการะของบุคคลดังกล่าวแล้ว สภาพแวดล้อมต่าง ๆ จะมีผลต่อพัฒนาการของเด็กที่ดีของเด็กหรือไม่ เพียงใด

จากตัวอย่างการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในกรณีต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศ ข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กสามารถนำไปปรับใช้ได้ในทุกกรณีและทุกการดำเนินการในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น การให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในเรื่องของโรคมะเร็งที่คุ้มกันบกพร่อง (HIV/AIDS) หรือกรณีในการค้าเด็ก เป็นต้น นอกจากนี้ยังถือว่าหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กยังมีความสำคัญต่อการพิจารณาการให้ความคุ้มครองแก่เด็กด้วย

3.4 ปัญหาการบังคับใช้ในทางระหว่างประเทศ

ในการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ในทางระหว่างประเทศ จากการศึกษาของผู้เขียนสามารถสรุป ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

3.4.1 การตีความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุด” ของเด็ก

ภายหลังจากที่ได้มีการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interests of the child principle) มาบัญญัติไว้ในตราสารระหว่างประเทศครั้งแรก กล่าวคือตามที่ปรากฏตาม มาตรา 2 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ก็ไม่ปรากฏว่ามีกรให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (the best interests of the child) ไว้แต่อย่างใด ต่อมาในการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ได้มีการนำเอาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาบัญญัติไว้ในมาตรา 3(1) และถือว่าหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐาน แต่คณะกรรมการยกร่างฯ ก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือความหมาย

ของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้แต่อย่างไร โดยคณะกรรมการกว้างๆ อธิบายแต่เพียงว่าการที่ไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือความหมายของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เนื่องจากเพื่อต้องการให้สามารถที่จะนำไปปรับใช้ได้กับทุกกรณีที่เกิดขึ้นกับเด็ก และปรับใช้ได้กับในทุกความแตกต่างของปัจจัยต่าง ๆ ของสังคม เช่น ความแตกต่างในเรื่องของวัฒนธรรม เศรษฐกิจ และศาสนา เป็นต้น

เนื่องจากหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น ไม่มีคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ที่แน่นอน จึงมีปัญหาเรื่องของการกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ของหลักดังกล่าวที่มีมาตรฐานเดียวกัน อีกทั้งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น ต้องนำไปพิจารณาประกอบกับทุก ๆ กรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก จึงทำให้การตีความคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” มีความแตกต่างกันไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นักนิติศาสตร์ และองค์การยูนิเซฟ ได้ให้ความเห็นว่าการพิจารณาถึงขอบเขตของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” นั้น จะต้องพิจารณากรณีที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นรายกรณี เนื่องจากแม้กรณีที่เกิดขึ้นจะมีลักษณะเดียวกัน แต่ปัจจัยแวดล้อมที่ส่งผลกระทบต่อเด็กทั้งปัจจุบันและในอนาคตของเด็กย่อมมีความแตกต่างกัน แม้คำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” จะไม่สามารถที่จะให้ความหมายหรือคำจำกัดความที่ชัดเจนแน่นอนได้ แต่ก็ก็สามารถที่จะกำหนดองค์ประกอบของผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเพื่อประกอบการพิจารณาว่ากรณีที่เกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อเด็กนั้น เป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่⁹⁹

3.4.2. ความไม่เท่าเทียมกันของฐานะทางเศรษฐกิจของรัฐ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ถือว่าเป็นตราสารระหว่างประเทศฉบับหนึ่งที่มีภาคีรัฐสมาชิกเป็นจำนวนมาก โดยแต่ละรัฐย่อมมีฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันไป ซึ่ง ความไม่เท่าเทียมกันของฐานะทางเศรษฐกิจของรัฐนี้ ถือว่าเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในทางระหว่างประเทศไม่ประสบความสำเร็จ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐภาคีแต่ละรัฐไม่อาจที่จะสนับสนุนปัจจัยอันจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้เท่าเทียมกัน เช่นในเรื่องของสวัสดิการที่รัฐมอบให้แก่เด็ก การศึกษา และการสาธารณสุข เป็นต้น

⁹⁹ ดูประกอบบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.2.4 เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

3.4.3. การตั้งข้อสงวนของรัฐภาคี

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เป็นหลักทั่วไป (general principle) ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก และ สามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกมาตรา ของอนุสัญญาฯ แต่เนื่องจาก มาตรา 51¹⁰⁰ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เปิดโอกาสให้รัฐภาคีสามารถที่จะตั้งข้อสงวนในบางมาตราแห่งอนุสัญญาฯ ได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นบางประการที่รัฐภาคีไม่สามารถที่จะตั้งข้อสงวนในบางมาตราได้ หากข้อสงวนดังกล่าวนั้นขัดกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ซึ่งรวมถึงหลักพื้นฐานที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กตามมาตรา อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ด้วย

ในกรณีที่รัฐภาคีตั้งข้อสงวนในบางมาตราของอนุสัญญาฯ ก็จะทำให้รัฐไม่จำเป็นต้องผูกพันในผลทางกฎหมายของมาตราที่ตั้งข้อสงวนดังกล่าว เช่น ในกรณีของประเทศไทยที่มีการตั้งข้อสงวนมาตรา 7 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเด็กในอันที่จะได้รับสัญชาติ¹⁰¹ และมาตรา 22 อัน

¹⁰⁰ Article 51

1. The Secretary-General of the United Nations shall receive and circulate to all States the text of reservations made by States at the time of ratification or accession.

2. A reservation incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.

3. Reservations may be withdrawn at any time by notification to that effect addressed to the Secretary-General of the United Nations, who shall then inform all States. Such notification shall take effect on the date on which it is received by the Secretary-General

¹⁰¹ 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

เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการให้สถานภาพแก่ผู้ลี้ภัย¹⁰² ซึ่งประเทศไทยไม่ต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสงวนมาตรา 7 และมาตรา 22 แต่อย่างใด โดยผู้ลี้ภัยที่เป็นเด็กหรือเด็กที่เกิดจากบิดามารดาที่เป็นผู้ลี้ภัยซึ่งเกิดในประเทศไทย ก็จะไม่ได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิด เป็นต้น ดังนั้นในกรณีที่รัฐภาคีตั้งข้อสงวนในบางมาตรานั้น ทำให้ไม่สามารถที่จะนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) มาบังคับกับกรณีดังกล่าวได้ และอาจจะไม่ถึงได้ว่าเด็กได้รับผลประโยชน์สูงสุดได้อย่างแท้จริง

3.4.4. ปัญหาในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของเด็กกับผลประโยชน์อื่นที่มีความแตกต่างกัน

การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในแต่ละกรณีนั้น จะพบปัญหาในเรื่องของความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของเด็กกับผลประโยชน์อื่น เช่น ผลประโยชน์ของบิดามารดาในกรณี

¹⁰² Article 22

1. States Parties shall take appropriate measures to ensure that a child who is seeking refugee status or who is considered a refugee in accordance with applicable international or domestic law and procedures shall, whether unaccompanied or accompanied by his or her parents or by any other person, receive appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of applicable rights set forth in the present Convention and in other international human rights or humanitarian instruments to which the said States are Parties.

2. For this purpose, States Parties shall provide, as they consider appropriate, co-operation in any efforts by the United Nations and other competent intergovernmental organizations or non-governmental organizations co-operating with the United Nations to protect and assist such a child and to trace the parents or other members of the family of any refugee child in order to obtain information necessary for reunification with his or her family. In cases where no parents or other members of the family can be found, the child shall be accorded the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason, as set forth in the present Convention

ของการเลี้ยงดูเด็ก หรือผลประโยชน์ของรัฐ หรือผลประโยชน์ของผู้ใหญ่ เป็นต้น หากพิจารณาจาก บทบัญญัติมาตรา 3(1) ซึ่งบัญญัติให้ทุกการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก จะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก ดังนั้นแม้ว่ากรณีที่เกิดขึ้นและมีความเกี่ยวข้องกับเด็ก จะต้องมีการพิจารณาถึงผลประโยชน์อื่นร่วมกับการพิจารณาผลประโยชน์ของเด็กแล้ว ผลประโยชน์ของเด็กย่อมที่จะได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกเสมอ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่า ผลประโยชน์อื่นจะสามารถก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าผลประโยชน์ของเด็กหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้วในหลายกรณีรัฐจะให้ความสำคัญแก่ผลประโยชน์อื่นมากกว่าที่จะคำนึงถึง ผลประโยชน์ของเด็กเป็นลำดับแรก เช่น ในกรณีของการป้องกันและการรักษาโรคมุมิคุ้มกัน บกพร่อง (HIV/AIDS) รัฐจะให้ความสำคัญแก่ผู้ใหญ่มากกว่าเด็ก ซึ่งจะเห็นได้จากการดำเนินการ การให้ความรู้ความเข้าใจในการป้องกันและการรักษา รวมถึงกระบวนการรักษาผู้ที่ติดเชื้อ โดย รัฐจะมุ่งเน้นสร้างความรู้ความเข้าใจในการป้องกันและการรักษา รวมถึงวิธีการรักษาต่าง ๆ แก่ ผู้ใหญ่มาเป็นลำดับแรก และเมื่อเด็กกลายเป็นกลุ่มที่มีความเสี่ยงต่อการเป็นผู้ติดเชื้อ รัฐจึงได้ ให้ความสำคัญแก่เด็ก ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ไม่ได้มีมาตรการใด ๆ ที่เป็นการลงโทษรัฐ ภาควิที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 3(1) แต่อย่างใด

ในกรณีที่การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเด็กมีความคาบเกี่ยวระหว่างรัฐ เช่น การค้า เด็กระหว่างประเทศ การรับบุตรบุญธรรมระหว่างประเทศ หรือเด็กที่เป็นผู้ลี้ภัย เป็นต้น อาจเกิด ปัญหาในการชี้แจงน้ำหนักของผลประโยชน์ของเด็กระหว่างการส่งตัวเด็กกลับไปยังรัฐภูมิลำเนาของ เด็ก และรัฐที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ปัจจุบัน เนื่องจากอำนาจในการพิจารณาจะขึ้นอยู่กับรัฐที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ ปัจจุบัน ฉะนั้นการชี้แจงน้ำหนักระหว่างปัจจัยแวดล้อมอันที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กของ ระหว่างรัฐนั้น ก็ย่อมที่จะมีความแตกต่างกัน จึงอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กอย่าง แท้จริง