

บทที่ 4

การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 (1) ภายในรัฐ

รัฐถือว่า มีบทบาทสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กเป็นอย่างมาก เนื่องจากรัฐสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กโดยผ่านองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทั้ง 3 องค์กร ได้แก่ ฝ่ายบริหาร ซึ่งจะทำหน้าที่ในการวางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่และสวัสดิการต่าง ๆ ของเด็ก ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะทำหน้าที่ในการบัญญัติ เปลี่ยนแปลง และแก้ไขกฎหมายภายในรัฐที่เกี่ยวข้องกับเด็กให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และฝ่ายตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ในการตัดสินกรณีต่าง ๆ ที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง โดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ได้เข้ามา มีบทบาทโดยเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้รัฐสามารถที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสม

4.1 ขอบเขตการบังคับใช้ภายในรัฐ

เมื่อรัฐเข้าผูกพันตนเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ แล้ว อนุสัญญาฯ ได้กำหนดมาตรการเพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณี (implementation) ของรัฐภาคีไว้ในบทบัญญัติมาตรา 4¹ กล่าวคือ รัฐจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางฝ่ายบริหาร รวมถึงมาตรการอื่น ๆ ที่เหมาะสมเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิที่อนุสัญญาฯ ให้การยอมรับ ขอบเขตการบังคับใช้แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นั้น ย่อมก่อให้เกิดผลเหนือดินแดนทั้งหมดของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ดินแดนทางบก เขตแดนทางทะเล และห้วงอากาศ โดยขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของ

¹ Article 4

States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.

เด็กตามมาตรา 3(1) อันเป็นบทบัญญัติหนึ่งแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้เช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ แห่งอนุสัญญาฯ ด้วยเช่นกัน ซึ่งขอบเขตของการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ภายในรัฐนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1.1. เกณฑ์อายุของเด็กที่รัฐให้ความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ซึ่งให้คำจำกัดความของคำว่า "เด็ก" ว่าหมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยจะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ มีเจตนารมณ์ในการที่จะกำหนดให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี มีสถานภาพของบุคคลที่เรียกว่า "เด็ก" โดยหากพิจารณาจากเจตนารมณ์แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ จะพบว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาฯ เป็นเพียงการกำหนดเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่รัฐภาคีจะต้องยึดถือเป็นแนวปฏิบัติเท่านั้น โดยรัฐภาคีไม่สามารถที่จะปฏิบัติในมาตรฐานที่ต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้ได้ และการที่อนุสัญญาฯ กำหนดอายุสูงสุดของความเป็นเด็กเอาไว้ นั่นก็เพียงเพื่อต้องการให้รัฐภาคีประกันว่าจะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่ผู้ที่มีอายุต่ำกว่าอายุที่อนุสัญญาฯ ได้วางหลักเกณฑ์ไว้² ดังนั้นหากรัฐภาคีเห็นควรที่จะเพิ่มเกณฑ์อายุของเด็กที่ให้ความคุ้มครองในกรณีเฉพาะจงเจาะ รัฐก็สามารถที่จะกำหนดอายุของเด็กให้มากกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ ก็ได้ เช่น ในประเทศสิงคโปร์ บาร์เรน อียิปต์ และประเทศชาติ เกณฑ์อายุขั้นสูงของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง คือ ผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี เป็นต้น

ในกรณีอายุขั้นต่ำของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองนั้น หากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 1 ประกอบกับส่วนอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ พบว่าให้ความคุ้มครองถึงทารกในครรภ์มารดาด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานอายุขั้นต่ำที่รัฐภาคีจะต้องยึดถือเป็นแนวทางขั้นพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยตามรายงานของ Committee's Guidelines for Initial and Periodic อธิบายว่าในการให้คำนิยามคำว่า "เด็ก" ที่ไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำที่แน่นอนไว้ ทั้งนี้เพื่อให้รัฐเป็นผู้กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐนั่นเอง ให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์

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. 4.

(purpose) ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่แตกต่างกันออกไป³ ฉะนั้นหากรัฐภาคีกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กไว้ในกฎหมายภายใน โดยเกณฑ์อายุขั้นต่ำของรัฐกำหนดนั้นสูงกว่ามาตรฐานที่อนุสัญญาฯ ให้การรับรองไว้ก็สามารถทำได้

4.1.2. ขอบเขตการบังคับใช้ภายในรัฐ

ขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น ย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้เช่นเดียวกับขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ที่มีผลผูกพันต่อรัฐภาคี โดยขอบเขตการบังคับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1.2.1 เด็กที่ได้รับความคุ้มครอง เมื่อพิจารณาการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ อันเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่รัฐภาคีต้องปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็ก พบว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนั้น รัฐภาคีต้องให้ความคุ้มครองแก่เด็กทุกคนที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐภาคีนั้น ซึ่งตามมาตรา 2 บัญญัติให้รัฐภาคีจะต้องให้ความเคารพและประกันสิทธิของเด็กตามอนุสัญญาฯ แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐภาคี ปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก ฉะนั้นหากบุคคลใดที่มีสภาพความเป็นเด็กตามหลักเกณฑ์ที่รัฐภาคีกำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐนั้นแล้ว ไม่ว่าจะมีส่วนชาติของรัฐนั้นหรือไม่ก็ตาม หรือมีความแตกต่างกันไม่ว่าโดยปัจจัยใด ๆ ก็ตาม เด็กนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เท่าเทียมกัน

ในกรณีที่รัฐภาคีได้ตั้งข้อสงวนในบางมาตราของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เช่น กรณีของตามมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติจะได้รับการจดทะเบียนทันทีหลังการเกิด และมีสิทธิที่จะมีชื่อนับแต่เกิด และสิทธิที่จะได้สัญชาติ ซึ่งหากรัฐภาคีตั้งข้อสงวนในมาตราดังกล่าวแล้ว เด็กก็ไม่สามารถที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน และเป็นเหตุให้เด็กไม่ได้รับผลประโยชน์สูงสุดอย่างแท้จริง

³ 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. 6.

4.1.2.2. ขอบเขตการบังคับใช้โดยสถานที่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ย่อมมีผลผูกพันกับรัฐภาคีเหนือดินแดนของรัฐภาคีนั้น ทั้งดินแดนส่วนที่เป็นพื้นดิน ห้วงน้ำ และห้วงอากาศ โดยดินแดนของรัฐที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ มีผลบังคับใช้นั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) ดินแดนทางบก ประกอบด้วยดินแดนที่ไหลพื้นน้ำ ตลอดจนน่านน้ำภายในซึ่งรวมถึงทางน้ำระหว่างประเทศที่ไหลผ่านหรืออยู่ในดินแดนนั้น ดินแดนครอบคลุมดินแดนส่วนที่เป็นภาคพื้นดินและเกาะที่ไหลพื้นน้ำ⁴ รวมถึงส่วนที่อยู่ใต้พื้นดินของรัฐนั้นด้วย

2) ดินแดนทางอากาศ เป็นอาณาบริเวณที่อยู่เหนือดินแดนทางบกซึ่งรวมถึงทะเลอาณาเขต⁵ ของรัฐภาคี

3) ดินแดนทางทะเล ประกอบด้วยเขตทะเลต่าง ๆ ที่ซับซ้อน⁶ ได้แก่ ทะเลอาณาเขต (Territorial Sea) ไหล่ทวีป (Continental Shelf) และเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone) แต่เฉพาะทะเลอาณาเขตเท่านั้นที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือเขตดังกล่าว

ซึ่งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ก็ย่อมมีขอบเขตการบังคับใช้เหนือดินแดนของรัฐภาคีนั้นทั้งปวง ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 29 ของอนุสัญญารุงเวียนนา ค.ศ.1969 ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะมีผลผูกพันต่อรัฐได้ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ แล้ว ซึ่งการเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นั้น อนุสัญญาฯ ได้กำหนดวิธีการเข้าเป็นภาคีไว้สองกรณี คือ การให้สัตยาบัน (ratification) ตามมาตรา 47⁷ และการภาคยานุวัติ (accession) ตามมาตรา 48⁸

⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), หน้า 244.

⁵ เพิ่งอ้าง, หน้า 245.

⁶ เพิ่งอ้าง.

⁷ Article 47 “The present Convention is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.”

⁸ 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.”

4.1.2.3. ขอบเขตการบังคับใช้ตามบทบัญญัติมาตรา 3(1) เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 3(1) แล้ว พบว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ด้วย โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับเด็ก (In all action concerning children) เมื่อพิจารณาถ้อยคำ “การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับเด็ก ” จะพบว่ามีคามหมายถึงทุกการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็ก และหากพิจารณาประกอบกับวลีต่อมาของถ้อยคำดังกล่าวที่ปรากฏในมาตรา 3(1) ซึ่งบัญญัติว่า “ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ...” เป็นข้อความที่ขยายความหมายของถ้อยคำ “การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับเด็ก” เพื่อให้เกิดความชัดเจน ก็อาจสามารถจะตีความได้ว่า ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยองค์กรหรือหน่วยงานใด ไม่ว่าจะ เป็นของรัฐหรือเอกชนก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับเด็ก ก็จะต้องนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวด้วย

2) เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (shall be a primary consideration) ตามมาตรา 3(1) บัญญัติให้ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก ฉะนั้นไม่ว่าการกระทำใดที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็ก จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกเสมอ และแม้ในกรณีกฎหมายดังกล่าวจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มต่าง ๆ ด้วยก็ตาม หรืออาจจะขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มอื่นก็ตาม เช่น ผลประโยชน์ของเด็กกับผู้ใหญ่ ผลประโยชน์เด็กก็ต้องจะต้องได้รับการพิจารณาก่อนผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลอื่นเสมอ⁹

4.2 การปรับใช้และแนวทางการปฏิบัติตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กภายในรัฐ

การปรับใช้และการปฏิบัติตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ภายในรัฐนั้น รัฐภาคีต้องมีการกำหนดขอบเขตและแนวทางในการพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ทั้งนี้เนื่องจากตามมาตราดังกล่าวมีการบัญญัติถ้อยคำที่กว้างและมีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้รัฐภาคีสามารถนำไปปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้กับ ทุก ๆ กรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็กและให้เหมาะสมกับปัจจัยแวดล้อมล้อมกับตัวเด็กภายในรัฐนั้น ซึ่งในการปรับใช้

⁹ Rachel Hodgkin and Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Full revised edition, (Geneva : Atar SA, 2002), p. 43.

และแนวทางการปฏิบัติตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ภายในรัฐนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.2.1. การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ภายในรัฐภาคี

เมื่อพิจารณาการยกเว้นและบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ แล้ว ไม่ปรากฏว่ามีกรให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้แต่อย่างใด โดยหากพิจารณาจากการยกเว้นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ พบว่าการที่ไม่มีกรให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ เนื่องจากคณะกรรมการยกเว้นฯ มุ่งเน้นที่จะให้การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นสามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ก ซึ่งกรให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” นั้น ถือเป็นกรณีที่ยาก ทั้งนี้เนื่องจากคำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของครอบครัวโดยรัฐเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง และความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดาหรือผู้ปกครองที่มีความลึกซึ้ง อันมีพื้นฐานมาจากเรื่องของสิทธิ เสรีภาพ และผลประโยชน์¹⁰ จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าในบางรัฐภาคีได้มีกรให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ โดยอาจปรากฏในรายงานของคณะกรรมการที่มีหน้าที่ดำเนินงานเกี่ยวกับเด็กหรือในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น แต่รัฐภาคีบางรัฐก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้แต่อย่างใด แต่จะอธิบายโดยการกำหนดปัจจัยการพิจารณาองค์ประกอบของผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้น โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.2.1.1. การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยกำหนดค่านิยมโดยชัดแจ้ง

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า การตีความคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ของรัฐภาคีบางรัฐนั้น มีกรให้คำจำกัดความที่แน่นอนไว้ ซึ่งอาจปรากฏในรูปของบทบัญญัติของกฎหมาย หรือรายงานของคณะกรรมการที่ดำเนินงานเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กในรัฐนั้น ๆ โดยผู้ที่ให้คำจำกัดความดังกล่าวอาจจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือคณะกรรมการที่ดำเนินงานเกี่ยวข้องกับสิทธิเด็กของรัฐภาคีนั้น ๆ ในการตีความคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ของรัฐนั้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการ

¹⁰ Exon, Susan Nauss, “The Best Interest of the Child : Going Beyond Legalese to Empathize with a Client’s Leap of Faith,” *Journal of Juvenile Law*, (24), (2003 - 2004), p. 4.

ตีความของบางรัฐเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา ดังนี้

1) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศฟิลิปปินส์ได้แปลความหมายของคำว่า “child’s best interest” เป็นภาษาฟิลิปปินส์ว่า *ikabubuti ng bata*¹¹ ซึ่งถือว่ามีความหมายใกล้เคียงมากที่สุด โดยมีความหมายว่า สิ่งที่ดี (good) สำหรับเด็ก ไม่หมายถึงถึงสิ่งที่ดีที่สุด (best) สำหรับเด็กเท่านั้น การตีความว่าหมายถึงสิ่งที่ดี (Good) สำหรับเด็กนั้น เนื่องจากสิ่งที่ดีสำหรับเด็กมีขอบเขตของการตอบสนองต่อความต้องการ (needs) พื้นฐานของเด็กในกรณีต่าง ๆ กว้างกว่าสิ่งที่ดีที่สุด (Best) สำหรับเด็ก อีกทั้งคำตอบว่าสิ่งใดเป็นสิ่งที่ดีสำหรับเด็กนั้นก็มีความหลากหลายมากกว่าสิ่งที่ดีที่สุด และมีพื้นฐานจากสิ่งที่สามารถเป็นจริงได้ในชีวิตประจำวัน หากเน้นถึงสิ่งที่เป็นสิ่งที่ดีที่สุดแล้ว ก็จะเป็นการจำกัดคำตอบของคำถามว่าสิ่งใดเป็นสิ่งที่ดีที่สุด ซึ่งอาจจะเป็นเพียงสิ่งที่มีอยู่แต่ในเฉพาะอุดมคติเท่านั้น¹²

การตีความคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ของประเทศฟิลิปปินส์นั้น อาศัยปัจจัย 2 ประการมาประกอบการพิจารณา ได้แก่ วัฒนธรรม (culture) และทรัพยากร (resource)¹³ ทั้งนี้เนื่องจากปัจจัยทางวัฒนธรรมสามารถที่จะเป็นทั้งการให้เหตุผลและการวิจารณ์ถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก¹⁴ และปัจจัยทรัพยากรนั้น หมายความว่ารวมถึงทรัพยากรของรัฐและทรัพยากรใด ๆ สามารถตอบสนองสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้¹⁵

การตีความคำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของประเทศฟิลิปปินส์นั้น ผู้ที่จะทำการตีความได้แก่ศาล ซึ่งการตีความดังกล่าวศาลจะตีความประกอบการพิจารณาคดีของศาลที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

2) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอน สาธารณรัฐเซียร์ราลีโอนเป็นประเทศที่อยู่ภูมิภาคแอฟริกาตะวันตก ซึ่งแต่เดิมเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ

¹¹ A.G. Balanon, Faye and A. Yacat, Jay, “Dignity, Potentials, and Rights : Culture Definitions of Tambayan in Davao City in Upholding the Best Interest Principle,” <<http://www.childprotection.org.ph/monthlyfeatures/aug2k4a.doc>> (Last visited 3 May 2007).

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

คณะกรรมการ Truth and Reconciliation for the Children แห่งสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอนได้ตีความคำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยรวม โดยให้คำจำกัดความว่าหมายถึง ทุก ๆ การกระทำที่มีผลกระทบต่อเด็กต้องเป็นสิ่งที่ดี (good) สำหรับเด็ก และช่วยในการเติมเต็มความหวังและความฝันของเด็กสำหรับอนาคต เมื่อผู้ใหญ่จะทำการตัดสินใจใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ควรที่จะที่แน่ใจว่าการตัดสินใจเหล่านั้นจะเป็นสิ่งที่ดี (good) สำหรับเด็ก¹⁶ ซึ่งการตีความในลักษณะดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า เป็นการตีความที่มีลักษณะกว้าง และให้ความสำคัญแก่ความคิดและความต้องการของเด็กเป็นสิ่งสำคัญ แต่ทั้งนี้เด็กที่สามารถจะแสดงออกถึงความต้องการได้ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าเด็กจะต้องสามารถรู้ผิดชอบและมีวุฒิภาวะที่เพียงพอต่อการตัดสินใจในกรณีนั้น ๆ

จากการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของทั้งประเทศฟิลิปปินส์และสาธารณรัฐเซียร์ราลีโอนนั้น พบว่าทั้งสองรัฐได้มีการตีความที่คล้ายคลึงกันกล่าวคือ ตีความผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่ดี (good) สำหรับเด็ก ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการนำมาปฏิบัติได้จริง โดยทั้งสองรัฐมีความเห็นว่าหากตีความว่าเป็นสิ่งที่ดีที่สุด (best) แล้ว ก็จะทำให้กลายเป็นเรื่องของอุดมคติ ยากต่อการนำมาปฏิบัติ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจจะเป็นเพราะเหตุผลทางสภาพทางเศรษฐกิจของประเทศทั้งสองด้วย ทั้งนี้เนื่องจากประเทศทั้งสองเป็นประเทศกำลังพัฒนา ฉะนั้นปัจจัยที่นำมาสนับสนุนผลประโยชน์ของเด็กนั้น จึงไม่อาจจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็กได้ในทุก ๆ กรณี เช่น เรื่องการสนับสนุนของรัฐต่อการศึกษาของเด็ก หรือในกรณีการให้บริการทางด้านสาธารณสุขแก่เด็ก เป็นต้น

4.2.1.2 การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า รัฐภาคีสมาชิกหลายรัฐที่ไม่มี การให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ” ที่แน่นอนเอาไว้ แต่จะมีการกำหนดปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาประกอบการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ นี้ จะกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐภาคีนั้นเอง ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างรัฐภาคีที่มีการกำหนดปัจจัยหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาประกอบการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อเป็นแนวทางการศึกษาในกรณีดังกล่าว ดังนี้

1) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ นั้น ได้กำหนดปัจจัยที่นำมาพิจารณา

¹⁶ “Truth and Reconciliation Commission Report For the Children of Sierra Leone,” (2004), <<http://www.trcsierraleone.org/pdf/kids.pdf>> (Last visited 4 May 2007).

ประกอบการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในมาตรา 7(1)¹⁷ แห่งพระราชบัญญัติเด็ก ลำดับ

¹⁷ Children’s Bill No.38 of 2005

Article 7. (1) Whenever a provision of this Act requires the best interests of the child standard to be applied, the following factors must be taken into consideration where relevant, namely—

- (a) the nature of the personal relationship between
 - (i) the child and the parents, or any specific parent; and
 - (ii) the child and any other care-giver or person relevant in those circumstances;
- (b) the attitude of the parents, or any specific parent, towards—
 - (i) the child; and
 - (ii) the exercise of parental responsibilities and rights in respect of the child;
- (c) the capacity of the parents, or any specific parent, or of any other care-giver or person, to provide for the needs of the child, including emotional and intellectual needs;
- (d) the likely effect on the child of any change in the child’s circumstances, including the likely effect on the child of any separation from—
 - (i) both or either of the parents; or
 - (ii) any brother or sister or other child, or any other care-giver or person, with whom the child has been living;
- (e) the practical difficulty and expense of a child having contact with the parents, or any specific parent, and whether that difficulty or expense will substantially affect the child’s right to maintain personal relations and direct contact with the parents, or any specific parent, on a regular basis;
- (f) the need for the child—
 - (i) to remain in the care of his or her parent, family and extended family; and
 - (ii) to maintain a connection with his or her family, extended family, culture or tradition;
- (g) the child’s—
 - (i) age, maturity and stage of development;

ที่ 38 ปี ค.ศ.2005 (Children's Bill no.38 of 2005) โดยไม่ว่ากรณีใด ๆ ที่กฎหมายบัญญัติบัญญัติว่าจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาประกอบ จะต้องนำปัจจัยต่าง ๆ ที่บัญญัติในมาตรา 7(1) มาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ เช่น ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็ก ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและความสัมพันธ์ภายในครอบครัวและความต้องการของเด็กในการเลี้ยงดูจากบิดามารดาหรือบุคคลอื่น เป็นต้น ซึ่งการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กดังกล่าว หากพิจารณาโดยรวมแล้วจะพบว่า ปัจจัยในการพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น จะเน้นในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับคนในครอบครัวหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องต่อการเลี้ยงดูเด็ก และสิ่งที่มีผลต่อพัฒนาการของเด็ก อีกทั้งยังให้ความสำคัญต่อความต้องการของเด็กในการที่จะมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการที่จะ

(ii) gender;

(iii) background; and

(iv) any other relevant characteristics of the child;

(h) the child's physical and emotional security and his or her intellectual, emotional, social and cultural development;

(i) any disability that a child may have;

(j) any chronic illness from which a child may suffer;

(k) the need for a child to be brought up within a stable family environment and, where this is not possible, in an environment resembling as closely as possible a caring family environment;

(l) the need to protect the child from any physical or psychological harm that may be caused by—

(i) subjecting the child to maltreatment, abuse, neglect, exploitation or degradation or exposing the child to violence or exploitation or other harmful behaviour; or

(ii) exposing the child to maltreatment, abuse, degradation, ill-treatment, violence or harmful behaviour towards another person;

(m) any family violence involving the child or a family member of the child; and

(n) which action or decision would avoid or minimise further legal or administrative proceedings in relation to the child.

ได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาหรือบุคคลอื่น ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางให้แก่ศาลในการนำไปประกอบการพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในแต่ละกรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

2) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของประเทศแคนาดา ประเทศแคนาดาได้ให้การยอมรับและเคารพต่อหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยได้นำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของรัฐสองฉบับ คือ Civil Code of Quebec และ Youth Protection Act¹⁸ ซึ่งตามมาตรา 33¹⁹ แห่ง Civil Code of Quebec ได้บัญญัติถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่า โดยทั่วไปจะต้องพิจารณาถึงความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก (well - being) อันประกอบด้วยความต้องการทางกายภาพ (physical needs) ความต้องการทางภาวะทางอารมณ์ (emotion needs) ความต้องการต่อการพัฒนาการทางสติปัญญา (intellectual needs) และความต้องการทางด้านศีลธรรม (moral needs)²⁰ ซึ่งการกำหนดขอบเขตดังกล่าวจะสามารถที่จะปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้กับทุกกรณีที่เกิดขึ้นกับเด็กแต่ละคน

3) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของประเทศออสเตรเลีย ประเทศออสเตรเลียได้ยอมรับและนำเอาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาเป็นแนวทางในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 60B(2)²² แห่ง Family Law Reform Act 1995

¹⁸ Robin Ward, "The legal representation of children: A consultation paper prepared by The Quebec Bar Committee," Canadian Journal of Family Law, (1996), (Lexis 2007).

¹⁹ Civil Code of Quebec

Article 33 "Every decision concerning a child shall be taken in light of the child's interests and the respect of his rights."

Consideration is given, in addition to the moral, intellectual, emotional and physical needs of the child, to the child's age, health, personality and family environment, and to the other aspects of his situation.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Family Law Reform Act 1995

ซึ่งจะให้ความชัดเจนในเรื่องของวัตถุประสงค์และหลักการ ภายใต้การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กกว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุด (paramount consideration) นอกจากนี้เพื่อเป็นการแก้ปัญหาในเรื่องของการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กกว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดนั้น ประเทศออสเตรเลียจึงได้บัญญัติปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาใช้ในการพิจารณากฎนี้ดังกล่าวไว้ในมาตรา 68F(2)²³ เพื่อที่ศาลจะได้ใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเพื่อ

Section 60B(2) “ states the four principles that underlie these objects. These principles are however always subject to the rider that they not be contrary to a child’s best interests. The four principles are:

1. Children have a right to know and be cared for by both their parents, regardless of whether their parents are married, separated, have never married or have never lived together; and,
2. Children have a right of contact, on a regular basis, with both parents and with other people significant to their care, welfare and development; and,
3. Parents share duties and responsibilities concerning the care, welfare and development of their children; and,
4. Parents should agree about the future parenting of their children.”

²³ Section 68F(2) “The court must consider:

- (a) any wishes expressed by the child and any factors (such as the child’s maturity or level of understanding) that the court thinks are relevant to the weight it should give to the child’s wishes;
- (b) the nature of the relationship of the child with each of the child’s parents and with other persons;
- (c) the likely effect of any changes in the child’s circumstances, including the likely effect on the child of any separation from:
 - (i) either of his or her parents;
 - (ii) any other child, or other person, with whom he or she has been living;

คุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยกำหนดหลักการไว้ 4 ประการ ได้แก่

1. เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะรับรู้และได้รับการเอาใจใส่จากบิดามารดา โดยไม่คำนึงถึงว่าบิดามารดาของเด็กนั้นจะทำการสมรสกัน หย่าร้าง ไม่เคยสมรสกันมาก่อน หรือไม่เคยอยู่ด้วยกันมาก่อน
2. เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะติดต่อกับบิดามารดา หรือบุคคลที่มีความสำคัญต่อการดูแลสวัสดิการ และพัฒนาการของเด็ก

(d) the practical difficulty and expense of a child having contact with a parent and whether that difficulty or expense will substantially affect the child's right to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis;

(e) the capacity of each parent, or of any other person, to provide for the needs of the child, including emotional and intellectual needs;

(f) the child's maturity, sex and background (including any need to maintain a connection with the lifestyle, culture and traditions of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders) and any other characteristics of the child that the court thinks are relevant;

(g) the need to protect the child from physical or psychological harm caused, or that may be caused, by:

(i) being subjected or exposed to abuse, ill-treatment, violence or other behaviour; or

(ii) being directly or indirectly exposed to abuse, ill-treatment, violence or other behaviour that is directed towards, or may affect, another person;

(h) the attitude to the child, and to the responsibilities of parenthood, demonstrated by each of the child's parents;

(i) any family violence involving the child or a member of the child's family;

(j) any family violence order that applies to the child or a member of the child's family;

(k) whether it would be preferable to make the order that would be least likely to lead to the institution of further proceedings in relation to the child;

(l) any other fact or circumstance that the court thinks is relevant.”

3. บิดามารดาจะต้องแบ่งหน้าที่และความรับผิดชอบในการดูแล สวัสดิภาพ และ พัฒนาการของบุตร และ

4. บิดามารดาจะต้องตกลงเกี่ยวกับการเลี้ยงดูบุตรในอนาคต

โดยหลักการทั้ง 4 ประการนี้จะเป็นกรอบในการพิจารณาของศาลในการพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

4.2.2 การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ แต่สหรัฐอเมริกาได้มีการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในหลายกรณี เช่น การเลี้ยงดูเด็ก การรับบุตรบุญธรรม และครอบครัว เป็นต้น ซึ่งการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กของสหรัฐอเมริกานั้น มลรัฐแต่ละมลรัฐของสหรัฐอเมริกาจะสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นบังคับใช้ภายในมลรัฐได้เอง โดยการตีความของมลรัฐของสหรัฐอเมริกามีทั้งที่มีการกำหนดคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เอาไว้ในกฎหมายภายใน และการกำหนดปัจจัยหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในกฎหมายภายในของมลรัฐ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.2.2.1 การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยกำหนดคำนิยามโดยชัดแจ้ง จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าในบางมลรัฐมีการให้ คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ชัดแจ้ง ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างบางมลรัฐเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา ดังนี้

1) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของมลรัฐมอนทานา มลรัฐมอนทานาได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (Best interests of the child) ไว้ใน Montana Code Annotated 2007 เรื่องที่ 41 (Title 41) บทที่ 3 (Chapter 3) ส่วนที่ 1 (Part 1) ข้อที่ 102 (5) ว่าหมายถึง เงื่อนไขทางกาย ทางจิตใจ และทางอารมณ์ และความต้องการของเด็ก รวมถึงทุก ๆ ปัจจัยที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กที่ศาลจะนำมาพิจารณา

2) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของมลรัฐไอโอวา มลรัฐไอโอวาได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” บัญญัติไว้ใน มาตรา 3(2)²⁴ แห่ง

²⁴ Partial Bill

Section 3(2) 2 "Best interest" or "best interest of the child" means compliance with the spirit and intent of the federal Indian Child Welfare Act of protecting the unique relationship that exists between each Indian child and the child's own tribe, and

พระราชบัญญัติ Partial โดยการตีความของมลรัฐไอโอวาจะให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติพระราชบัญญัติ federal Indian Child Welfare และจะเน้นให้ความสำคัญแก่เด็กแต่ละกลุ่มชน รวมถึงความสัมพันธ์และการอยู่รวมเป็นครอบครัว

4.2.2.2 การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า ในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา มีการนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาเพื่อเป็นแนวทางให้แก่ศาลที่จะพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างการตีความในกรณีดังกล่าวของบาง มลรัฐเพื่อประกอบการศึกษา ดังนี้

1) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ ของมลรัฐมิชิแกน มลรัฐมิชิแกนได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ใน CHILD CUSTODY ACT OF 1970 Act 91 of 1970 เรื่องที่ 722.23 มาตรา 3²⁵ ซึ่งจะกำหนดปัจจัย (factors) เพื่อให้ศาลได้นำปัจจัยต่าง ๆ ตาม

providing the Indian child with unbroken access to and involvement in the child's tribe's way of life and the child's lifelong relationship with the child's extended family, tribal community, and tribe.

²⁵ CHILD CUSTODY ACT OF 1970 Act 91 of 1970

722.23 “Best interests of the child” defined.

Sec. 3. As used in this act, “best interests of the child” means the sum total of the following factors to be considered, evaluated, and determined by the court:

(a) The love, affection, and other emotional ties existing between the parties involved and the child.

(b) The capacity and disposition of the parties involved to give the child love, affection, and guidance and to continue the education and raising of the child in his or her religion or creed, if any.

(c) The capacity and disposition of the parties involved to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in place of medical care, and other material needs.

(d) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment, and the desirability of maintaining continuity.

บทบัญญัติดังกล่าวนี้มาใช้ประกอบการพิจารณากรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น ความรักและความเอาใจใส่ต่อเด็กของบิดามารดา หรือสภาพแวดล้อมในการเลี้ยงเด็ก เป็นต้น

2) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ ของมลรัฐมินิโซตา มลรัฐมินิโซตาได้มีการบัญญัติถึงการพิจารณาความหมายของผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ใน Subdivision 1²⁶ เรื่องที่

(e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home or homes.

(f) The moral fitness of the parties involved.

(g) The mental and physical health of the parties involved.

(h) The home, school, and community record of the child.

(i) The reasonable preference of the child, if the court considers the child to be of sufficient age to express preference.

(j) The willingness and ability of each of the parties to facilitate and encourage a close and continuing parent-child relationship between the child and the other parent or the child and the parents.

(k) Domestic violence, regardless of whether the violence was directed against or witnessed by the child.

(l) Any other factor considered by the court to be relevant to a particular child custody dispute.

²⁶ 2007 Minnesota Statutes

518.17 CUSTODY AND SUPPORT OF CHILDREN ON JUDGMENT.

Subdivision 1. The best interests of the child. (a) "The best interests of the child" means all relevant factors to be considered and evaluated by the court including:

(1) the wishes of the child's parent or parents as to custody;

(2) the reasonable preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient age to express preference;

(3) the child's primary caretaker;

(4) the intimacy of the relationship between each parent and the child;

(5) the interaction and interrelationship of the child with a parent or parents,

518.17 การพิจารณาการเลี้ยงดูและการสนับสนุนเด็ก (CUSTODY AND SUPPORT OF CHILDREN ON JUDGMENT) ของ 2007 Minnesota Statutes โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลในการพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งมีหลักเกณฑ์คล้ายกับหลักเกณฑ์การ

siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interests;

(6) the child's adjustment to home, school, and community;

(7) the length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment and the desirability of maintaining continuity;

(8) the permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home;

(9) the mental and physical health of all individuals involved; except that a disability, as defined in section 363A.03, of a proposed custodian or the child shall not be determinative of the custody of the child, unless the proposed custodial arrangement is not in the best interest of the child;

(10) the capacity and disposition of the parties to give the child love, affection, and guidance, and to continue educating and raising the child in the child's culture and religion or creed, if any;

(11) the child's cultural background;

(12) the effect on the child of the actions of an abuser, if related to domestic abuse, as defined in section 518B.01, that has occurred between the parents or between a parent and another individual, whether or not the individual alleged to have committed domestic abuse is or ever was a family or household member of the parent; and

(13) except in cases in which a finding of domestic abuse as defined in section 518B.01 has been made, the disposition of each parent to encourage and permit frequent and continuing contact by the other parent with the child.

The court may not use one factor to the exclusion of all others. The primary caretaker factor may not be used as a presumption in determining the best interests of the child. The court must make detailed findings on each of the factors and explain how the factors led to its conclusions and to the determination of the best interests of the child.

พิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของมลรัฐมิชิแกน ในบางประการ เช่น หลักเกณฑ์ในเรื่องของสภาพแวดล้อมของเด็ก เป็นต้น และก็มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างออกไป เช่น ในเรื่องของการปราศรัยของบิดามารดาที่จะเลี้ยงดูเด็ก เป็นต้น

3) การนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้ของมลรัฐเคนตักกี หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้มีการกล่าวไว้ใน Kentucky Revised Statute section 403.270 โดยมีกำหนดขอบเขตการพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้โดยเฉพาะทั้งสิ้น 6 ประการ สำหรับเป็นแนวทางแก่ศาลในการปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงแห่งคดีในการใช้อำนาจปกครองเด็ก ดังนี้

- ความประสงค์ของบิดา มารดาของเด็ก หรือทั้งบิดามารดาของเด็กในการที่ใช้อำนาจปกครองเด็ก

- ความประสงค์ของเด็กที่ต้องการจะอยู่ในความปกครองของผู้ปกครอง

- ปฏิสัมพันธ์และความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดา มารดา หรือทั้งบิดามารดา พี่น้อง และหรือกับบุคคลอื่น ๆ ที่อาจจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

- การปรับตัวของเด็กกับครอบครัว โรงเรียน และสังคม

- สุขภาพทางจิตและสุขภาพทางกายของผู้ที่เกี่ยวข้องแต่ละคน และ

- ข้อมูล บันทึก และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงภายในครอบครัว

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เป็นหลักทั่วไป (General principle) หลักหนึ่งของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ โดยคณะกรรมการยกเว้นฯ มีเจตนารมณ์ให้มีการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ในทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองสิทธิอย่างเต็มที่ แต่เนื่องจากรัฐภาคีมีความแตกต่างกันในหลาย ๆ ด้าน เช่น ภาษา วัฒนธรรม สภาพทางเศรษฐกิจ และสังคม เป็นต้น ฉะนั้นคณะกรรมการยกเว้นฯ จึงเห็นควรที่จะใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและสามารถตีความครอบคลุมการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้ทุกกรณี ทั้งนี้เพื่อให้รัฐภาคีสามารถที่จะตีความจากถ้อยคำดังกล่าว และนำไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับรัฐภาคี ฉะนั้นจึงเป็นภาระของรัฐภาคีที่ต้องตีความให้เกิดความเหมาะสมกับสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่าง ๆ ภายในรัฐ

ถ้อยคำตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “the best interests of the child” หากพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวแล้วจะพบว่า ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่มีขอบเขตของความหมายที่กว้าง ฉะนั้นในการตีความของถ้อยคำจึงมีปัญหาในการตีความหมายของคำ ดังนี้

ผลประโยชน์ของเด็ก (interests of the child) การตีความของคำว่าผลประโยชน์นี้รัฐภาคีจะต้องคำนึงว่าสิ่งใดที่จะถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์ของเด็กที่แท้จริง ซึ่งจากการศึกษาของ

ผู้เขียนพบว่า รัฐภาคีบางรัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่บางครั้งการตีความดังกล่าวอาจไม่เป็นผลประโยชน์ที่แท้จริงของเด็ก ทั้งนี้เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้นนั้นอาจจะไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็กได้ในทุกกรณี อีกทั้งผู้ที่ตีความนั้นอาจยึดถือเอาผลประโยชน์ของผู้ใหญ่และผลประโยชน์ของรัฐเป็นที่ตั้ง และสิ่งที่รัฐตีความว่าเป็นผลประโยชน์ของเด็กนั้นอาจจะเป็นผลประโยชน์ของเด็กเฉพาะกลุ่ม ซึ่งอาจจะไม่ใช่ผลประโยชน์ของเด็กทั้งหมด จึงเป็นปัญหาว่าการตีความดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อเด็กหรือไม่ ฉะนั้นการตีความคำว่าผลประโยชน์ของเด็กนั้นจึงมีขอบเขตที่ไม่แน่นอนตามตัว จะต้องมีการพิจารณาผลประโยชน์ของเด็กต่อกรณีที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณี ประกอบกับปัจจัยหรือข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เพื่อให้ได้ผลประโยชน์ที่แท้จริงของเด็ก

สูงสุด (the best) การตีความคำว่า "สูงสุด" ของรัฐภาคีแต่ละรัฐมีความแตกต่างกัน เช่น ประเทศฟิลิปปินส์และสาธารณรัฐชิลีอธิบายความจากถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3(1) ว่า จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ดี (Good) สำหรับเด็ก ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมีขอบเขตการพิจารณาที่กว้างขึ้นและไม่ใช่เป็นเพียงสิ่งที่มีอยู่ในอุดมคติเท่านั้น เป็นต้น ซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคือสิ่งที่ดีที่สุดนั้นไม่มีมาตรฐานที่แน่นอน ฉะนั้นจึงขึ้นอยู่กับเหตุผลและแนวความคิดของผู้ตีความที่จะตีความว่าสิ่งใดคือสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก ทั้งนี้ผู้ที่ตีความก็ต้องพิจารณาปัจจัยหรือข้อเท็จจริงต่าง ๆ เช่น พัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ของเด็ก หรือความต้องการของเด็ก เป็นต้น ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี มาพิจารณาประกอบด้วย

4.2.3. การพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐ

การพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเพื่อนำมาบังคับใช้ภายในรัฐถือว่ามี ความสำคัญในการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ทั้งนี้เนื่องจากคำว่า "ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก" นั้น ไม่สามารถที่จะใช้ได้เพียงลำพัง จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงเกณฑ์การพิจารณาถึงหลักดังกล่าวด้วย ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.2.3.1 กลุ่มประเทศที่พิจารณาว่าเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรก ในการพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรก (primary consideration) เป็นการพิจารณาที่เป็นไปตามแนวทางการพิจารณาตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ซึ่งการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวเป็นไปหลักเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิฯ กำหนดไว้

ให้รัฐพึงต้องปฏิบัติตาม โดยไม่ว่าการกระทำใด ๆ หรือการพิจารณาในเรื่องใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก นั้นจะต้องพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกนั้น จะปรากฏถ้อยคำใน ๒ รูปแบบ คือ a primary consideration ซึ่งเป็นไปตามถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และ the primary consideration รัฐภาคีที่มีการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในลักษณะดังกล่าว เช่น ประเทศโคลัมเบียและสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นต้น

4.2.3.2 กลุ่มประเทศที่พิจารณาว่ามีความสำคัญสูงสุด ในการพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่ามีความสำคัญสูงสุด (paramount consideration) มีปรากฏในกฎหมายครอบครัวและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลี้ยงดูเด็ก (custody) ในระบบกฎหมาย Common law ซึ่งมีปรากฏมาก่อนที่จะมีจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ก็ได้มีการเสนอที่จะให้การพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น เป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุดแต่ไม่ได้รับการพิจารณา การพิจารณาหลักผลประโยชน์สูงสุดในลักษณะดังกล่าว มีการใช้ถ้อยคำ 2 รูปแบบ กล่าวคือ a paramount consideration และ the paramount consideration การพิจารณาว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งสำคัญนั้น ถือว่ามีมาตรฐานที่สูงกว่าที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ²⁷ รัฐภาคีที่สามารถที่จะกำหนดให้การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดในลักษณะดังกล่าวได้ รัฐภาคีที่ได้มีการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในลักษณะนี้ เช่น ประเทศไทย²⁸ ประเทศแคนาดา และประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

4.2.4 ปัจจัยที่นำมาพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐ

ในการพิจารณาว่าสิ่งใดคือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น จะต้องอาศัยปัจจัยที่จะสามารถ

²⁷ The Child Rights Working Group, "LEGISLATIVE MEASURES FOR IMPLEMENTATION ON THE RIGHTS OF THE CHILD : INTERNATIONAL LEASONS LEARNED AND RECOMMENDATIONS FOR THE GOVERNMENT OF CANADA," A COMPANION PAPER TO WORLD VISION CANADA'S SECOND SUBMISSION TO THE STANDING SENATE COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS.

²⁸ โดยปรากฏตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้บัญญัติให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

สนับสนุนสิ่งที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนำมาพิจารณาประกอบ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 3(1) ที่ต้องการให้มีความเหมาะสมกับรัฐภาคี โดยปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้รัฐภาคีจะเป็นผู้กำหนดรายละเอียด ซึ่งปัจจัยที่รัฐภาคีส่วนใหญ่นำมาเป็นหลักเกณฑ์ประกอบในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ได้มีการวิเคราะห์ปัจจัยที่สนับสนุนผลประโยชน์สูงสุดและสิทธิของเด็กในประเทศอันประกอบด้วย²⁹

- 1) ความสามารถที่จะศึกษา
- 2) การทำงานและการช่วยเหลือครอบครัว
- 3) การที่เด็กสามารถที่จะมีเวลาพักผ่อนและเวลาที่จะอยู่กับเพื่อน
- 4) การที่เด็กสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นของตน
- 5) เป็นอิสระต่อการเลือกสิ่งแวดล้อมและผลประโยชน์ของตน

ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนสามารถสรุปปัจจัยที่รัฐภาคีนำมาพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ได้ดังนี้

4.2.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบุคคลในครอบครัว การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับครอบครัวโดยเฉพาะกับบิดามารดาถือว่ามีสำคัญ ทั้งนี้เนื่องจากครอบครัวถือว่าเป็นสถาบันขั้นพื้นฐานของสังคม อีกทั้งวรรค 5³⁰ ในส่วนอารัมภบทแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ยังให้ความสำคัญแก่สถาบันครอบครัวว่ามีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตและความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก ซึ่งรัฐภาคีส่วนใหญ่จะให้ความสำคัญแก่หลักเกณฑ์ประการนี้มาก ตัวอย่างเช่น มาตรา 6(1)(a)(i) แห่งพระราชบัญญัติเด็ก (Children's Bill) ของประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งกำหนดให้การคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น จะต้องคำนึงถึงปัจจัยของธรรมชาติของความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดา เป็นต้น

4.2.4.2 พัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ของเด็ก ปัจจัยดังกล่าวถือว่าเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญอีกประการหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ถือ

²⁹ A.G. Balanon, Faye and A. Yacat, Jay, *supra note*.

³⁰ Preamble of Convention on the Rights of the Child

Paragraph 5 “Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community.”

ว่ามีความสำคัญต่อวัยเด็กที่จะก้าวไปสู่วัยผู้ใหญ่ต่อไป ฉะนั้นปัจจัยที่สามารถส่งเสริมพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ และทางอารมณ์ของเด็กได้ดี ก็ย่อมก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่เด็ก ปัจจัยที่สามารถที่จะส่งผลต่อพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ของเด็กที่มีความสำคัญที่สุด คือ ปัจจัยที่มีความเกี่ยวข้องกับครอบครัวและสิ่งแวดล้อมรอบตัวเด็ก

4.2.4.3 ความสามารถของบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กในการเลี้ยงดูและดูแลเด็ก
ปัจจัยดังกล่าวจะนำมาพิจารณาประกอบในกรณีบิดามารดาแยกทางกัน หรือกรณีที่เด็กจะต้องอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บิดามารดาที่แท้จริง โดยปัจจัยดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้น สามารถที่จะเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดีหรือไม่ และสามารถที่จะตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานในการเลี้ยงดูเด็กได้หรือไม่ เช่น การให้การศึกษาแก่เด็ก หรือการดูแลสุขภาพอนามัยของเด็ก เป็นต้น

4.2.4.4 วัฒนธรรมของสังคม เนื่องจากรัฐหนึ่ง ๆ อาจจะมีหลากหลายของวัฒนธรรม ซึ่งวัฒนธรรมของสังคมที่แวดล้อมเด็กนั้นก็ถือว่าเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่ส่งผล ต่อพัฒนาการทางด้านความคิดและทางด้านอารมณ์ของเด็ก อีกทั้งมีอิทธิพลต่อการปรับตัวของเด็กต่อสภาพแวดล้อม ฉะนั้นวัฒนธรรมจึงเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญในการที่จะกำหนดว่าสิ่งใดคือสิ่งที่เป็ผลประโชยชน์สูงสุดของเด็ก

4.2.4.5 สิ่งแวดล้อมรอบตัวเด็ก สิ่งแวดล้อมรอบตัวเด็กนั้น หมายรวมถึงสิ่งแวดล้อมรอบ ๆ ตัวเด็กไม่ว่าจะเป็นสิ่งแวดล้อมที่อยู่อาศัยของเด็ก และสิ่งแวดล้อมในสถานศึกษา ซึ่งสิ่งแวดล้อมรอบตัวเด็กต่าง ๆ นี้ ส่งผลกระทบโดยตรงต่อพัฒนาการทางกาย จิตใจ และทางอารมณ์ของเด็ก โดยในการชั่งน้ำหนักของผู้ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น จะต้องพิจารณาว่าสิ่งแวดล้อมรอบตัวเด็กเช่นไรที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง

4.2.4.6 ความต้องการและความปรารถนาของเด็ก ปัจจัยการพิจารณาถึงความปรารถนาของเด็ก (children's wishes) ในข้อนี้ถือว่ามีผลสำคัญต่อการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่สำคัญที่สุด ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำใด ๆ หรือการพิจารณาถึงสิ่งใด ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กแม้ปัจจัยอื่น ๆ จะส่งผลให้สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นสิ่งที่เป็ผลประโชยชน์สูงสุดของเด็กก็ตาม แต่หากไม่ใช่ความต้องการและความปรารถนาของเด็กแล้ว ก็ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นผลประโชยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง

ปัจจัยความต้องการและความปรารถนาของเด็กนั้น มีข้อจำกัดในเรื่องของวุฒิภาวะของเด็กที่สามารถที่จะรับรู้และสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าถึงความต้องการและความปรารถนาของตนเอง

จากปัจจัยที่นำมาพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐภาคีที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสิ่งที่จะส่งผลต่อพัฒนาการของเด็ก ไม่ว่าจะเป็นพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ และทางอารมณ์ของเด็กในทุกช่วงอายุ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดปัจจัยในลักษณะดังกล่าวมีเหตุผลมาจากหากปัจจัยที่สามารถส่งผลต่อพัฒนาการด้านต่าง ๆ ของเด็กได้ดีแล้วนั้น ก็ย่อมที่จะทำให้เด็กเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าการศึกษาปัจจัยที่ส่งผลต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐภาคีนั้น ย่อมที่จะมีปัญหาแตกต่างกันไป โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) สภาพของปัญหา การพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะต้องอาศัยปัจจัยมาประกอบการพิจารณา ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้รัฐภาคีจะเป็นผู้กำหนดขึ้นมาเพื่อความเหมาะสมกับความแตกต่างของความหลากหลายทางวัฒนธรรม ความเป็นอยู่ สภาพสังคมและเศรษฐกิจ ศาสนา และการศึกษาภายในรัฐนั้น โดยให้ปัจจัยเหล่านี้สามารถที่จะสนับสนุนสิทธิของเด็กได้อย่างเต็มที่ แต่ในการพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐ จะประสบปัญหาในเรื่องของสิ่งที่จะนำมาเป็นปัจจัยในการพิจารณา ทั้งนี้เนื่องจากโดยทั่วไปในแต่ละรัฐย่อมที่จะมีความแตกต่างในเรื่องของศาสนา วัฒนธรรม และอาจรวมถึงความแตกต่างในเรื่องของเชื้อชาติ ฉะนั้นการกำหนดปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐนั้น บางกรณีก็อาจถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเฉพาะกลุ่มไม่ได้เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้งหมด

2) สาเหตุของปัญหา ปัญหาการพิจารณาปัจจัยที่นำมาพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐภาคีนี้มีสาเหตุอันเนื่องมาจากถ้อยคำที่บัญญัติตามมาตรา(1) แห่งอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็กฯ นั้น เป็นถ้อยคำที่สามารถตีความได้กว้าง ซึ่งรัฐภาคีจะต้องกำหนดแนวทางหรือปัจจัยที่จะมาสนับสนุนการกระทำที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อให้เหมาะสมกับวัฒนธรรม ประเพณี ค่านิยม ศาสนา สภาวะทางเศรษฐกิจ และปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่ในรัฐภาคีต่าง ๆ ย่อมที่จะมีความหลากหลายของวัฒนธรรม ประเพณี ศาสนา และเชื้อชาติ ฉะนั้นจึงเป็นสาเหตุที่การกำหนดปัจจัยที่สนับสนุนการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ไม่อาจที่จะเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ทั้งหมด แต่ก็อาจถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กส่วนใหญ่

4.2.5. มาตรการการปรับใช้ภายในรัฐ

ในการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น ย่อมมีมาตรการการบังคับใช้เช่นเดียวกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ซึ่งตามมาตรา 4³¹ กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการให้เหมาะสมทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหารและด้านอื่น ๆ เพื่อการปฏิบัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญา นอกจากนี้มาตรา 3(1) ได้วางหลักเกณฑ์ให้การกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาล หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก ซึ่งจากบทบัญญัติทั้งสองมาตราสามารถสรุปมาตรการในการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กภายในรัฐได้ดังนี้

4.2.5.1 มาตรการทางนิติบัญญัติ ตามมาตรา 4 กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการที่เหมาะสมด้านนิติบัญญัติ เพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิของเด็กที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ได้ให้การรับรองไว้ อีกทั้งมาตรา 3(1) ยังกำหนดให้การดำเนินการใด ๆ ขององค์กรนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ซึ่งการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาและหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องปฏิบัติตามมาตรการดังต่อไปนี้³²

- 1) รัฐภาคีจะต้องอนุวัติการ³³ ให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ เสียก่อน

³¹ Article 22

States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.

³² อิงอร จินตนาเลิศ, “กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 63. *refer to*, Daniel O’ Donnell, Guidelines for NGOs on Monitoring Implementation of the Convention on the Rights of the Child, 17 (1992).

³³ การอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาเป็นเรื่องความสมบูรณ์ของอนุสัญญาตามกฎหมายภายใน ตามแนวทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ซึ่งการที่อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้ในประเทศได้ก็

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงจะมีผลบังคับใช้ภายในรัฐภาคีได้

2) ในการบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐภาคีโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเด็กไม่ว่ากรณีใด ๆ เช่น กฎหมายที่ให้การรับรองสิทธิแก่เด็ก หรือกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เป็นสำคัญและเป็นอันดับแรก³⁴ เพื่อนำมาประกอบการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

3) ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องดำเนินการตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายภายในที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนั้นว่าขัดหรือแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) หรือไม่ หากมีบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ หรือหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องดำเนินการแก้ไขและบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ³⁵ และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) หรือดำเนินการยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่านอกจากอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติและแก้ไขกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐภาคีบางรัฐยังทำหน้าที่เป็นผู้ตีความและกำหนดปัจจัยที่นำมาพิจารณาประกอบสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติคำจำกัดความและปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาประกอบสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางเพื่อให้องค์กรอื่น ๆ ใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้ในการคุ้มครองสิทธิของเด็กได้อย่างเหมาะสมต่อไป เช่น สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ประเทศแคนาดา และประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

4.2.5.2 มาตรการทางฝ่ายบริหาร ในการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นั้น ฝ่ายบริหารถือว่ามีบทบาทที่สำคัญอีกองค์การหนึ่ง โดยฝ่าย

ต้องมีการแปลงให้มาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน โดยแต่ละรัฐย่อมมีวิธีการและขั้นตอนที่แตกต่างกันไป

³⁴ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก,” *ดุลพินิจ*, เล่มที่ 5 ปีที่ 41 (กันยายน – ตุลาคม 2537), น. 19.

³⁵ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 64.

บริหารจะต้องมีแผนนโยบายของรัฐ (National Programmes of Action)³⁶ เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของเด็ก ซึ่งแผนนโยบายของรัฐดังกล่าวจะกำหนดไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ในการที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุด อีกทั้งในการดำเนินการใด ๆ ที่เป็นบริการสาธารณะ (Public service) เช่น การบริการด้านสาธารณสุข การศึกษา หรือการคมนาคมขนส่ง เป็นต้น ฝ่ายบริหารก็ต้องคำนึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก แม้ว่าจะปรากฏว่าเกิดความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ของสาธารณะกับผลประโยชน์ของเด็ก ผลประโยชน์ของเด็กก็จะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกเสมอ

จากการศึกษาพบว่า ฝ่ายบริหารของรัฐภาคีบางรัฐทำหน้าที่เป็นผู้ตีความและกำหนดปัจจัยในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” และปัจจัยในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ฝ่ายบริหารจะกำหนดไว้ในข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายบริหาร เช่น ระเบียบ หรือกฎกระทรวง เป็นต้น

สำหรับการดำเนินงานต่าง ๆ ของหน่วยงานฝ่ายบริหารของรัฐภาคี หากการกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ มีความเกี่ยวข้องกับเด็ก หน่วยงานดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและเป็นอันดับแรก

4.2.5.3 มาตรการทางตุลาการ ฝ่ายตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายกับอรรถคดีต่าง ๆ เพื่อความยุติธรรม โดยรัฐภาคีบางรัฐฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายซึ่งกำหนดขอบเขตการพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ เพื่อเป็นแนวทางแก่ศาลในการนำไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับคดีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น ในประเทศออสเตรเลีย และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้³⁷ เป็นต้น โดยปัจจัยที่มีการบัญญัติไว้นั้นเป็นเพียงการกำหนดกรอบหรือขอบเขตของสิ่งที่ศาลจะต้องนำมาพิจารณาเท่านั้น ซึ่งศาลจะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี นอกจากศาลทำหน้าที่ในการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดกับอรรถคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็กแล้ว จากการศึกษของผู้เขียนพบว่า ศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย common law คำพิพากษาของศาลเป็นทั้งที่มาของกฎหมายและข้อพิสูจน์ว่ากฎหมายมีอยู่ ฉะนั้นคำพิพากษาของศาลในระบบ common law จึงสามารถบรรทัดฐานที่เกี่ยวข้องกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครอง

³⁶ เฟิงอ๋าง, หน้า 65.

³⁷ ดูหัวข้อ 4.2.1.2 ประกอบ

³⁸ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพมหานคร : ประกายพริ้ง, 2548), หน้า 41.

สิทธิของเด็ก เช่น คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี Chapsky v. Wood³⁹ ซึ่งถือเป็นคดีที่ปรากฏการใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองเด็กคดีแรกของสหรัฐอเมริกา โดยต่อมาก็กลายเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับใช้อำนาจปกครองเด็กและการเลี้ยงดูเด็กในคดีต่อ ๆ มา หรือคำพิพากษาของศาลสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ในคดี Mohapi v. Masha⁴⁰ ซึ่งถือเป็นคดีแรกที่ศาลมีการกล่าวถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการพิจารณาเป็นประการแรก (first) และสำคัญที่สุด (foremost) และถือเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองบุตรของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ในคดีต่อ ๆ มา เป็นต้น

ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่นั้น จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่ารัฐภาคีแต่ละรัฐนั้นผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมีความแตกต่างกัน โดยบางรัฐให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตีความและให้ขอบเขตการพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก และบางรัฐก็ให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารซึ่งตามมาตรา 3(1) กำหนดให้การกระทำใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก หากพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ที่ต้องกระทำการใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับเด็ก ย่อมที่มีอำนาจในการตัดสินใจว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ กรณีดังกล่าวย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของมาตรฐานในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ แม้บางครั้งจะมีการวางแนวทางในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ แต่การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้น บางครั้งก็ไม่สามารถที่จะยึดคำวินิจฉัยเดิมได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากความแตกต่างของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี รวมถึงความปรารถนาและความรู้สึกของเด็กแต่ละคน

³⁹ ปี ค.ศ. 1881 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ได้มีคำวินิจฉัยในคดี Chapsky v. Wood อันเป็นคดีซึ่งใช้อำนาจปกครองเด็ก โดยในคดีนี้ศาลมีคำวินิจฉัยตอนหนึ่งว่าการใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นจะต้องให้ความสำคัญแก่ผลประโยชน์ของเด็กด้วย แต่ศาลก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความหรืออธิบายว่าผลประโยชน์ของเด็กนั้นมีขอบเขตเช่นไร

⁴⁰ คดี Mohapi v. Masha เป็นคดีการใช้อำนาจปกครองบุตรของบิดาและมารดาที่แยกทางกัน โดยศาลได้มีคำพิพากษาในคดีดังกล่าวโดยวางหลักว่าศาลจะต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นประการแรก (first) และสำคัญที่สุด (foremost)

4.3 กลไกการบังคับให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

การบังคับให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) นอกจากจะมีกลไกระหว่างประเทศที่คอยสอดส่องดูแลเพื่อให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีแล้ว ยังประกอบด้วยกลไกระดับประเทศอันเป็นกลไกภายในของรัฐภาคี ซึ่งกลไกภายในของรัฐนี้เองทำให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) มีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.3.1 มาตรการทางกฎหมาย

มาตรการทางกฎหมายถือว่าเป็นกลไกภายในของรัฐภาคีที่สำคัญประการหนึ่งที่สามารถบังคับให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจากการศึกษาพบว่ารัฐภาคีจะมีการตีความและกำหนดขอบเขตของปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก แล้วบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของรัฐ โดยการตีความและการกำหนดขอบเขตของปัจจัยที่นำมาพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กของรัฐภาคีนั้น เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของการกระทำต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กในรูปแบบของข้อบังคับที่ทุกคนในรัฐพึงจะต้องปฏิบัติตาม

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 3(1) ซึ่งกำหนดให้ไม่ว่าการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกนั้น จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่ารัฐภาคีจะบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของตน โดยระบุถ้อยคำที่มีลักษณะและความหมายเช่นเดียวกับถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 3(1) กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่อาจจะมีความแตกต่างกันในเรื่องของการพิจารณาถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่า จะต้องพิจารณาเป็นลำดับแรก (primary consideration) หรือพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด (paramount consideration) เช่น section 28(2) แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ได้บัญญัติว่า “ A child’s best interests are of paramount importance in every matter concerning the child.” เป็นต้น ซึ่งในการบัญญัติด้วยถ้อยคำที่สามารถตีความได้กว้างของรัฐภาคีต่าง ๆ ประกอบกับในบางรัฐจะมีการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาสิ่งที่เป็นผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้เพื่อเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก จึงสามารถที่จะตีความได้ว่าทุกการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น จะต้องนำหลักผลประโยชน์สูงสุด ของเด็กมา

พิจารณาเสมอ แต่จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าแม้รัฐภาคีต่าง ๆ จะมีการกำหนดให้ในทุก ๆ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็ก จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการการลงโทษผู้ฝ่าฝืนในกรณีที่มีผู้กระทำการฝ่าฝืนไม่นำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาพิจารณาในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็กแต่อย่างใด ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ารัฐภาคีให้อำนาจแก่ศาลเป็นผู้พิจารณาในการปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กกับกรณีที่เกิดขึ้นกับเด็ก จึงไม่มีการกำหนดมาตรการลงโทษไว้ อีกทั้งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมีลักษณะเช่นเดียวกับศีลธรรม กล่าวคือ เด็กควรที่จะได้ผลประโยชน์ที่ดีที่สุด ซึ่งผู้กระทำการที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นย่อมทราบดีด้วยตนเองอยู่แล้วว่าสิ่งใดคือสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก

4.3.2 การเสนอรายงานต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก

ตามมาตรา 44(1)⁴¹ กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กโดยผ่านเลขาธิการสหประชาชาติ เกี่ยวกับการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐภาคีได้ดำเนินการ เพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาการนำเสนอรายงานดังนี้

(1) ภายในสองปี นับจากวันที่อนุสัญญามีผลบังคับใช้ต่อรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หลังจากที่รัฐเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ แล้ว รัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องเสนอรายงานการดำเนินการตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กโดยผ่านเลขาธิการสหประชาชาติภายในสองปี นับจากวันที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ มีผลใช้บังคับกับรัฐภาคีนั้น

(2) ทุก ๆ ห้าปีหลังจากนั้น กล่าวคือ หลังจากที่รัฐได้เสนอรายงานต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กครั้งแรกแล้ว รัฐภาคีมีหน้าที่ที่จะต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก

⁴¹ 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.

ทุก ๆ ห้าปีหลังจากที่ได้เสนอรายงาน

ในการจัดทำรายงานของรัฐภาคีที่นำเสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 4⁴² เนื้อหาของรายงานที่รัฐภาคีต้องเสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น ต้องระบุถึงมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐภาคีได้กำหนดขึ้นไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางกฎหมาย ทางฝ่ายบริหาร หรืออื่น ๆ และเนื้อหาของรายงานจะต้องรายงานถึงความคืบหน้าของการใช้สิทธิต่าง ๆ ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก⁴³ ซึ่งอาจรวมถึงปัจจัยและอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ โดยในการจัดทำรายงานของรัฐภาคีนั้นจะเป็นไปตาม Guidelines ที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กกำหนดไว้ ซึ่งหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตาม มาตรา 3 อันเป็นหลักการทั่วไป (general principle) ถือเป็นหัวข้อรายงานหัวข้อหนึ่งที่รัฐภาคีจะต้องรายงานแก่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กทราบถึงการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็ก โดยรัฐภาคีจะต้องรายงานคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กในเรื่องของการดำเนินการตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาตรา 3 ในรายละเอียดที่กำหนดไว้ใน guidelines ดังต่อไปนี้⁴⁴

4.3.2.1 ความสัมพันธ์กับกฎหมายภายในรัฐภาคี ในรายงานของรัฐภาคีที่รายงานในเรื่องการปฏิบัติตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 รัฐภาคีจะต้องชี้ให้เห็นว่าหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ต้องการให้มีการคำนึงถึงเป็นลำดับแรกในทุกการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้น รัฐภาคีได้ให้การรับรองโดยกฎหมายภายในหรือไม่ อย่างไร ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในของรัฐภาคี รวมถึงกฎระเบียบต่าง ๆ⁴⁵

⁴² Article 4.

States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.

⁴³ อิงอร จินตนาเลิศ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3 น. 68.

⁴⁴ Rachel Hodgkin and Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Full revised edition, (Geneva : Atar SA, 2002), p. 677.

⁴⁵ *Ibid*, p. 678.

4.3.2.2 ข้อมูลการดำเนินงานขององค์กรหรือหน่วยงานต่าง ๆ รัฐภาคีจะต้องรายงานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานหรือการกระทำการอย่างใด ๆ ของศาล หน่วยงานด้านบริหาร ด้านกฎหมาย ตลอดจนองค์กร สวัสดิการสังคมของภาคเอกชนและภาครัฐ ได้คำนึงถึงหลักการทั่วไปเกี่ยวกับผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างไรบ้าง

4.3.2.3 ข้อมูลเฉพาะเรื่อง การจัดทำรายงานของรัฐภาคีในเรื่องของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 นั้น guideline ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องรายงานข้อมูลเฉพาะเรื่องของรัฐภาคีได้ดำเนินการเพื่อให้เด็กได้รับผลประโยชน์สูงสุดในเรื่องของครอบครัว โรงเรียน สังคม และในขอบเขตอื่น ๆ ⁴⁶ เช่น การจัดสรรงบประมาณตั้งแต่จากส่วนกลางจนถึงส่วนท้องถิ่น, การกำหนดนโยบายและแผนพัฒนา นโยบายการเคหะ การขนส่งและสิ่งแวดล้อม, การอุปถัมภ์เด็ก การตรวจคนเข้าเมือง กระบวนการดำเนินการกับผู้ลี้ภัยและผู้อพยพ, การบริหารงานยุติธรรมสำหรับเด็ก และการประกันสังคม เป็นต้น

4.3.2.4 มาตรการที่ใช้ตามนัยมาตรา 3(2) ⁴⁷ รัฐภาคีต้องรายงานถึงการมาตรการที่ใช้ตามนัยมาตรา 3(2) ทั้งในด้านการบริหารและด้านกฎหมาย เพื่อเป็นการประกันว่าเด็กจะได้รับความคุ้มครองดูแลอย่างเหมาะสมและที่จำเป็นต่อความเป็นอยู่ที่ดี (well-being) ของเด็ก

4.3.2.5 การดำเนินงานของรัฐภาคีตามมาตรา 3(3) ในการจัดทำรายงานเรื่องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 รัฐภาคีต้องรายงานถึงการดำเนินงานตามมาตรา 3(3) ในการกำหนดมาตรฐานการทำงานเพื่อคุ้มครองและดูแลเด็กทั้งของภาครัฐและเอกชน และเพื่อตรวจสอบว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้มีการปฏิบัติตามภารกิจตรงตามมาตรฐานที่กำหนดไว้หรือไม่ โดยเฉพาะในเรื่องของความปลอดภัย สุขภาพ จำนวนและความเหมาะสมของบุคลากร ตลอดจนการตรวจตราเพื่อให้เป็นไปพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

4.3.2.6 ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินงาน นอกจากรัฐภาคีจะต้องมีการรายงานข้อมูลการดำเนินงานให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว รัฐภาคีจะต้องรายงานให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินงานต่าง ๆ เพื่อให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วย

⁴⁶ *Ibid*, p. 678.

⁴⁷ Article 3(2) “States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.”

ทั้งนี้เพื่อที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ได้พิจารณา พร้อมทั้งให้คำแนะนำแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

4.3.2.7 การนำมาเป็นหลักสูตรการอบรมผู้ทำงานด้านเด็ก รัฐภาคีต้องเสนอข้อมูลในรายงานเพื่อให้คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กทราบถึงการดำเนินการของรัฐภาคีในการนำเอาหลักการของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) มาบรรจุไว้หลักสูตรการอบรมผู้ที่ปฏิบัติงานเกี่ยวกับเด็ก ว่ารัฐภาคีได้มีการดำเนินการหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้เพื่อที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ทราบถึงความพร้อมของบุคลากรที่ดำเนินงานเกี่ยวกับภายในรัฐภาคีนั้น ๆ ว่ามีความพร้อมเพียงใด

เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับรายงานจากรัฐภาคีแล้ว ก็จะมีการพิจารณา รายงานดังกล่าว โดยอาจจะมีทบวงการชำนัญพิเศษต่าง ๆ องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ องค์การอื่น ๆ ของสหประชาชาติ และองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาล (NGO) เข้าร่วมในการพิจารณารายงานด้วยก็ได้ และหากปรากฏว่ามีข้อมูลใดที่ไม่ชัดเจน คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก ก็ สามารถที่จะขอข้อมูลเพิ่มเติมจากรัฐภาคีได้

4.3.3 การตรวจสอบโดยองค์กรหรือหน่วยงานในประเทศระหว่างประเทศ

การตรวจสอบโดยหน่วยงานหรือองค์กรที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นถือว่ามีผลสำคัญ เนื่องจากหน่วยงานหรือองค์กรเหล่านี้จะช่วยชี้ให้เห็นถึงข้อเด่นและข้อด้อยของแต่ละการกระทำของรัฐภาคี รวมถึงผลกระทบที่เด็กจะได้รับจากการกระทำหรือการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐที่มีความเหมาะสมและสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กมากน้อยเพียงใด ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าหน่วยงานหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเด็กของรัฐภาคีนั้น มีทั้งหน่วยงานหรือองค์กรภายในรัฐและในทางระหว่างประเทศ โดยการตรวจสอบระดับรัฐ (national monitoring) นั้น สามารถแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ⁴⁸ คือ

4.3.3.1 การตรวจสอบอย่างเป็นทางการ (formal monitoring) เป็นการตรวจสอบโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายและการดำเนินการของรัฐบาลหรือองค์การระหว่างประเทศ⁴⁹ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

⁴⁸ อิงอร จินตนาเลิศ, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3* น. 66, refer to, The Global Consultation on Implementation Strategies for Children's Rights, (1990).

⁴⁹ เพิ่งอ้าง.

1) การตรวจสอบโดยทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ ซึ่งการตรวจตราโดยทบวงการชำนัญพิเศษสหประชาชาตินั้น สามารถดำเนินการได้โดยอาศัยอำนาจมาตรา 45 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ กล่าวคือ ทบวงการชำนัญพิเศษมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐภาคีว่า การดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐภาคีนั้นไม่ว่าจะกระทำโดยภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ตาม ได้ปฏิบัติตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) หรือไม่ โดยการพิจารณารายงานของรัฐภาคีที่ได้นำเสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งหากทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติต่าง ๆ เห็นว่าการดำเนินการของรัฐภาคีใดที่ไม่เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือการกระทำดังกล่าวขัดหรือแย้งกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ทบวงการชำนัญพิเศษดังกล่าวก็อาจให้คำแนะนำ หรือให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวแก่รัฐภาคีนั้น

2) การตรวจสอบโดยองค์การระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น ตามมาตรา 45 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ให้อำนาจแก่องค์การระหว่างประเทศในการที่จะตรวจสอบการดำเนินการของรัฐภาคีให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) เช่นเดียวกับทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ โดยการพิจารณาจากรายงานของรัฐภาคีต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก เช่น องค์การแรงงานระหว่างประเทศซึ่งให้ความคุ้มครองสิทธิแก่แรงงานเด็ก หากรายงานของรัฐภาคีปรากฏว่ารัฐภาคีไม่ได้มีการดำเนินการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่แรงงานเด็ก และการดำเนินการดังกล่าวของรัฐภาคีไม่เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก องค์การแรงงานระหว่างประเทศก็สามารถให้คำแนะนำหรือความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคกับรัฐภาคีได้ เป็นต้น

3) การตรวจสอบโดยองค์การศาลของรัฐภาคี ศาลเป็นอีกหน่วยงานหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทต่อการตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) กล่าวคือ ศาลมีอำนาจในการพิจารณากรณีต่าง ๆ ซึ่งหากปรากฏว่าการกระทำอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานหรือองค์กรใดที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ปฏิบัติตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) แล้วปรากฏเป็นคดีขึ้นสู่ศาล ศาลก็มีอำนาจที่พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่

4) การตรวจสอบโดยหน่วยงานของรัฐ การตรวจสอบโดยหน่วยงานของรัฐนั้น อาจะเกิดจากการตรวจสอบโดยหน่วยงานของรัฐที่รัฐภาคีนั้นได้จัดตั้งขึ้น โดยมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเด็ก หรือโดยเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น สาธารณรัฐซี

ราลีโอนได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ Truth and Reconciliation ขึ้นมา โดยมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กภายในรัฐ เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐนี้ก็จะเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบในการกระทำทุก ๆ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ว่าเป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่

5) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการสำหรับเด็ก (ombudsman) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการสำหรับเด็ก (ombudsman) นั้น เริ่มมีขึ้นครั้งแรกในประเทศนอร์เวย์ ปี ค.ศ. 1981⁵⁰ จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติลำดับที่ห้า เรื่องผู้ตรวจการสำหรับเด็ก ค.ศ. 1981 (Act No.5 of March 6. 1981 RELATING TO THE OMBUDSMAN FOR CHILDREN) มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองเด็กและสิทธิของเด็ก อีกทั้งมีบทบาทในการแก้ไข (improve) กฎหมายภายในรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก (child's welfare)⁵¹ ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ด้วย

สำหรับอำนาจหน้าที่ในการดำเนินงานของผู้ตรวจการเด็กนั้น จะเป็นไปตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติให้การรับรองไว้ ปัจจุบันแนวความคิดเรื่องผู้ตรวจการเด็กได้มีแพร่หลายในหลายประเทศ เช่น ประเทศสวีเดน ประเทศฟินแลนด์ และประเทศเยอรมัน เป็นต้น

4.3.3.2 การตรวจสอบที่ไม่เป็นทางการ (informal monitoring) เป็นการตรวจสอบและปฏิบัติหน้าที่โดยองค์การระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ระดับรัฐบาล (NGO) หรือ ombudsman⁵² โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) การตรวจสอบโดย NGO ในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนั้น NGO ถือว่าได้เข้ามามีบทบาทเป็นอย่างมากในการให้ความคุ้มครองและสนับสนุนสิทธิของเด็ก โดย NGO ที่ดำเนินการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นมีอยู่หลายองค์กร และกระจายอยู่ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เช่น Child Right Information Network (CRIN) ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสนับสนุนและส่งเสริมการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ของรัฐภาคี เป็นต้น โดยการตรวจสอบโดย NGO นั้น NGO อาจเข้าไปมีส่วนร่วมในการพิจารณารายงานของรัฐภาคีที่ได้เสนอ

⁵⁰ The ombudsman for children in Norway, "About the Ombudsman for Children: History," < <http://www.barneombudet.no/cgi-bin/barneombudet/imaker?id=18011&visdybde=1&aktiv=18011>> (Last visited 5 November 2007).

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

ต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก ทั้งนี้โดยคำเชิญของคณะกรรมการฯ หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นควรให้ NGO ดังกล่าวเข้าไปมีส่วนร่วมในการพิจารณาของรัฐภาคี หรือในกรณีที่น่าปรากฏว่า รัฐภาคีไม่ได้ปฏิบัติตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) NGO ก็อาจทำหนังสือร้องขอให้รัฐภาคีทบทวนถึงการดำเนินการดังกล่าว

2) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการสำหรับเด็ก (ombudsman) ในการตรวจสอบโดยผู้ตรวจการสำหรับเด็กนั้น อาจเกิดขึ้นในกรณีที่เป็นการตรวจสอบอย่างไม่เป็นทางการด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวนโยบายของรัฐภาคีแต่ละรัฐ ซึ่งแม้การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการเด็กจะเป็นการตรวจสอบแบบไม่เป็นทางการก็ตาม แต่การดำเนินการและวัตถุประสงค์ของการดำเนินงานของผู้ตรวจการเด็ก มีทิศทางไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ มุ่งเน้นให้การคุ้มครองเด็กและสิทธิของเด็กทั้งภายในรัฐและในทางระหว่างประเทศ

การให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3(1) ภายในรัฐภาคีนั้น มาตรา 3(1) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้กว้าง ๆ เพื่อให้รัฐภาคีสามารถนำหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไปปรับใช้ภายในรัฐภาคีได้อย่างเหมาะสม แต่การวางหลักเกณฑ์ไว้กว้างของมาตรา 3(1) นั้น ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและการนำไปปรับใช้ของรัฐภาคี กล่าวคือ ไม่อาจจะที่กำหนดมาตรฐานในการพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นไปแนวทางเดียวกันได้ในแต่ละรัฐ อีกทั้งจะต้องมีการกำหนดขอบเขตของการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาในแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นและมีความเกี่ยวข้องกับเด็กแต่ละคน