บทที่ 2

วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบก่อนมีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง "ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ค.ศ.2000" และประเด็นสำคัญที่นำไปสู่การมีพิธีสาร

2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศและตราสารระหว่างประเทศก่อนมีพิธีสาร ฯ

ก่อนการจัดทำพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่อง "ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ค.ศ.2000" ได้มีกฎหมายและตราสารระหว่างประเทศ (International Instruments) เป็นจำนวนมากที่ให้การคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเด็กในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ไม่ว่าจะเป็นการให้การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยตรงเองหรือร่วมกับตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ก็ตาม ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบนั้นได้มีอยู่ 2 ส่วนด้วยกัน[1,2,3] คือ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Human Rights Law) กล่าวคือ

---

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

[2] International Committee of the Red Cross, Presentation – Optional Protocol on the Rights of the Child. [Online] Available from: http://www.icrc.org/ihl.nsf/0/24cad49e85523d59412569370002f7220?O... [2005, July 22]

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

ก. กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญในวางระเบียบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับวิธีการและวิถีทางในการสู้รบ (Method and Means in Hostilities) และการปฏิบัติต่อพลเรือนในภาวะสงครามต่อผู้ซึ่งไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ หรือไม่สามารถมีส่วนร่วมในการสู้รบต่อไปได้อีก เช่น เชลยศึก หรือทหารที่ได้รับบาดเจ็บ ทั้งนี้ มาตรฐานเบื้องต้นที่ห้ามการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็ก[4] ซึ่งถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่ประเด็นปัญหาของการเกณฑ์เด็กนั้น ได้ถูกระบุอย่างชัดเจนเป็นพันธะกรณีทางตราสารระหว่างประเทศทั้งนี้ได้ถูกกำหนดขึ้นโดย

(1) พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol to the Geneva Conventions 1977: Additional Protocol I) ข้อ 77(2)[5] ที่ว่า "...ภาคีคู่พิพาทต้องใช้มาตรการที่เป็นไปได้ทั้งปวง เพื่อมิให้เด็กซึ่งอายุไม่ถึงสิบห้าปีมีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปรปักษ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาคีคู่พิพาทต้องละเว้นจากการเกณฑ์เด็กเข้าประจำการในกองทัพของตน ในการเกณฑ์เด็กที่มีอายุตั้งแต่สิบห้าปี แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปี ภาคีคู่พิพาทต้องพยายามให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีอายุมากที่สุดก่อน..." และ

---

[4]United Nations Children's Fund and Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict, (New York: Unicef, 2003), p. 7.

[5]Additional Protocol I: Article 77 (2)

"The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have no attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, the Parties to the conflict shall endeavour to give priority to those who are oldest."

(2) พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 (Additional Protocol to the Geneva Conventions 1977: Additional Protocol II) ข้อ 4(3)(c)[6] ที่ว่า " ...เด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 15 ปี จักไม่ถูกเกณฑ์เป็นทหารในกองทัพหรือในกลุ่มใดๆ และจักไม่ได้รับอนุญาตให้มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ..."

โดยทั้งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 ให้การคุ้มครองสำหรับข้อพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ และ ข้อพิพาททางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศตามลำดับ

ข. กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เป็นการวางระเบียบขั้นพื้นฐานที่รัฐจะปฏิบัติต่อคนชาติ แม้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนจะไม่ได้มีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองประชาชนในขณะที่มีความขัดแย้งกันทางอาวุธเกิดขึ้นดังเช่นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ แต่ก็มีหลายบทบัญญัติที่นำมาใช้บังคับได้ ทั้งนี้ สำหรับมาตรฐานเบื้องต้นที่ห้ามการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้น[7] ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ข้อ 38[8] ที่ว่า

---

[6]Additional Protocol II: Article 4(3)(c)

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

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

"... 2. รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่สอดคล้อง ที่จะประกันว่าบุคคลที่อายุไม่ถึง 15 ปี จะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน

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

และต่อมา เพื่อเป็นการสนับสนุนอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงได้มีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง "ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ค.ศ.2000" ฉบับนี้ขึ้น โดยมุ่งประเด็นไปที่ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่ถูกใช้ให้เป็นทหารเด็ก ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3

ทั้งนี้กฎหมายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ต่างก็มีลักษณะที่เสริมกันเพราะกฎหมายทั้งสองมุ่งที่จะคุ้มครองพลเรือนแม้ว่าจะต่างเงื่อนไขกันก็ตามซึ่งหมายถึงกฎหมายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศใช้ใน

---

[8]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 endeavour 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 measures to ensure protection and care of children who are affected by an armed conflict.

กรณีที่มีความขัดกันทางกำลังทหารและมุ่งคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในการสู้รบด้วยการบรรเทาทุกข์ของผู้ประสบภัยสงคราม แต่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศใช้คุ้มครองบุคคลในทุกขณะทั้งในยามสันติและยามมีข้อพิพาทซึ่งมุ่งคุ้มครองปัจเจกชนแต่ละบุคคลและคุ้มครองในทุกสถานภาพและทุกเวลา ถึงกระนั้นทั้งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่างก็มีลักษณะที่เสริมกันอยู่เพราะต่างก็คุ้มครองมาตรฐานขั้นต่ำของความเป็นมนุษย์

อย่างไรก็ดี สำหรับวิวัฒนาการในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นสามารถแบ่งพิจารณาออกได้เป็น 2 ส่วนคือ ก่อนมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเมื่อมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเกิดขึ้น โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.1.1 ก่อนมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

จากการที่โลกของเรานั้นประกอบไปด้วยหลาย ๆ ประเทศที่มีระบบการปกครองแตกต่างกัน บุคคลที่อยู่อาศัยก็หลากหลายเผ่าพันธุ์และชนชั้น จนเราอาจเรียกโลกของเราที่อยู่อาศัยนี้ได้ว่าเป็นสังคมโลกสังคมหนึ่ง โดยที่รัฐมีฐานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อมีบุคคลหลายคนหรือรัฐหลายรัฐรวมกัน ความไม่สงบของสังคมก็ย่อมมีเกิดขึ้นได้ เพราะโดยธรรมชาติของมนุษย์แล้วย่อมต้องการการยอมรับ ต้องการอำนาจ ต้องการความยิ่งใหญ่ในทางสังคม เมื่อเป็นเช่นนี้ความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ก็เกิดขึ้น โดยเฉพาะการขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ และเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้นทางออกย่อมมี 2 ทาง คือ ไม่แพ้ก็ต้องชนะ หรือถ้าไม่ชนะก็ต้องแพ้ โดยหากความขัดแย้งนั้นสามารถตกลงด้วยสันติวิธีได้ แน่นอนที่สุดสังคมโลกเราคงมีแต่สันติสุข แต่หากไม่สามารถตกลงด้วยสันติวิธีได้ ก็จะกลายเป็นกรณีพิพาทที่รัฐคู่พิพาทอาจใช้กำลังอาวุธเข้าตัดสิน จนบางครั้งอาจก่อให้เกิดสงครามที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรง เพราะต่างมุ่งหวังที่จะเอาชนะ ทั้งนี้แต่แรกเริ่มเดิมทีนั้นการทำสงครามในสมัยโบราณจะมีลักษณะเป็นแบบกฎป่า (Law of the Jungle)[9] ที่ไม่มีกฎเกณฑ์ข้อบังคับ รัฐมีเสรีภาพที่จะใช้กำลัง

---

[9]กนกวรรณ ภิบาลชนม์, "อาชญากรสงคราม: ปัญหาและลู่ทางในการดำเนินคดีและการลงโทษอาชญากรสงคราม," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 9

ในกรณีใด เมื่อใด และในลักษณะใดย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่มีข้อห้าม ดังนั้น การกระทำจึงมีลักษณะที่เป็นไปอย่างทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม เป็นการต่อสู้ที่ใช้วิธีรุนแรงเพื่อทำลายล้างซึ่งกันและกัน เมื่อเป็นเช่นนี้แน่นอนที่สุดความเสียหายย่อมเกิดขึ้นแก่ชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนพลเรือนผู้บริสุทธิ์ที่ต้องตกเป็นเหยื่อจากการกระทำดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับเด็ก เพราะเด็กจำนวนไม่น้อยที่จะต้องตกเป็นเหยื่อและเข้าไปมีส่วนเกี่ยวพันกับความขัดแย้งนั้นเป็นต้นว่าบ้างก็ได้รับบาดเจ็บสาหัส บ้างก็ล้มตาย บ้างก็พิการ บ้างก็พลัดถิ่นไม่ว่าจะเป็นการพลัดถิ่นภายในหรือภายนอกประเทศก็ตาม หรือบ้างก็กำพร้าพ่อแม่ไร้ญาติขาดมิตร แต่ที่สำคัญที่สุดคือบ้างก็ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก

แต่ทั้งนี้ ด้วยอิทธิพลของอารยธรรมโบราณประกอบกับมโนธรรมและอิทธิพลทางศาสนา[10] เช่น มหาภารตะ, คัมภีร์ไบเบิล และมหาคัมภีร์อัลกุรอ่าน[11] ที่ช่วยให้รู้จักแยกแยะผิดชอบชั่วดีไม่รังแกผู้ที่อ่อนแอกว่า ทำให้เกิดข้อจำกัดบางประการในการทำสงครามขึ้นเพื่อบรรเทาความโหดร้ายทารุณโดยไม่จำเป็น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าคำสอนทางศาสนาถือเป็นก้าวแรกที่ได้ให้หลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า ซึ่งก็หมายถึง การคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นผู้ที่อ่อนแอกว่าในทุก ๆ ด้านโดยรวมถึงการห้ามไม่ให้เด็กเข้าร่วมในการสู้รบด้วย ทั้งนี้ก็ไปสอดคล้องกับคำกล่าวของกษัตริย์ฮัมมูราบีผู้เป็นกษัตริย์แห่งบาบีโลนที่ว่า "ฉันบัญญัติกฎหมายนี้ขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อ่อนแอกว่า" [12] ต่อมาด้วยอิทธิพลของลัทธิอัศวินในยุโรปสมัยกลางที่มีการให้เกียรติแก่คู่ต่อสู้ การต่อสู้จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์บางประการ และการต่อสู้ที่ไม่ชอบธรรมถูกห้ามนำมาใช้ ทำให้เกิดแนวความคิดว่าการทำสงครามระหว่างรัฐควรเป็นไปเพียงล้มล้างอำนาจของศัตรูมุ่งหมายเพื่อ

อรุณ ภานุพงศ์, "กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง," 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, กรุงเทพมหานคร, หน้า 408.

[10]International Committee of the Red Cross, "What is International Humanitarian Law?," Advisory Service on International Humanitarian Law, Bangkok: ICRC, 2004 (Mimeographed).

[11]คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, "กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก่อนที่จะมีประมวล," กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ: ตอบคำถามคุณ, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ), หน้า 9 .

[12]เรื่องเดียวกัน.

เอาชนะ ไม่ใช่เพื่อทำลายล้างชีวิตมนุษย์อย่างไร้เหตุผล[13] อีกทั้งในศตวรรษที่ 16 และ 17 ได้มีนักนิติศาสตร์คนสำคัญ เช่น โกรชิอุส (Grotius) และ วัตแต็ล (Vattel) ได้เริ่มพูดถึงสงครามยุติธรรมและสงครามอยุติธรรม โดยที่สงครามยุติธรรมนั้นเป็นสงครามที่ชอบธรรมในฐานะที่เป็นการใช้กำลังต่อต้านกับความอยุติธรรม ซึ่งอะไรก็ตามที่จะยุติธรรมหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) คือความสำนึกร่วมกันของมนุษย์ในความถูกต้องและความมีเหตุผล[14] นับจากนั้นจึงได้มีการวางกฎเกณฑ์ในการทำสงครามให้รัฐต่าง ๆ ยึดถือปฏิบัติจนพัฒนามาเป็นกฎหมายสงคราม[15] (Law of War) ที่กฎเกณฑ์ของกฎหมายจะประกอบไปด้วยจารีตประเพณีและความตกลงระหว่างประเทศที่พึงปฏิบัติสำหรับการสู้รบและการให้ความคุ้มครองผู้เคราะห์ร้ายจากการสู้รบ[16] โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของอนุสัญญา

แต่อย่างไรก็ดี สำหรับในเรื่องของการคุ้มครองเด็กเพื่อแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้านั้นจากการศึกษาพบว่าในสมัยก่อนนั้นคนส่วนใหญ่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กเท่าที่ควรมากนัก เนื่องจากในอดีตกาลตามประวัติศาสตร์กฎหมายสมัยโรมันนั้นกฎหมายระบุว่าเด็กคือสมบัติของผู้เป็นพ่อแม่[17] เพราะกฎหมายโรมันมีหลักกฎหมายที่เรียกว่า Patria Potestas[18]

---

[13]วีระ โลจายะ, ปรัชญา เวสารัชช์ และ นพนิธิ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7-15, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2529), หน้า 33.

[14]ดูเพิ่มเติมใน อรุณ ภานุพงศ์, "กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง," หน้า 409-410.

[15]กฎหมายสงคราม มีชื่อเรียกหลากหลายไม่ว่าจะเป็น กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร แต่ส่วนใหญ่แล้วองค์การระหว่างประเทศหรือรัฐทั้งหลาย จะนิยมเรียกกฎหมายนี้ว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมากกว่า แต่สำหรับชื่อที่เรียกกฎหมายว่า กฎหมายสงครามหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารนั้นจะนิยมใช้ในกองทัพเป็นส่วนใหญ่

[16]คณะกรรมการกาชาดสากล, สาระสำคัญของกฎแห่งสงคราม, กรุงเทพมหานคร, หน้า 1.

[17]เจมส์ พี แกรนท์, สภาวะของเด็กในโลก 1988, [กรุงเทพมหานคร: องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ), 2531], หน้า 52.

หมายถึง เป็นอำนาจในฐานะที่เป็นบิดา อำนาจของหัวหน้าครอบครัวในการดูแลบุตรภรรยาที่มีมากถึงขั้นชี้เป็นชี้ตาย แต่ต่อมาลดเหลือเพียงดูแลเนื้อตัวและช่วยปกครองทรัพย์[19] และจากพัฒนาการของระบบกฎหมายโรมันจากยุคกฎหมายสิบสองโต๊ะ (Twelve Tables) ถึงหลังยุคคลาสิค (post-classical times) ฝ่ายบิดามีอำนาจโดยชอบธรรมเหนือบุตรอย่างไม่จำกัด โดยมีสิทธิที่จะฆ่า ทอดทิ้ง หรือขายเด็กเป็นทาสก็ได้[20] ซึ่งแนวคิดนี้ยังคงมีอยู่ต่อมาจนถึงยุคสมัยใหม่ (modern era) ตัวอย่างเช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีหลักกฎหมายที่เรียกว่า puissance paternelle หรือประมวลกฎหมายเยอรมัน ค.ศ. 1896 ก็มีบทบัญญัติรองรับหลักอำนาจของฝ่ายบิดาเหนือบุตร (paternal authority) ไว้ด้วยเช่นกัน[21]

จนถึงในสมัยศตวรรษที่ 19 สังคมจึงเริ่มให้ความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษกับเด็กเพื่อควบคุมการใช้แรงงานเด็ก จัดหาการศึกษาขั้นพื้นฐาน ให้การอุดหนุนด้านการเงินและป้องกันคดีทอดทิ้งและการกระทำทารุณเด็ก[22] ทั้งนี้เป็นเพราะแนวความคิดที่ว่าเด็กเป็นทรัพย์สมบัติของฝ่ายบิดาได้เปลี่ยนไป เนื่องจากมีกฎหมายเกี่ยวกับการใช้แรงงานเด็กและกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาภาคบังคับทำให้สถานะของเด็กตามกฎหมายได้รับการยอมรับมากขึ้นและนอกจากนี้ เด็กยังเป็นกลุ่มชนที่ต้องการการปกป้องคุ้มครองมากกว่าคนทั่วไปเนื่องจากความไร้เดียงสาตลอดจนความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็กเองที่ไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษเพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่เป็น

---

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

[19]พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมกฎหมายลาติน-ไทย, (กรุงเทพมหานคร: นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 572.

[20]D. Kelly Weisberg, Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World, 21 ICJ Review 43, 45 (1978) อ้างโดย อิงอร จินตนาเลิศ, หน้า 6.

[21] Ibid., p.46 อ้างโดย อิงอร จินตนาเลิศ, หน้า 7.

[22]เจมส์ พี แกรนท์, สภาวะของเด็กในโลก 1988, หน้า 52.

ทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม[23] นับแต่นั้นแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กก็ได้รับการพัฒนาขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่งถึง ค.ศ. 1919 ปลายสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ได้ใช้พลเรือนเป็นเป้าหมาย ทั้งนี้โดยผลของสงครามทำให้เด็กจำนวนมากตกอยู่ในสภาพทุกข์ทรมาน จากสภาวะการณ์ดังกล่าว ได้ส่งผลสะท้อนต่อประชาคมโลกให้ได้เห็นถึงความทุกข์ยากของบรรดาเด็ก ๆ ทั้งหลาย ดังนั้นในปี ค.ศ. 1920 จึงได้มีการก่อตั้งสหภาพกองทุนช่วยเหลือเด็กระหว่างประเทศ (Save the Children Fund International Union) โดย Englantyne Jebb ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือต่อเด็กเหล่านั้น และจากเหตุการณ์ดังกล่าวเหล่านี้เองแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในระหว่างประเทศจึงได้เริ่มขึ้น ทั้งที่ก่อนหน้านี้ประชาคมโลกไม่ได้ให้ความสนใจหรือความสำคัญต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของเด็กมาก่อน เพราะเห็นว่าเด็กเป็นเรื่องภายในครอบครัวหรือภายในสังคมของแต่ละประเทศเท่านั้น[24]

ในศตวรรษที่ 20 เมื่อหลักการที่ว่านี้ได้ขยายออกไปสู่ระดับระหว่างประเทศ[25] เนื่องจากในประชาคมระหว่างประเทศ เห็นความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นในปี ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือที่เรียกว่าปฏิญญาเจนีวา (the Declaration of Geneva 1924)[26] ระบุว่า "เด็กสมควรจะได้รับสิ่งที่ดีที่สุดจากมวลมนุษย์"[27] (mankind owes to the child the best that it has to give")[28]

---

[23]วันชัย รุจนวงศ์, สิทธิเด็ก, กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กระทรวงยุติธรรม. [Online] Available from: http://www.djop.moj.go.th/arti1.htm [2005]

[24]Adam Lopatka, "Importance of the Convention on the Rights of the Child," Bulletin of Human Rights 91/2 (1992), 60.

[25]เจมส์ พี แกรนท์, สภาวะของเด็กในโลก 1988, หน้า 52.

[26]วันชัย รุจนวงศ์, สิทธิเด็ก.

[27] เจมส์ พี แกรนท์, สภาวะของเด็กในโลก 1988, หน้า 52.

[28]Angela Hegarty & Siobhan Leonard, "Human Rights: An agenda for the 21st Century", 1999, p.169

ต่อมาในปี ค.ศ. 1945 ภายหลังที่สงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงได้มีการสถาปนาองค์การสหประชาชาติขึ้น ถือได้ว่าสหประชาชาติเป็นองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดของโลกในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยมุ่งจรรโลงสันติภาพและส่งเสริมสันติสุขขึ้นในโลก[29] และในการนี้จึงมีการรับรองสิทธิมนุษยชนขึ้นตามที่ได้ปรากฏชัดในกฎบัตรของสหประชาชาติ โดยหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎบัตรสหประชาชาตินี้ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้พันธกรณีดังกล่าวได้รับการยืนยันจากอารัมภบทของกฎบัตรสหประชาชาติ[30] คือ "เราบรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ตั้งเจตจำนง... ที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชน อันเป็นหลักมูลในเกียรติศักดิ์ และคุณค่าของมนุษยชน..." ประกอบกับข้อ 1 (3), ข้อ 13 (1)(b), ข้อ 55 (c), ข้อ 62 (2), ข้อ 68 และข้อ 76 (c)[31] ของกฎบัตรดังกล่าว ก็ได้ยืนยันหลักการเคารพสิทธิ

---

[29]นิตย์ พิบูลสงคราม, "ครึ่งศตวรรษแรกของสหประชาชาติ," ไทยกับสหประชาชาติ: ความร่วมมือในรอบ 50 ปี (2488–2538), (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอราวัณการพิมพ์), หน้า 1.

[30] PREAMBLE, Charter of the United Nations:

WE THE PEOPLES OF THE UNITED NATIONS DETERMINED

- to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and

- to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and....

[31] **กฎบัตรสหประชาชาติ:**

ข้อ 1 (3) "เพื่อให้บรรลุถึงการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ปัญหาระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือมนุษยธรรมและในการส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และต่ออิสรภาพอันเป็นหลักมูล สำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา"

ข้อ 13 (1)(b) "ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจ สังคมวัฒนธรรม การศึกษาและอนามัย และช่วยเหลือให้ได้รับสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา"

มนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลฐานสำหรับทุกคนไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศสิทธิมนุษยชนไม่ใช่เป็นเพียงสิทธิทางศีลธรรม (moral rights) เท่านั้น แต่เป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีผลผูกพันอีกด้วย[32] นับแต่นั้นคำว่า "สิทธิมนุษยชน" (Human Rights) จึงเป็นที่รู้จักกว้างขวางและทำให้สิทธิของเอกชนเป็นที่ยอมรับในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากตามกฎบัตรสหประชาชาติไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามและขอบเขตเนื้อหาของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้ รวมทั้งไม่ได้กำหนดวิธีการทางกฎหมายที่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพ[33] ดังนั้น จึงเห็นว่าสิทธิมนุษยชนตามกฎบัตรสหประชาชาติดังกล่าวยังไม่ชัดเจนเพียงพอ[34] โดยเหตุนี้เององค์การสหประชาชาติจึงได้มีการจัดทำและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี ค.ศ.1948 เพื่อยืนยันความเชื่อมั่นและเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมทั้งเพื่อ

ข้อ 55 (c) "การเคารพโดยสากล และการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคนโดยไม่ เลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ เพศภาษา หรือศาสนา"

ข้อ 62 (2) "คณะมนตรีฯ อาจทำคำแนะนำเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะส่งเสริมการเคารพ และการปฏิบัติตามสิทธิมนุษย ชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน"

ข้อ 68 "คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมจะต้องจัดตั้งคณะกรรมาธิการต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจและสังคม และ สำหรับการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน และคณะกรรมาธิการอื่นเช่นที่อาจจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตน"

ข้อ 76 (c) "สนับสนุนความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และอิสระภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยไม่เลือกปฏิบัติใน เรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา และสนับสนุนการยอมรับในการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันของประชาชนของโลก"

[32]ประสิทธิ์ เอกบุตร, "อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ," วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช 1 (พฤศจิกายน 2530): 130.

[33]เรื่องเดียวกัน.

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

ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของความเป็นมนุษย์ตลอดจนรวมถึงหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานด้วย

อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าจะมีปฏิญญาดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกันสงครามก็ยังคงมีอยู่อย่างไม่สิ้นสุดเพราะหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง สงครามเย็นก็ได้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1947 และด้วยเหตุที่ว่าแต่เดิมนั้นสงครามเป็นเรื่องระหว่างรัฐแต่ต่อมาไม่ได้เป็นเรื่องระหว่างรัฐอีกต่อไป เช่นนี้จึงเกิดความต้องการที่จะขยายความคุ้มครองไปถึงประชาชนด้วย ดังนั้นในปี ค.ศ. 1949 คณะกรรมการกาชาดสากลจึงได้เป็นผู้ริเริ่มให้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวา ทั้ง 4 ฉบับขึ้น[35] ซึ่งได้แก่

1. อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 เพื่อช่วยฟื้นฟูสภาพของผู้บาดเจ็บและเจ็บป่วยไข้ในกองทัพในสนามรบมีสภาวะดีขึ้น (1949 Geneva Convention I: for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field)

2. อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 เพื่อให้ผู้สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บ ป่วยไข้และเรืออับปางมีสภาวะดีขึ้น (1949 Geneva Conventions II: for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea)

3. อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก (1949 Geneva Convenions III: Relative to the Treatment of Prisoners of War)

4. อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในยามสงคราม (1949 Geneva Conventions IV: Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War)

---

[35] วิทิต มันตาภรณ์. <u>เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ</u>. (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546).

ทั้งนี้จากการศึกษาในรายละเอียดของอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับพบว่า ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ห้ามการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กไว้โดยตรง แต่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองเด็กในบริบททั่ว ๆ ไป เป็นต้นว่า เด็กต้องไม่ตกเป็นเป้าหมาย และเด็กต้องได้รับการคุ้มครองพิเศษ แต่อย่างไรก็ดีในบทบัญญัติในเรื่องของการคุ้มครองบุคคลภายใต้อาณาเขตที่ถูกยึดครอง (Occupied Territories) ของอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ในข้อ 51 วรรค 1 นั้นได้กำหนดว่า "ประเทศผู้ยึดครองจะต้องไม่บังคับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองให้ต้องเข้าประจำในกองทัพ..." ส่วนในวรรค 2 ได้กำหนดว่า "ประเทศผู้ยึดครองจะต้องไม่บังคับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองให้ทำงาน เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นมีอายุเกิน 18 ปี..." ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าถึงแม้ในอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้ไม่ได้มีการห้ามเกณฑ์เด็กเป็นทหารโดยตรง แต่ทั้งนี้ตามนัยของบทบัญญัติในข้อนี้ น่าจะมีความหมายที่รวมถึงกรณีดังกล่าวที่ว่าห้ามเกณฑ์เด็กเป็นทหารด้วย แต่นั่นก็เป็นบริบทที่แคบ ซึ่งทั้งนี้หากมีความหมายเช่นนั้นจริงก็น่าจะถือได้ว่าการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้นเริ่มจากจุดตรงนี้แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรงก็ตาม

อนึ่งกว่าทศวรรษที่ผ่านมามีเด็กจำนวนกว่า 2 ล้านคนที่ถูกฆ่าตายอย่างต่อเนื่องในสถานการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเพราะได้รับผลกระทบโดยตรงจากสงคราม มีเด็กมากกว่า 6 ล้านคนที่บาดเจ็บสาหัสหรือพิการอย่างถาวร และมากกว่า 22 ล้านคนที่ต้องกลายเป็นผู้พลัดถิ่นภายในและนอกประเทศ[35] โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขณะเดียวกันมีมากกว่า 300,000 คน ที่ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กเพราะ "ทหารเด็กเป็นทหารไม่มีตัวตน" (Invisible Soldiers)[37] ซึ่งหมายถึงเป็นเรื่องยากที่จะระบุชี้ชัดได้ว่ามีจำนวนที่แน่นอนเท่าใดดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ดีสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กมีมาช้านานนั้นสามารถพิจารณาได้จากกรณีศึกษา (Case studies) ของโครงการลัดดา บาร์เน็น (Radda Barnen's Project) ในเรื่องทหารเด็ก[38,39] โดยจะพบว่าการเกณฑ์เด็กให้ร่วมในการสู้รบเป็นทหาร

---

[36]OCHA. Children and War. [Online] Available from: http://ochaonline.un.org/webpage.asp?Page=530 [2006, December]

[37]Rachel Brett and Margaret McCallin, Children: The Invisible Soldiers, Second Edition, (Sweden: Radda Barnen, Save the Children Sweden), 1998), p. 19 .

[38]Ibid., pp. 16-17.

[39] ดูภาคผนวก ข.

เด็กของประเทศตัวอย่างตามกรณีศึกษานั้นมีมานานหลายทศวรรษทั้งจากกองทัพของรัฐเองหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวอย่างเช่น ในกัวเตมาลา (Guatemala) ที่มีการใช้ทหารเด็กตั้งแต่ปี 1960 และในอัฟริกาใต้ (South Africa) ที่มีการใช้ตั้งแต่ปี 1961

ต่อมาได้มีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นมาตรฐานทางกฎหมายเบื้องต้น ที่ใช้ในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็ก[40] กอปรกับหลังจากยุคสงครามโลกก็เกิดการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น และก็เริ่มมีการปลดปล่อยอาณานิคม ทำให้รูปแบบของการสู้รบจึงเปลี่ยนไปโดยมีลักษณะเป็นการทำสงครามของขบวนการปลดปล่อยชาติ ดังนั้นการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ เพื่อต้องการที่จะเพิ่มเติมการให้ความคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากการสู้รบที่เริ่มมีลักษณะเปลี่ยนไปนั้นให้ดียิ่งขึ้น เพราะแต่เดิมตราสารทั้ง 4 ฉบับนี้ ไม่ครอบคลุมถึงสงครามปลดปล่อยชาติ (Liberation Law) และไม่กว้างพอเกี่ยวกับความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยมีเพียงมาตรา 3 ร่วม[41] ที่พูดถึงการคุ้มครองเหยื่อจากความขัดแย้ง

---

[40]United Nations Children's Fund and Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict, (New York: Unicef, 2003), p. 7.

[41]Geneva Conventions: Article 3 common

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

กันด้วยกำลังอาวุธอื่น ๆ ที่มิใช่สงครามระหว่างรัฐอธิปไตย ที่ว่า "ในกรณีที่มีการขัดกันทางกำลังทหารที่มิใช่มีลักษณะระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในดินแดนของภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ภาคีที่เป็นฝ่ายในการสู้รบอย่างน้อยจะต้องผูกพันที่จะใช้บทบัญญัติตามมาตรา 3 นี้" อีกทั้งด้วยเหตุที่ความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท โดยสาระสำคัญของทั้ง 2 ประเภทมีดังนี้[42]

1. ความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่มีลักษณะไม่ใช่ระหว่างประเทศ (Non-International armed conflict) สาระสำคัญคือ

   - ต้องเป็นการสู้รบระหว่าง กองกำลังของรัฐและกองกำลังฝ่ายไม่เห็นด้วย หรือกลุ่มติดอาวุธอื่นๆ

   - สามารถครอบครองดินแดนได้บางส่วน และ

(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

(2) The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.

[42]ดูเพิ่มเติมใน วิทิต มันตาภรณ์. <u>เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ</u>. (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2546

- สามารถบังคับการกวาดล้างทางทหารได้ (อนึ่งการจลาจลในรัฐไม่ถือว่าเป็นการสู้รบภายในประเทศ)

2. ความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International armed conflict) สาระสำคัญคือ

- สู้รบเพื่อกำหนดเจตจำนงของตนเอง
- และสู้รบเพื่อความเป็นเอกราชของรัฐ
- มีการแยกพลรบ พลเรือนออกจากกัน

ดังนั้น ด้วยเหตุผลตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นในปี ค.ศ.1977 จึงได้มีการจัดทำพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 2 ฉบับนี้ขึ้น ซึ่งก็คือ[43]

1. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 (Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts) โดยพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้ เป็นพิธีสารเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากข้อพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ และได้รวบรวมวิธีการทางสงคราม การใช้อาวุธสถานภาพของพลรบและเชลยศึก รวมทั้งการปฏิบัติตามอนุสัญญาเจนีวาและพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา อันนำไปสู่การปราบปรามการละเมิดสัญญา ทั้งนี้สำหรับในส่วนของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้น ได้ถือว่าเป็นครั้งแรกที่การห้ามเกณฑ์เด็กได้ถูกระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เป็นพันธะกรณีทางตราสาร

---

[43]เรื่องเดียวกัน.

ในปี 2005 ได้มีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 2005 ขึ้นอีก 1 ฉบับ คือ Additional Protocol to the the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem

ระหว่างประเทศ โดยได้ถูกกำหนดขึ้นในข้อ 77(2)[44] ที่ว่า "...ภาคีคู่พิพาทต้องใช้มาตรการที่เป็นไปได้ทั้งปวงเพื่อมิให้เด็กซึ่งอายุไม่ถึงสิบห้าปี มีส่วนร่วมโดยตรงในความเป็นปรปักษ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งภาคีคู่พิพาทต้องละเว้นจากการเกณฑ์เด็กเข้าประจำ การในกองทัพของตน ในการเกณฑ์เด็กที่มีอายุตั้งแต่สิบห้าปี แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปี ภาคีคู่พิพาทต้องพยายามให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีอายุมากที่สุดก่อน..."

2. พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 (Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts) โดยพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 นี้ เป็นพิธีสารเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากข้อพิพาททางอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้ ได้กำหนดลักษณะของกองกำลังที่ปะทะกับฝ่ายรัฐบาล แม้พิธีสารเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ได้ยกระดับให้ได้สิทธิและสถานภาพเชลยศึก แต่ก็ได้กำหนดให้รัฐนั้นรับประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเรือนและบุคคลที่เข้าร่วมรบ นั่นคือ ไม่ระงับอำนาจรัฐในการใช้กฎหมายภายในประเทศ แต่ก็ยังต้องทำตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) ทั้งนี้สำหรับในส่วนของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เข้าร่วมในการสู้รบ ได้ถูกกำหนดขึ้นในข้อ

---

[44]Additional Protocol I: Article 77 (2)

"The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have no attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, the Parties to the conflict shall endeavour to give priority to those who are oldest."

4(3)(c)[45] ที่ว่า " ...เด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 15 ปี จักไม่ถูกเกณฑ์เป็นทหารในกองทัพหรือในกลุ่มใดๆ และจักไม่ได้รับอนุญาตให้มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ..."

ดังนั้นสรุปได้ว่า ในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบโดยตรงนั้น ได้มีปรากฏอย่างชัดเจนในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ทั้ง 2 ฉบับนี้ ที่ห้ามการเกณฑ์เด็กหรือการใช้เด็กอายุต่ำกว่า15 ปี มาเป็นทหารในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศและไม่ใช่ระหว่างประเทศตามลำดับ แต่อย่างไรก็ดี ในเรื่องของการบังคับใช้พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ยังต่างจากอนุสัญญาเจนีวา 1949 เพราะอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับใช้บังคับทุกประเทศแม้ไม่ได้เป็นภาคีสนธิสัญญาเนื่องจากบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าวถือเป็นจารีตประเพณี (Customary Law) ที่บังคับใช้เป็นการทั่วไปในประชาคมโลก (Erga Omnes) ส่วนบทบัญญัติในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวานั้น ยังต้องได้รับความยินยอมเข้าเป็นภาคีในพิธีสารก่อนจึงจะบังคับใช้กับรัฐได้ แต่ทั้งนี้ อาจมีการพัฒนาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ในอนาคต อย่างไรก็ตามเป็นการดีที่ในขณะนั้นพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ได้มีการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็ก โดยมีการกำหนดเป็นบทบัญญัติไว้ชัดเจน ซึ่งถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดประเด็นของการห้ามเกณฑ์เด็กและการใช้เด็กต่ำกว่า 15 ปี ไว้เพื่อให้มีผลในทางกฎหมาย[46] แต่อย่างไรก็ดียังมีหลายประเทศที่ได้ทำการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก ตัวอย่างเช่น ประเทศอูกันดา (Uganda)[47]

---

[45]Additional Protocol II: Article 4(3)(c)

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

[46]Rachel Harvay. Children and Armed Conflict: A Guide to International Humanitarian Law and Human Rights Law (2001), p. 27. [Online] Available from: http://www.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000044.pdf [2006, February]

[47]Marsha L. Hackenberg. "Can the Optional Protocol for the Convention on the Rights of the Child Protect the Uganda Child Soldiers?," Indianna International & -

ที่ได้ลงนามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาทั้งสองฉบับ แต่ดูเหมือนว่าจะมีส่วนช่วยแก้ปัญหาเรื่องของการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กในอูกันดา (Uganda) ได้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น สาเหตุเพราะแม้ว่าพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) กำหนดว่า อายุขั้นต่ำในการเกณฑ์และมีส่วนร่วมในสภาวะสงครามของเด็กคือ อายุ 15 ปี ในขณะที่พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 ข้อ 4(3)(c) ได้กำหนดมาตรฐานเดียวกันแต่เป็นกรณีสำหรับสภาวะสงครามภายในประเทศ แต่ทั้งนี้การสร้างมาตรฐานทางอายุดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในบางประเทศเช่นในประเทศอูกันดานี้เอง เนื่องจากเด็กจำนวนมากในประเทศนี้ไม่ได้มีการจดทะเบียนการเกิด จึงทำให้ไม่สามารถทราบอายุที่แท้จริงได้ ซึ่งทำให้ทหารเด็กที่มีส่วนเข้าร่วมในการสู้รบมีอายุน้อยกว่าหรือมากกว่าที่เป็นจริง ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องให้การคุ้มครองแก่เด็กเหล่านี้มากขึ้น

แต่อย่างไรก็ดี ดังที่ได้เคยกล่าวไปแล้วว่า จากการที่องค์การสหประชาชาติได้มีการจัดทำและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) เพื่อยืนยันความเชื่อมั่นและเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมทั้งเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของความเป็นมนุษย์ตลอดจนรวมถึงหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานด้วยนั้น องค์การระหว่างประเทศหลายหน่วยงานได้ให้ความสนใจในเรื่องดังกล่าวนี้ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างเช่น ในปี 1950 ยุโรปได้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือในปี 1981 อัฟริกันก็ได้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นต้นเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ที่สำคัญหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนั้นได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวอย่างเฉพาะเจาะจงในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และ ปรากฏในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ทั้งสองฉบับ ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว รวมทั้งทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ และข้อมติของคณะกรรมการกาชาดสากลด้วย

อนึ่ง เนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) นี้ได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้เพียงบางส่วนเท่านั้น ซึ่งไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิเด็กที่มีความต้องการในการได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษประกอบกับสถานะทาง

Comparative Law Review 2000 : 6 [Online] Available on: http://international.westlaw.com

กฎหมายของปฏิญญาไม่มีผลผูกพันรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแต่อย่างใด เนื่องจากปฏิญญาเป็นเพียงคำประกาศหลักการโดยทั่วไปที่บรรดารัฐต่าง ๆ ยอมรับ แต่ไม่กำหนดข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้นักกฎหมายระหว่างประเทศบางท่านเช่น ฮันส์ เคลเซ็น (Hans Kelsen) ได้ให้ความเห็นว่า ปฏิญญาเป็นเพียงถ้อยแถลง (statement) ไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายที่รัฐจะต้องปฏิบัติตาม[48] หรือ เจมส์ เลสลี เบอร์ลี่ (James Leslie Brierly) เห็นว่า ปฏิญญาไม่ใช่สนธิสัญญาและไม่ก่อให้เกิดพันธทางกฎหมายแต่อย่างใด[49] ดังนั้น ต่อมาในปี ค.ศ.1959 องค์การสหประชาชาติจึงได้พัฒนาและประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (the United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) แต่ปฏิญญาดังกล่าวนี้ไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ดังนั้น รัฐบาลโปแลนด์ได้เสนอความคิดที่จะให้มีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นเป็นครั้งแรกในระหว่างปีสากลเด็ก (ค.ศ. 1979)[50] และนับแต่นั้นมาก็ได้มีการประชุมกันอย่างสม่ำเสมอโดยจากผู้แทนรัฐบาลกว่า 40 ประเทศ[51] ซึ่งก็เป็นที่มาของการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

สรุปได้ว่า วิวัฒนาการทางกฎหมายระหว่างประเทศที่แก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบก่อนมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น ในเรื่องของมาตรฐานเบื้องต้นที่ห้ามการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเป็นทหารเด็ก ได้ถูกกำหนดเป็นรูปธรรมขึ้นก่อนโดยพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ทั้ง 2 ฉบับดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นเท่านั้น และต่อมาในปี ค.ศ. 1989 องค์การสหประชาชาติได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989) จึงทำให้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้เข้าสู่การพิจารณารับรองของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ และในการนี้ก็ได้มีการให้ความสนับสนุนในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงใน

---

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

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

[50]เจมส์ พี แกรนท์, สภาวะของเด็กในโลก 1989, [กรุงเทพฯ: องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ), 2532], หน้า 10.

[51]เรื่องเดียวกัน.

การสู้รบหรือใช้เด็กเป็นทหารอีกครั้ง โดยได้ตราเป็นบทบัญญัติไว้ในข้อ 38 ว่า อายุขั้นต่ำของเด็กที่จะถูกเกณฑ์หรือมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบได้คือ 15 ปี

2.1.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

สำหรับประวัติความเป็นมาของการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นมีรายละเอียดดังนี้ เนื่องมาจากการที่ในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลโปแลนด์ได้จัดทำต้นร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นและได้เสนอร่างอนุสัญญานี้ต่อคณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งข้อเสนอนี้ได้ถูกเสนอต่อไปยังคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม และต่อมาได้เสนอถึงสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ โดยรัฐบาลโปแลนด์ได้ร้องขอให้มีการพิจารณาร่างอนุสัญญาฉบับนี้เป็นพิเศษ ทั้งนี้ต้องการให้มีการยอมรับในปี ค.ศ. 1979 เพื่อเป็นการรำลึกถึงปีเด็กสากล แต่รัฐบาลต่าง ๆ เห็นว่าควรใช้เวลาระยะหนึ่งเพื่อที่จะได้ศึกษาอย่างละเอียดรอบคอบก่อนจัดทำเป็นอนุสัญญา ด้วยเหตุนี้ในปี ค.ศ. 1979 ซึ่งเป็นสมัยประชุมที่ 35[52] ของคณะกรรมาธิการที่ประชุมได้ตกลงตั้งคณะทำงาน (the open – ended Working Group on the Question of a Convention on the Rights of the Child) ขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยใช้ต้นร่างของรัฐบาลโปแลนด์ คณะทำงานนี้ประกอบไปด้วยผู้แทนจากรัฐต่าง ๆ จำนวน 43 รัฐ นอกจากนี้ยังมีองค์การระหว่างประเทศ องค์การเอกชนและผู้แทนรัฐอื่น ๆ เข้าร่วมแต่อยู่ในฐานะผู้สังเกตการณ์ (observers) เท่านั้น[53]

การร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของคณะทำงานแบ่งออกได้ 2 ร่าง คือ ร่างแรก (first draft) นี้ ได้ดำเนินการในระหว่างปี ค.ศ. 1980 ถึง 1987 และร่างที่สองได้ดำเนินการในระหว่างช่วงปลายปี ค.ศ. 1987 ถึง 1989 โดยคณะทำงานเห็นควรให้รีบจัดทำร่างอนุสัญญาเพื่อให้สำเร็จทันเวลาโดยจะให้มีการรับรองภายในปี ค.ศ. 1989 ซึ่งเป็นวาระครบรอบ 10 ปี ของเด็กสากล

---

[52]อิงอร จินตนาเลิศ, "กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญา สหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 20

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

ดังนั้น ในที่สุดอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ได้รับการรับรองจากองค์การสหประชาชาติโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติยอมรับ (General Assembly Resolution 44/25) เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 1989

อนุสัญญาฉบับนี้นับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่ให้ความคุ้มครองและส่งเสริมชีวิตและพัฒนาการขั้นพื้นฐานของเด็กอย่างแท้จริงและถือว่าเป็นการกำหนดมาตรฐานสากลทางกฎหมายที่นานาประเทศได้ร่วมตกลงกันเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการสนับสนุนพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบหรือการใช้เด็กเป็นทหารด้วย อย่างไรก็ดี ได้มีการเรียกร้องให้ประเทศต่าง ๆ ลงนามเข้าเป็นสมาชิกตั้งแต่วันที่ 25 มกราคม 1990 และ อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 2 กันยายน 1990 และเมื่ออนุสัญญาดังกล่าวได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 เลขาธิการสหประชาชาติในขณะนั้นคือ Javier Perez de Cuellar ได้กล่าวถึงความสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวโดยมีข้อความตอนหนึ่งว่า "...การเคารพและการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนี้ ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาอย่างเต็มรูปแบบซึ่งศักยภาพแห่งปัจเจกบุคคลในบรรยากาศแห่งเสรีภาพ เกียรติยศ และความยุติธรรม..." [54]

ในปัจจุบันมีรัฐเข้าร่วมเป็นสมาชิกภาพทั้งหมด 193 ประเทศ สำหรับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2534 ด้วยวิธีการภาคยานุวัติ (accession)[55] ซึ่งการภาคยานุวัติ (accession) ก็คือ การที่รัฐเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาในภายหลังจากที่สนธิสัญญาได้ผ่านการเจรจาและลงนามแล้ว โดยที่รัฐมิได้เข้าร่วมในการเจรจาและลงนามตั้งแต่ต้น แต่รัฐก็สามารถเข้าเป็นภาคีด้วยวิธีการแสดงเจตจำนงโดยการประกาศฝ่ายเดียว (unilateral act) ซึ่งจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้ผ่านความเป็นชอบตามกฎหมาย

---

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

[55]สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2546), หน้า 13.

ภายในของรัฐแล้ว เช่น ต้องผ่านการให้ความเป็นชอบจากรัฐสภาก่อน เป็นต้น[56] อย่างไรก็ดี ทั้งนี้ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีมีมติเป็นชอบให้ประเทศไทยเราเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2534 และเมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติการเป็นภาคีแล้ว กระทรวงการต่างประเทศได้จัดส่งภาคยานุวัติสารเข้าเป็นภาคีให้แก่เลขา ธิการสหประชาชาติเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2535 และสหประชาชาติได้ลงประกาศใน Journal of the United Nations ฉบับที่ 1992/64 ประจำวันที่ 1 เมษายน 2535 ว่าได้รับภาคยานุวัติสารของประเทศไทยแล้วเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2535[57] จากนั้นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ก็จะมีผลบังคับใช้ต่อประเทศไทยภายใน 30 วัน หลังจากวันที่มอบภาคยานุวัติสารให้กับเลขาธิการสหประชาชาติ ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 49 (2)[58]

อนึ่ง ประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวน 3 ข้อ ได้แก่[59] ข้อ 7 ว่าด้วยเรื่องการจดทะเบียนเกิดและการให้สัญชาติเด็กผู้ลี้ภัยหรือผู้อพยพที่เกิดในประเทศไทย ข้อ 22 ว่าด้วยเรื่องสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย และข้อ 29 (ค) ว่าด้วยเรื่องสอทธิการศึกษาของชนกลุ่มต่าง ๆ ที่จะสามารถดำรงรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเด็กตนเองได้ แต่ทั้งนี้ต่อมาได้ถอนข้อสงวนข้อที่

---

[56]ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เล่ม 1: สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 96.

[57]อนุสนธิหนังสือกระทรวงการต่างประเทศที่ กต 0803/ว 20501 ลงวันที่ 22 เมษายน 2535 แจ้งว่า สหประชาชาติได้รับภาคยานุวัติสารของประเทศไทยสำหรับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2535 อ้างโดย อิงอร จินตนาเลิศ, หน้า 77.

[58]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.

[59]สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, หน้า 13

29 เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2540 ดังนั้นในปัจจุบันจึงยังคงเหลือข้อสงวน 2 ข้อ คือ ข้อ 7 และ ข้อ 22

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ฉบับนี้ มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 54 ข้อ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วนด้วยกัน กล่าวคือ

ส่วนที่ 1 ตั้งแต่ข้อ 1 – 41

เป็นกฎหมายสาระบัญญัติ คือ เป็นเนื้อหา รายละเอียดและหลักการต่างๆ ในการคุ้มครองสิทธิทั้งหลายของเด็ก

ส่วนที่ 2 ตั้งแต่ข้อ 42 – 54 นั้น

เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ คือ เป็นหลักเกณฑ์และแบบพิธีต่างๆ ในการบังคับใช้อนุสัญญา โดยแยกออกเป็น 2 ส่วนย่อยคือ

(ก) ในข้อ 42 - 45 จะเป็นเรื่องที่ว่าด้วยการเผยแพร่อนุสัญญา คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก การเสนอรายงาน การส่งเสริมการปฏิบัติตามอนุสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศ

(ข) ในข้อ 46 - 54 จะเป็นเรื่องที่ว่าด้วยการลงนามเข้าเป็นภาคี การมีผลบังคับใช้ การแก้ไข การตั้งและการถอนข้อสงวน การบอกเลิก และการเก็บรักษาต้นฉบับทั้ง 5 ภาษา

ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ไม่เพียงแต่ตระหนักถึงการละเมิดสิทธิเด็กและเด็กที่ตกอยู่ในสภาวะที่ยากลำบากเท่านั้น แต่ยังมุ่งให้การคุ้มครองสิทธิแก่เด็กโดยทั่วไปด้วย โดยเด็กแต่ละคนจะได้รับการเคารพและประกันสิทธิต่าง ๆ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าเด็กมีสิทธิติดตัว (inherent rights) นับแต่เด็กถือกำเนิดมา อันถือได้ว่าเป็นปรัชญาเบื้องต้นของ

การคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก[60] นอกจากนี้การกระทำใด ๆ ก็ตามที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าโดยองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นอันดับแรก อนึ่ง สิทธิเด็กที่อนุสัญญาฉบับนี้บัญญัติให้การคุ้มครองไว้ แบ่งออกได้เป็นสิทธิ 4 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่[61]

1. สิทธิในการดำรงชีวิต (Survival Rights) หรือสิทธิพื้นฐานทั่ว ๆ ไปของเด็ก เช่น สิทธิในการมีชีวิตอยู่ หรือสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่รอดซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กทุกคนที่จะต้องได้รับ เพราะความอยู่รอดของชีวิตเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดของการเกิดมาเป็นมนุษย์ สิทธิในการมีชื่อและสัญชาติ สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณะสุข สิทธิที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกันสังคม สิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีพอ เป็นต้น

2. สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Rights) จากการถูกเอาเปรียบทางเพศหรือการถูกทำร้ายรังแกทางเพศ จากการถูกเอารัดเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ จากการทำงานใด ๆ ที่จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคมของเด็ก จากการถูกใช้อย่างเอาเปรียบไม่ว่าในลักษณะใด จากการถูกทรมานหรือลงโทษหรือการกระทำในลักษณะที่โหดร้าย จากการเข้าไปมีส่วนร่วมในสงคราม ตลอดจนการปกป้องคุ้มครองเด็กที่มีชีวิตอยู่ในภาวะที่ยากลำบาก เช่น เด็กพิการ เด็กผู้ลี้ภัย เด็กกำพร้า เด็กที่ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบหรือใช้เป็นทหารเด็ก เป็นต้น

3. สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Development Rights) เช่น สิทธิที่จะได้รับการศึกษา สิทธิที่จะได้รับการพักผ่อนหย่อนใจและการทำกิจกรรมต่าง ๆ สิทธิเสรีภาพในทางศาสนา เป็นต้น เพราะการที่เด็กจะสามารถดำรงชีวิตในสังคมอย่างเป็นสุขได้ จำเป็นอย่างยิ่งที่เด็กจะต้องได้รับการพัฒนาชีวิตไม่ว่าจะเป็นทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา และอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต

---

[60]อ่านเพิ่มเติมใน Vitit Muntarbhorn, A Sourcebook for Reporting under the Convention on the Rights of the Child, (Bangkok: UNICEF, EAPRO and Child Rights ASIANET, 1997), p. 3.

[61]อ่านเพิ่มเติมใน กมลินทร์ พินิจภูวดล, "อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก: สิทธิเด็กในประเทศไทย," บทบัณฑิตย์ เล่ม 53 ตอน 4 ธ.ค. 2540, เนติบัณฑิตยสภา, หน้า 101.

4. สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Rights) เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อตนเอง สิทธิในการแสดงออกและการแสวงหา ได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร สิทธิในการสมาคมและชุมนุมอย่างสงบ สิทธิทางความคิด มโนธรรม และศาสนา เป็นต้น ทั้งนี้มีความจำเป็นอย่างมากที่เด็กจะต้องมีส่วนร่วมในสังคมหรือชุมชนที่ตนเองอยู่ เพราะจะทำให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตอยู่ได้

อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อสาระสำคัญในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบหรือใช้เด็กเป็นทหารนั้น ได้บัญญัติอยู่ในข้อ 38 โดยมีใจความดังนี้

"(1) รัฐภาคี รับที่จะเคารพและประกันให้มีความเคารพต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับรัฐภาคี ในกรณีพิพาทกันด้วยอาวุธซึ่งเกี่ยว ข้องกับเด็ก

(2) รัฐภาคี จะดำเนินมาตรการที่สามารถกระทำได้ทั้งปวงที่จะประกันว่าบุคคลที่มีอายุไม่ถึง 15 ปี จะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน

(3) รัฐภาคี จะหลีกเลี่ยงการเกณฑ์บุคคลใด ๆ ที่มีอายุไม่ถึง 15 ปี เข้าประจำในกองทัพในการเกณฑ์บุคคลที่มีอายุถึง 15 ปี แต่ไม่ถึง 18 ปีนั้น รัฐภาคีจะพยายามเกณฑ์บุคคลที่มีอายุมากที่สุดก่อน..."

ทั้งนี้สำหรับบทบัญญัติในข้อ 38 (1) นี้ได้รับอิทธิพลในการบัญญัติข้อกฎหมายมาจากข้อ 1 ร่วมของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ และในส่วนของ ข้อ 38 (2) กับ (3) นั้นได้รับอิทธิพลมาจากข้อ 77 (2) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ดังนั้นในเรื่องของกระบวนการทางกฎหมายและการตีความของอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ก็ให้นำมาปรับใช้ด้วยในส่วนที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าข้อ 38

ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อนี้ ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้ก่อให้เกิดการรวมกันอย่างชัดแจ้งกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ[62]

2.2 ประเด็นสำคัญที่นำไปสู่การมีพิธีสาร ฯ

สำหรับเหตุผลอันเป็นประเด็นสำคัญอันหนึ่งที่นำไปสู่การมีพิธีสาร ฯ นั้นก็คือ เรื่องของอายุ ทั้งนี้ประเด็นในเรื่องของอายุนั้นถือได้ว่าเกิดเป็นข้อโต้แย้งกันมาตั้งแต่เมื่อครั้งที่ยังดำเนินการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกันอยู่ดังนี้ว่า[63] อายุขั้นต่ำในการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในกองทัพและการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบตามข้อ 38 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น ควรที่จะเป็น 18 ปี โดยมีประมาณ 8 ประเทศ ได้แก่ อาร์เจนตินา (Argentina), ออสเตรีย (Austria), โคลัมเบีย (Columbia), เยอรมัน (German), เนเธอร์แลนด์ (Netherlands), สเปน (Spain), สวิสเซอร์แลนด์ (Switzerland) และ อุรุกวัย (Uruguay) ที่เห็นด้วยว่าควรจะเป็นเช่นนั้น ตามเกณฑ์อายุทั่วไปที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่อย่างไรก็ดีประเด็นดังกล่าวนี้ได้ถูกขัดขวาง (blocked) โดยอเมริกาที่ได้ปฏิเสธการรับเอาอายุ 18 ปีมาเป็นเกณฑ์ในการมีส่วนเกี่ยวข้องของเด็ก ดังนั้นบทบัญญัติใน ข้อ 38 ทำได้แต่เพียงกำหนดไว้ว่า "...พยายามเกณฑ์บุคคลที่มีอายุมากที่สุดก่อน..." (...to endeavour to give priority to the oldest...) ในกรณีที่ต้องเกณฑ์เด็กที่มีอายุอยู่ในช่วงระหว่าง 15-18 ปี ทั้งนี้ถึงแม้จะไม่เป็นผลสำเร็จ แต่อย่างไรก็ดีนับแต่นั้นอายุขั้นต่ำของเด็กในหลาย ๆ เรื่องก็ได้ถูกยกขึ้นเป็น 18 ปี แต่เห็นจะมีเพียงสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคคือ กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพเด็กแห่งอัฟริกา 1990 (African Charter on the Rights and Welfare of the Child 1990) เท่านั้น ที่ได้กำหนดยกระดับมาตรฐานอายุของเด็กในเรื่องการเกณฑ์เอาไว้

อย่างไรก็ดี สำหรับประเด็นสำคัญ ๆ ที่นำไปสู่การมีพิธีสาร ฯ มีดังนี้[64,65,66]

---

[62]Rachel Brett and Margaret McCallin, Children: The Invisible Soldiers, Second Edition, (Sweden: Radda Barnen, Save the Children Sweden), 1998), p. 159.

[63]Ibid., p. 163-166.

[64]Ibid., p. 163-169

2.2.1 อายุขั้นต่ำ (Minimum age)

อายุขั้นต่ำในที่นี้ หมายถึง อายุขั้นต่ำที่ใช้ในการเกณฑ์เด็กให้เข้ามาเป็นทหารและอายุขั้นต่ำที่ให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบ เพราะทั้งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) และฉบับที่ 2 ข้อ 4 (3)(c) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 นั้นบอกว่าห้ามไม่ให้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในการสู้รบ

แต่ทั้งนี้ หากเด็กนั้นมีอายุอยู่ระหว่าง 15 ปีถึง 18 ปี ให้พิจารณารับเด็กที่มีอายุมากกว่าก่อน ตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77 (2) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 ดังนั้นประเด็นในเรื่องนี้ก็คือ ความต้องการที่จะยกระดับมาตรฐานอายุของเด็กจาก 15 ปี ขึ้นเป็น 18 ปี โดยแยกการพิจารณาได้ 2 เรื่องดังนี้

2.2.1.1 อายุขั้นต่ำในการเกณฑ์เด็กเป็นทหาร (Minimum age of recruitment)

ประเด็นสำคัญคือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่ถูกเกณฑ์โดยกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ เพราะในทางปฏิบัติมีหลักฐานปรากฏชัดว่าเด็กถูกเกณฑ์ให้เป็นทหารทั้งจากกองทัพรัฐเองและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ

2.2.1.2 อายุขั้นต่ำในการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบ (Minimum age for participation in hostilities)

---

[65] อ่านเพิ่มเติมใน Unicef, Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF by Rachel Hodgkin and Peter Newell, Second printing (Geneva, Atar SA), 1998, pp. 511-524.

[66] อ่านเพิ่มเติมใน International Committee of the Red Cross, "Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on Involvement of Children in Armed Conflicts: Position of the International Committee of the Red Cross," International Review of the Red Cross 322 (March 1998): 107-125.

ประเด็นสำคัญคือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ ทั้งนี้เหตุผลที่ต้องการยกระดับอายุขั้นต่ำขึ้นเป็น18 ปี ก็เพราะว่าเด็กจะได้รับผลกระทบจากการเข้าร่วมการสู้รบมากกว่าผู้ใหญ่ ทั้งในด้านร่างกายและจิตใจ ซึ่งทั้งที่จริงแล้วการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบนั้นจะต้องถูกห้าม

2.2.2 การเข้าร่วมในการสู้รบของเด็ก (Compulsory recruitment and voluntary enlistment)

กล่าวคือ เนื่องจากพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) และฉบับที่ 2 ข้อ 4(3)(c) นั้นบอกแต่เพียงว่าห้ามเกณฑ์เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เข้าร่วมในการสู้รบ แต่ไม่ได้บอกว่าให้ใช้บังคับกับลักษณะใดไม่ว่าจะเป็นลักษณะของการถูกเกณฑ์โดยการบังคับหรือโดยใจสมัครเข้าร่วมของเด็กเอง

ในทำนองเดียวกัน อนุสัญญาสิทธิเด็ก ข้อ 38 ก็ระบุแต่คำว่า "เกณฑ์" ("Recruit") เช่นนี้ จึงเกิดคำถามขึ้นว่าเกณฑ์ในที่นี้นั้น ให้หมายความรวมถึงทั้งการเข้าร่วมโดยการบังคับและโดยใจสมัครด้วยหรือไม่ ดังนั้นประเด็นในข้อนี้คือ ความต้องการที่จะคุ้มครองการเข้ามามีส่วนร่วมของเด็ก และการมีส่วนร่วมนั้นให้หมายถึงเป็นไปในลักษณะใดโดยสามารถแยกการพิจารณาเป็น 2 ลักษณะดังนี้

2.2.2.1 การเข้าร่วมโดยการบังคับ (Compulsory recruitment)

ประเด็นสำคัญคือ การที่เด็กจะถูกเกณฑ์โดยการบังคับให้เข้าไปให้มีส่วนร่วมนั้น หากเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องถูกห้ามอย่างเด็ดขาด

2.2.2.2 การเข้าร่วมโดยใจสมัคร (Voluntary enlistment)

ประเด็นสำคัญคือ ถึงแม้ว่าเด็กจะสมัครใจเข้าร่วมเป็นสมาชิกของกองทัพหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐเองก็ตาม แต่หากเด็กนั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ก็ต้องถูกห้ามอย่างเด็ดขาดเช่นกัน

2.2.3 ลักษณะการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบ (Participation in hostilities)

กล่าวคือ การมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบนั้นเป็นประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่งเพราะในทางปฏิบัติจะมีทั้งเข้าร่วมโดยตรงและเข้าร่วมโดยทางอ้อม ซึ่งพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 ใช้แต่คำว่า "มีส่วนร่วมโดยตรง" (direct part) จึงก่อให้เกิดปัญหาให้คนที่ไม่ได้เข้าร่วมโดยตรงนั้นไม่ได้รับความคุ้มครอง ในขณะที่พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 ใช้คำว่า "มีส่วนเกี่ยวข้อง" (take part) เช่นนี้จึงเป็นการยากที่จะแยกได้ว่าลักษณะการกระทำแบบใดที่ถือว่าเป็นการมีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ดังนั้นประเด็นในข้อนี้จึงอยู่ที่ความต้องการที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทหารเด็กที่เข้าไปมีส่วนร่วมทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม และลักษณะอย่างใดเป็นการมีส่วนร่วมโดยตรงกับลักษณะอย่างใดเป็นการมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม ซึ่งแยกการพิจารณาเป็น 2 ลักษณะดังนี้

2.2.3.1 การมีส่วนร่วมโดยตรง (Direct participation in hostilities)[67]

ประเด็นสำคัญคือ การกระทำใด ๆ ก็ตามที่เด็กจะต้องไปมีส่วนร่วมโดยตรงนั้นจะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนร่วมในการสู้รบทั้งในกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า การมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ (Direct participation in hostilities) สามารถอธิบายได้ดังนี้[68]

---

[67]เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ตั้งสมมุติฐานไว้เกี่ยวกับการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบ ดังนั้นประเด็นในเรื่องนี้จึงได้อธิบายรายละเอียดมากกว่าประเด็นอื่น ๆ

[68]คำอธิบายในส่วนนี้ ผู้เขียนอ้างอิงจากเอกสารที่เขียนโดย Jean-François Quéguiner เป็นหลัก ซึ่งได้เขียนไว้เป็น Briefing Paper ว่าด้วยเรื่องของ "Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law" เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2003 ของ International Humanitarian Law Research Initiative Reaffirmation and Development of -

คำว่า "การสู้รบ" (Hostilities) อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ไม่ได้ให้คำนิยามไว้แม้ว่าคำนี้ปรากฏหลายครั้งในสนธิสัญญา แต่อย่างไรก็ดีจาก Dictionary of the International Law of Armed Conflict, ICRC Geneva, 1992 หน้า 57 ให้คำจำกัดความว่า "การกระทำรุนแรงโดยการต่อสู้กับศัตรูเพื่อที่จะต่อต้านและบังคับให้ทำตาม" ทั้งนี้หากพิจารณาถึงลักษณะสำคัญของ "การสู้รบ" (Hostilities) แบ่งออกได้ 3 ประการคือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวพันกับความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ประการที่สองการกระทำนั้นต้องเป็นการต่อสู้ที่กระทำโดยศัตรู และประการสุดท้ายการกระทำนั้นต้องเกี่ยวกับการใช้กำลัง (use of force) แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าจะมีการพยายามอธิบายถึงความหมายของการสู้รบโดยพิจารณาถึงลักษณะดังกล่าวเพื่อให้เกิดความกระจ่างยิ่งขึ้น แต่ก็ยังไม่สามารถให้คำจำกัดความได้อยู่ดีดังที่ Commentary on Additional Protocol I (AP I), ICRC Geneva หน้า 618 กล่าวว่า "...อันที่จริงดูเหมือนว่าคำว่า "การสู้รบ" (Hostilities) นั้นไม่ได้ครอบคลุมถึงเพียงแค่ช่วงเวลาที่พลเรือนทำการใช้อาวุธเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงช่วงเวลาในสถานการณ์ที่พลเรือนจับอาวุธ (carry) ด้วย" อย่างไรก็ดีข้อความดังกล่าวก็ความสอดคล้องกับตัวอย่างการเกณฑ์เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบตามที่ได้เคยกล่าวมาแล้วตั้งแต่ต้นโดยจะเห็นได้ว่าเด็กเหล่านั้นถูกใช้ให้เข้ามามีส่วนร่วมในหลายสถานการณ์ที่ไม่เพียงแต่ใช้อาวุธแต่ยังรวมถึงการจับอาวุธด้วย

ส่วนคำว่า "การมีส่วนร่วมโดยตรง" (Direct participation) หมายถึงอะไรนั้นก็ไม่ได้มีการให้คำจำกัดความเช่นเดียวกัน ทั้งนี้แม้ว่าการมีส่วนร่วมของเด็กในการสู้รบนั้นจะมีความสำคัญแต่ทั้งในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญา

IHL ซึ่งเอกสารฉบับนี้ได้รับความอนุเคราะห์จาก ผศ.ดร. ศารทูล สันติวาสะ โดยทั้งนี้ได้พิจารณาประกอบกับรายงานของคณะกรรมการกาชาดสากล (ICRC) เนื่องจากมีเนื้อหาใกล้เคียงกัน ดูเพิ่มเติมได้ที่ International Committee of the Red Cross. Report: Direct participation in hostilities. [Online] Available from: http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/ participation-hostilities-ihl-311205. [2007]

เจนีวา ค.ศ. 1977 ก็ไม่ได้ให้คำนิยามไว้ว่าอะไรคือการมีส่วนร่วมโดยตรง[69] และเมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ไม่ได้อธิบายอีกเช่นกันแม้ว่าในขณะที่ทำการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฉบับนี้จะได้มีการพยายามพัฒนามาตรฐานระหว่างประเทศขึ้นใหม่โดยที่ไม่ให้กระทบต่อมาตรฐานทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อนและจะได้ขยายการคุ้มครองเด็กขึ้นเป็นอายุ 18 ปี แต่ท้ายที่สุดบทบัญญัติในข้อ 38 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็เป็นไปอย่างประนีประนอม ทั้งนี้เหตุที่ได้กล่าวว่าบทบัญญัติในข้อ 38 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นไปอย่างประนีประนอมนั้นก็เนื่องมาจากการที่มีผู้แทนหลายฝ่ายของกลุ่มคณะทำงานไม่เห็นด้วยที่จะลงมติรับหลักการเนื่องจากเห็นว่าในขณะที่หลักการดังกล่าวของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กสอดคล้องกับพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 1 แต่ก็ล้มเหลวในการขยายขอบเขตความคุ้มครองเด็กในระดับของข้อพิพาทภายในตามที่ได้รับรองไว้ในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 และบางทีอาจจะกระทบต่อมาตรฐานทางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อนได้ ซึ่งเห็นว่าน่าจะหมายความรวมถึงการใช้คำ "มีส่วนร่วมโดยตรง" (take a direct part) ในบทบัญญัติด้วยโดยที่ก็ไม่ได้มีการอธิบายหรือให้คำจำกัดความในเรื่องดังกล่าวนี้เอาไว้ แต่อย่างไรก็ดีประธานก็ตัดสินให้มีมติรับหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าว[70]

อนึ่งในเรื่องการให้นิยามของคำว่า "มีส่วนร่วมโดยตรง" นั้นจากการศึกษาพบว่า ข้อ 44 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ได้กล่าวว่า " ...พลรบนั้นจะมีสภาพเป็นพลรบ...หากถืออาวุธโดยเปิดเผย..." กับข้อ 51 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับเดียวกันที่กล่าวว่า "...พลเรือนมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง...เว้นเสียแต่...เข้าไปมีส่วนร่วมสู้รบโดยตรง..." เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกันก็มีพบว่าคำดังกล่าวนี้หมายถึงตามกฎหมายนั้นคนที่มีสิทธิจับอาวุธต่อสู้ตามกฎหมายได้ถือว่ามีส่วนร่วมโดยตรงแล้ว เช่นนี้จึงสามารถอนุมานได้ว่าการที่เด็กจับอาวุธและเข้าร่วมในการสู้รบถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะเข้าร่วมโดยตรง แต่อย่างไรก็ดี Jean-

---

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

[70]E/CN.4/1989/48, pp. 110-116, Detrick, p. 515; also E/CN.4/1989/48, pp. 5-8, Detrick, p. 630. Cited in Unicef, Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF by Rachel Hodgkin and Peter Newell, p. 514.

François Quéguiner ที่ปรึกษากฎหมายของคณะกรรมการกาชาดสากล (ICRC) ได้อ้างถึง Commentary on Additional Protocol I (AP I), ICRC Geneva ที่เน้นถึงการตีความ "การมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ" ไว้ว่า ควรตีความให้ชัดเจนเพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองพลเรือนและเพื่อคงไว้ซึ่งความหมายของหลักการแบ่งแยกพลรบและพลเรือน แต่ในขณะเดียวกันการตีความดังกล่าวนี้ก็จะต้องกว้างพอที่จะเป็นไปตามกฎหมายถึงความต้องการของกองทัพที่จะทำการโต้ตอบอย่างมีประสิทธิภาพตามวิถีทางและวิธีการในการสู้รบที่กระทำโดยพลเรือน และนอกจากนี้ยังกล่าวว่าการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นมีความหมายเป็นนัยที่หมายถึงความสัมพันธ์ปกติโดยตรงระหว่างการกระทำที่เกี่ยวพันถึงและภัยอันตรายที่ทำขึ้นต่อฝ่ายศัตรู ณ เวลาและสถานที่ที่ได้ปฏิบัติการเช่นนั้น ซึ่งก็หมายความว่าพฤติกรรมการกระทำของพลเรือนในการเข้าร่วมโดยตรงนั้นจะต้องประกอบด้วยการคุกคามโดยตรงและการคุกคามทางทหารทันทีทันใดต่อฝ่ายศัตรู แต่ถึงกระนั้นในทางปฏิบัติของรัฐยังเป็นข้อท้าทายในการที่จะขยายความออกไปในส่วนที่ว่า การเข้าร่วมโดยตรงนั้นไม่เพียงแต่จะหมายถึงการกระทำที่ส่งผลถึงความรุนแรงแต่ให้รวมไปถึงการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประชาชน สิ่งปลูกสร้าง และวัตถุต่าง ๆ ด้วย อีกทั้งการพิจารณาถึงการเข้าร่วมโดยตรงนั้นขึ้นอยู่กับความพอใจในการเพิ่มคุณค่า (the appreciation of the added value) ที่ได้นำไปสู่ผลสำเร็จของสงครามจากการกระทำของพลเรือนเทียบกับการกระทำทางทหารอย่างเดียว อย่างไรก็ตาม Commentary on Additional Protocol I (AP I) ในข้อ 51 ได้ระบุว่า อันที่จริงการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะแค่การโจมตีเท่านั้นแต่ให้หมายรวมถึงการเตรียมพร้อมโจมตีหรือถูกโจมตีด้วย

ดังนั้นจากที่กล่าวมาข้างต้นสำหรับประเด็นนี้จึงสรุปได้ว่า เนื่องด้วยเหตุที่ไม่ได้มีการให้คำนิยามของ "การมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบ" ไว้และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 ใช้แต่คำว่า "มีส่วนร่วมโดยตรง" (direct part) ในขณะที่พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 ใช้คำว่า "มีส่วนเกี่ยวข้อง" (take part) แต่ในทางปฏิบัติจะมีทั้งเข้าร่วมโดยตรงและเข้าร่วมโดยทางอ้อมซึ่งเป็นการยากที่จะแยกได้ว่าลักษณะการกระทำแบบใดที่ถือว่าเป็นการมีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อม เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเกิดความต้องการที่จะให้การคุ้มครองแก่ทหารเด็กที่เข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบว่าลักษณะอย่างใดจะถือเป็นการมีส่วนร่วมโดยตรงและหากการกระทำใดนั้นจะทำให้เด็กต้องเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงแล้วการกระทำนั้นจะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบทั้งในกองทัพของรัฐ

หรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ เช่นนี้จึงได้กลายมาเป็นประเด็นสำคัญประการหนึ่งของการนำไปสู่การออกพิธีสาร ฯ

อนึ่งสำหรับผู้เขียนแล้วเห็นว่าการเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบของเด็กนั้นหมายถึงการเข้าร่วมที่เป็นไปตามหลักการดังนี้

- หลักการแรกเป็นหลักการของ Radda Barnen[71] ที่กล่าวว่า การที่เด็กเป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐไม่ว่าจะในเวลาปกติที่บ้านเมืองสงบสุขหรือไม่ปกติก็ตาม ซึ่งมีหน้าที่ในหน่วยต่าง ๆ โดยจับอาวุธและมีส่วนร่วมโดยตรงในการรบ

- หลักการที่สองเป็นไปตามหลักการเคปทาวน์ (Cape Town Principles)[72] ที่กล่าวว่า บุคคลใดก็ตามที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นผู้ซึ่งได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐไม่ว่าจะเป็นแบบประจำการหรือในลักษณะอื่น ๆ โดยมีหน้าที่ต่าง ๆ

- หลักการต่อมาเป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในข้อ 44 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ที่ได้กล่าวว่า " ...พลรบนั้นจะมีสภาพเป็นพลรบ...หากถืออาวุธโดยเปิดเผย..." พิจารณาประกอบกับข้อ 51 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับเดียวกันที่กล่าวว่า "...พลเรือนมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง...เว้นเสียแต่...เข้าไปมีส่วนร่วมสู้รบโดยตรง..." ซึ่งหมายถึงตามกฎหมายนั้นคนที่มีสิทธิจับอาวุธต่อสู้ตามกฎหมายได้ถือว่ามีส่วนร่วมโดยตรงแล้ว

---

[71]อ่านเพิ่มเติมใน Rachel Brett and Margaret McCallin, Children The Invisible Soldiers, Second Edition (Sweden: Radda Barnen (Save the Children Sweden), 1998), p. 15

[72]อ่านเพิ่มเติมใน Unicef, "Cape Town Principle: Adopted at the Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldier in Africa, 27-30 April 1997 Cape Town, South Africa," (Mimeographed)

- และหลักการสุดท้ายเป็นหลักการของการ์ซา มิเชล (Graça Michel)[73,74,75] ที่ได้กล่าวว่า เด็กทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิงที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้ซึ่งได้เข้าไปเป็นทหารโดยการบังคับ, การใช้กำลัง, หรือโดยความสมัครใจ, หรือถูกใช้ในการสู้รบ โดยกองทัพของรัฐหรือกองกำลังที่ไม่ใช่รัฐ

ซึ่งจากหลักการทั้ง 4 ประการดังกล่าวนี้ทำให้ผู้เขียนสรุปได้ว่าการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมหรือมีส่วนร่วมโดยตรงในการสู้รบนั้นหมายถึง การที่เด็กทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิงที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ได้เข้าไปเป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐไม่ว่าจะโดยการถูกบังคับ, การถูกใช้กำลัง, โดยใจสมัคร, หรือถูกใช้ในการสู้รบ ทั้งในเวลาปกติที่บ้านเมืองสงบสุขหรือไม่ปกติก็ตาม ซึ่งมีหน้าที่ในหน่วยต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นแบบประจำการหรือในลักษณะอื่น ๆ โดยจับอาวุธและมีส่วนร่วมโดยตรงในการรบ หรือกล่าวสั้น ๆ ได้ว่าการที่เด็กจับอาวุธและเข้าต่อสู้ถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเข้าร่วมโดยตรงนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดีการที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองโดยระบุถึงแต่การเข้าร่วมโดยตรงนั้นเป็นการดีแต่ทั้งนี้หากมีการให้คำนิยามหรือคำจำกัดความเอาไว้ด้วยก็จะทำให้ลดปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบได้

---

[73] อ่านเพิ่มเติมใน Graça Michel, The Impact of War on Children, (London: C: Hurst & Co. (Publishers) Ltd., 2001), p. 7.

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

[75] อ่านเพิ่มเติมใน United Nations: Report of the Secretary-General to the Security Council on the implementation of resolution 1261 (1999) on children and armed conflict, United Nations General Assembly, 55th Session, New York, 2000. Cited in International Labour Office, A future without child labour: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2002, (Geneva: ILO, 2002), p. 34.

2.2.3.2 การมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม (Indirect participation in hostilities)

ประเด็นสำคัญคือ การกระทำใด ๆ ก็ตามที่เด็กจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมนั้นจะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนร่วมในการสู้รบทั้งในกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ

อย่างไรก็ดี จากการที่คำว่า "การมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม" นั้นใช้เพื่อแสดงให้ถึงความแตกต่างกับการเข้าร่วมโดยตรง และด้วยเหตุที่ไม่มีการให้คำจำกัดความของการมีเข้าร่วมโดยตรงไว้ กอปรกับจากการศึกษาค้นคว้าไม่พบว่ามีการให้คำจำกัดความของ "การมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม" นี้ ดังนั้นจึงอนุมานได้ว่าไม่มีการให้คำจำกัดความของว่า "การมีส่วนร่วมโดยทางอ้อม" เช่นกัน อย่างไรก็ดีจากการศึกษาพบว่าพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 ใช้คำว่า "มีส่วนเกี่ยวข้อง" (take part) ในขณะที่พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 1 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 ใช้แต่คำว่า "มีส่วนร่วมโดยตรง" (direct part) แต่ในทางปฏิบัติจะมีทั้งเข้าร่วมโดยตรงและเข้าร่วมโดยทางอ้อมซึ่งเป็นการยากที่จะแยกได้ว่าลักษณะการกระทำแบบใดที่ถือว่าเป็นการมีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อมซึ่งได้ก่อให้เกิดปัญหาว่าคนที่ไม่ได้เข้าร่วมโดยอ้อมนั้นไม่ได้รับความคุ้มครอง

ดังนั้นจากที่กล่าวมาข้างต้นสำหรับประเด็นนี้จึงสรุปได้ว่าประเด็นสำคัญประการหนึ่งของการนำไปสู่การออกพิธีสาร ฯ ก็คือเนื่องด้วยเหตุที่ไม่ได้มีการให้คำนิยามของ "การมีส่วนร่วมโดยอ้อมในการสู้รบ" ไว้และกฎหมายที่มีอยู่ได้ระบุให้ความความคุ้มครองไว้แต่การมีส่วนร่วมโดยตรงเท่านั้น ยกเว้นพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ฉบับที่ 2 ที่ใช้คำว่า "มีส่วนเกี่ยวข้อง" (take part) เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเกิดความต้องการที่จะให้การคุ้มครองแก่ทหารเด็กที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบนั้นได้ครอบคลุมไปถึงการเข้าร่วมโดยทางอ้อมในการสู้รบด้วยนอกเหนือจากที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวว่า "โดยตรง" เท่านั้น และนอกจากนี้ต้องการให้มีการให้คำจำกัดความว่าลักษณะอย่างใดจะถือเป็นการมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมและหากการกระทำใดนั้นจะทำให้เด็กต้องเข้าไปมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมแล้วการกระทำนั้นจะต้องถูกห้าม ซึ่งหมายถึงเด็กต้องไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนร่วมโดยทางอ้อมในการสู้รบทั้งในกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ เช่นนี้จึงได้กลายมาเป็นที่มาของประเด็นการ

นำไปสู่การมีพิธีสาร ฯ ดังกล่าวเนื่องจากเป็นว่า ลำพังการคุ้มครองที่กฎหมายระบุถึงแต่การมีส่วนร่วมโดยทางตรงนั้นยังไม่สามารถแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กได้ ดังนั้นจึงควรที่จะระบุถึงการมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมไว้ด้วย

อนึ่งสำหรับผู้เขียนแล้วเห็นว่าการเข้าร่วมโดยทางอ้อมในการสู้รบของเด็กนั้นหมายถึงการเข้าร่วมที่เป็นไปตามหลักการดังนี้

- หลักการแรกเป็นหลักการของ Radda Barnen[76] ที่กล่าวว่า การที่เด็กเป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐไม่ว่าจะในเวลาปกติที่บ้านเมืองสงบสุขหรือไม่ปกติก็ตาม ซึ่งมีหน้าที่ในหน่วยต่าง ๆ ทั้งนี้ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการกำหนดหรือระบุอย่างชัดเจนว่าเป็นสมาชิกก็ตาม แต่ให้หมายรวมถึง พ่อครัว, คนขนของ, คนเดินเอกสาร เหล่านี้เป็นต้นด้วย เนื่องจากเป็นกลุ่มที่รับใช้กองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ โดยการให้ความสนับสนุนทุกอย่างนั่นเอง

- หลักการที่สองเป็นไปตามหลักการเคปทาวน์ (Cape Town Principles)[77] ที่กล่าวว่า บุคคลใดก็ตามที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นผู้ซึ่งได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐไม่ว่าจะเป็นแบบประจำการหรือในลักษณะอื่น ๆ โดยมีหน้าที่ต่าง ๆ ซึ่งให้รวมถึง พ่อครัว, คนขนของแบกของ, คนสื่อสารหรือเดินเอกสารและรวมถึงใครก็ตามที่ติดตามกลุ่มเหล่านี้นอกจากสมาชิกในครอบครัว และนอกจากนี้ยังให้หมายรวมถึงเด็กหญิงที่ถูกเกณฑ์เข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์การกระทำทางเพศ หรือเพื่อการบังคับให้แต่งงานเพื่อมีลูกด้วย ดังนั้นทหารเด็กจึงไม่ได้หมายความถึงแต่เด็กที่จับอาวุธและเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น

---

[76]อ่านเพิ่มเติมใน Rachel Brett and Margaret McCallin, Children The Invisible Soldiers, p. 15.

[77]อ่านเพิ่มเติมใน Unicef, "Cape Town Principle: Adopted at the Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldier in Africa, 27-30 April 1997 Cape Town, South Africa," (Mimeographed)

- หลักการต่อมาเป็นไปตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในข้อ 4(3)(c) ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2 ที่ได้กล่าวว่า " ...เด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 15 ปี จักไม่ถูกเกณฑ์เป็นทหารในกองทัพหรือในกลุ่มใด ๆ และจักไม่ได้รับอนุญาตให้มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ..." ซึ่งสามารถอนุมานได้ว่าตามกฎหมายนั้นได้ห้ามไม่ให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมโดยทางอ้อมในการสู้รบ

- และหลักการสุดท้ายเป็นหลักการของการ์ซา มิเชล (Graça Michel)[78] ที่ได้กล่าวว่า เด็กทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิงที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้ซึ่งได้เข้าไปเป็นทหารโดยการบังคับ, การใช้กำลัง, หรือโดยความสมัครใจ, หรือถูกใช้ในการสู้รบ โดยกองทัพของรัฐหรือกองกำลังที่ไม่ใช่รัฐ ทั้งนี้ทหารเด็กหลายคนถูกบังคับให้บริการทางเพศ, เป็นทหารจับอาวุธ, เป็นคนเดินเอกสาร, เป็นผู้ใช้แรงงานแบกหามหรือคนขนของ และเป็นคนทำอาหาร ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเด็กวัยรุ่น แม้ว่าจะมีหลายคนที่อายุ 10 ปีหรือต่ำกว่า โดยส่วนมากเป็นเด็กผู้ชาย แต่มีจำนวนไม่น้อยเลยทีเดียวที่เป็นเด็กผู้หญิง

ซึ่งจากทั้ง 4 หลักการดังกล่าวนี้ทำให้ผู้เขียนสรุปได้ว่าการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมหรือมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมในการสู้รบนั้นหมายถึง การที่เด็กทุกคนไม่ว่าชายหรือหญิงที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ได้เข้าไปเป็นสมาชิกของกองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐไม่ว่าจะโดยการถูก

---

[78]อ่านเพิ่มเติมใน Graça Michel, The Impact of War on Children, p. 7.

อ่านเพิ่มเติมใน United Nations, Briefing Papers: Child Soldiers [Online] (n.d.). Available from: http://www.un.org/cyberschoolbus/briefing/soldiers/csprogress.htm [2005, November]. p.2

อ่านเพิ่มเติมใน United Nations: Report of the Secretary-General to the Security Council on the implementation of resolution 1261 (1999) on children and armed conflict, United Nations General Assembly, 55th Session, New York, 2000. Cited in International Labour Office, A future without child labour: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2002, p. 34

บังคับ, การถูกใช้กำลัง, โดยใจสมัคร, หรือถูกใช้ในการสู้รบ ทั้งในเวลาปกติที่บ้านเมืองสงบสุข หรือไม่ปกติก็ตาม ซึ่งมีหน้าที่ในหน่วยต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นแบบประจำการหรือในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงพ่อครัว, เป็นผู้ใช้แรงงานแบกหามหรือคนขนของ, คนสื่อสารหรือเดินเอกสาร ตลอดจนเด็กหญิงที่ถูกเกณฑ์เข้ามาเพื่อวัตถุ ประสงค์การกระทำทางเพศ หรือเพื่อการบังคับให้แต่งงานเพื่อมีลูกด้วย หรือกล่าวสั้น ๆ ทหารเด็กจึงไม่ได้หมายความถึงแต่เด็กที่จับอาวุธและเข้าร่วมโดยตรงในการสู้รบเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกลุ่มที่รับใช้กองทัพของรัฐหรือกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ โดยการให้ความสนับสนุนทุกอย่างด้วย แต่อย่างไรก็ตามการเข้าร่วมโดยทางอ้อมก็เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 2

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าลำพังการคุ้มครองที่กฎหมายระบุถึงแต่การมีส่วนร่วมโดยทางตรงนั้นยังไม่สามารถแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กได้ จึงควรที่จะระบุถึงการมีส่วนร่วมโดยทางอ้อมไว้ด้วยอย่างชัดเจนตลอดจนลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการเข้าร่วมโดยทางอ้อมด้วย เช่นนี้จึงเป็นที่มาของประเด็นสำคัญประการหนึ่งในการนำไปสู่การออกพิธีสาร ฯ ฉบับนี้

2.3 กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบ

เนื่องจากความต้องการที่จะให้การสนับสนุนและปกป้องคุ้มครองเด็กในทุกทางไม่ให้ไปมีส่วนเกี่ยวพันในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ อีกทั้งสิทธิเด็กนั้นเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและมักมีการละเมิดคือมีการเกณฑ์เด็กให้ไปเข้าร่วมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยทางอ้อมในการสู้รบเป็นทหารเด็กกันอยู่เสมอ ทั้ง ๆ ที่มีพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ทั้ง 2 ฉบับ ในข้อ 77 (2) และ 4 (3)(c) และ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 ที่ช่วยแก้ปัญหาในเรื่องของการเกณฑ์ไปเข้าร่วมในการสู้รบแล้วก็ตาม

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าเด็กจะได้รับประโยชน์อย่างมากในทุกบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ตามแต่กระนั้นก็ยกเว้น ข้อ 38 (2) และ (3) ที่ต้องยอมรับว่าทำให้เด็กไม่ได้รับ

ประโยชน์ในเรื่องของสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร[79] เนื่องจากยังมีจุดบกพร่องอยู่ ดังนั้น ต่อมาจึงได้มีการปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายและตราสารระหว่างประเทศที่สำคัญอื่น ๆ ในบางฉบับขึ้นเพื่อใช้เป็นมาตรการในการแก้ไขไม่ให้เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ประโยชน์กับเด็กมากที่สุดเท่าที่จะมากได้และเพื่อให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งกฎหมายและตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่กล่าวถึงนั้น มีดังนี้

2.3.1 กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพเด็กแห่งอัฟริกา 1990 (The African Charter on the Rights and Welfare of the Child 1990)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพเด็กแห่งอัฟริกา 1990 เป็นสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคฉบับแรกที่ได้มีการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบ ทั้งนี้สาระสำคัญคือ ได้มีการกำหนดยกระดับมาตรฐานอายุของเด็กในเรื่องการเกณฑ์เอาไว้ โดยได้กำหนดอายุขั้นต่ำ 18 ปี สำหรับความเกี่ยวพันที่เด็กจะมีส่วนเข้าร่วมในการสู้รบ[80]

2.3.2 ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statue of the International Criminal Court 1998)

กล่าวคือ สำหรับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศนั้นได้มีการใช้เกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กคือ 15 ปี เป็นข้อจำกัดในการเกณฑ์เด็กและใช้เด็กที่จะให้เข้าร่วมในการสู้รบเช่นกัน ทั้งนี้ยังได้มีการบัญญัติไว้อีกว่า การเกณฑ์เด็กหรือการใช้เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี

---

[79]Rachel Harvay. Children and Armed Conflict: A Guide to International Humanitarian Law and Human Rights Law (2001), p.33. [Online] Available from: http://www.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000044.pdf [2006, February]

[80]Graca Michel, The Impact of War on Children, (London: C: Hurst & Co. (Publishers) Ltd., 2001), p. 21.

ให้เข้าร่วมในการสู้รบนั้น ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ตามข้อ 8(2)(b)(xxvi)[81] หากเป็นข้อพิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ และตามข้อ 8(2)(e)(vii)[82] หากข้อพิพาทนั้นเป็นกรณีที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ[83]

2.3.3 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 182 ว่าด้วยการห้ามและการดำเนินการโดยทันที เพื่อขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก (The ILO Convention 182: The Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of the Child Labour 1999)

กล่าวคือ การคุ้มครองเด็กที่ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้นถูกทำให้เคร่งครัดขึ้นโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organisation) ทั้งนี้เป็นเพราะจากหลากหลายประสบการณ์ของเด็กที่ถูกบังคับให้เข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอัฟริกาที่ได้มีรายงานว่าเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี มากกว่า 120,000 คน ถูกใช้เป็นทหารเด็กนั้น[84] ได้นำไปสู่การประชุมแรงงานระหว่างประเทศที่จะนำเอาการกระทำดังกล่าวนั้นมารวมเป็นหนึ่งในรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการ

---

[81]Article 8(2)(b)(xxvi):

"Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities"

[82]Article 8(2) (e)(vii):

" Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities"

[83]อ่านเพิ่มเติมใน William R. Slomanson, Fundamental Perspectives on International Law. (Belmont, Calif.: Thomson West, c2003). pp. 505 – 507

[84]The Coalition to Stop the Use of Child Soldiers. Africa report. [Online] Available from: www.child-soldiers.org/reports_africa/executive_summary.html

ใช้แรงงานเด็ก[85] ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 182 มีสาระสำคัญคือ ห้ามการเกณฑ์เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยการบังคับหรือโดยการใช้กำลังเพื่อที่จะใช้เด็กในความขัดแย้งกันทางอาวุธ และนอกจากนี้ยังได้บอกว่าทหารเด็กเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำที่รุนแรงและเลวร้าย[86]

2.4 กลไกในการควบคุมดูแลให้ปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อย่างไรก็ตาม ในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้น นอกจากจะมีตัวบทกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้แล้ว การตรวจตราที่ต้องคอยสอดส่องดูแลให้มีการปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของรัฐภาคีก็เป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ผู้ที่ทำหน้าที่หลักในการตรวจตราคือ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก และ กลไกอื่น ๆ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.4.1 คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Committee on the Rights of the Child)

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ได้กำหนดกลไกในการควบคุมดูแลให้รัฐภาคีมีการปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กและการแก้ปัญหาไม่ให้เด็กเข้าร่วมในการสู้รบตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกลไกที่กำหนดไว้คือ การจัดให้มีการตวจตราโดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กตามข้อ 43 ที่ว่า "เพื่อให้มีการตรวจสอบความคืบหน้าของรัฐภาคีในการบรรลุให้เป็นไปตามพันธะที่มีตามอนุสัญญาฉบับนี้ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น..." ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญสิบคนโดยเลือกจากรัฐภาคี ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงการกระจายสัดส่วนทางภูมิศาสตร์อย่างเป็นธรรม

---

[85]International Labour Office, A future without child labour: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2002, (Geneva: ILO, 2002), p. 33.

[86]International Labour Office, A New Tool to Combat the Worst Forms of Child Labour ILO Convention 182, (Geneva, International Labour Office: Campaign Office). pp. 8 and 13.

และคำนึงถึงระบบกฎหมายหลัก ๆ ที่สำคัญด้วย คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กจะอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปีและมีสิทธิได้รับเลือกตั้งซ้ำอีกได้

รัฐภาคี มีภาระหน้าที่ต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการในเรื่องมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐบาลดำเนินการเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็กและการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก บังเกิดผล ตลอดจนต้องรายงานในเรื่องความคืบหน้าของการใช้สิทธิของเด็กด้วย โดยรัฐภาคีจะต้องรายงานครั้งแรกภายในระยะเวลา 2 ปีนับแต่วันที่อนุสัญญา ฯ มีผลใช้บังคับกับรัฐภาคีนั้น และจะต้องเสนอรายงานทุก ๆ 5 ปี หลังจากนั้นรายงานเหล่านั้นจะถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กอาจจัดทำข้อแนะนำและข้อเสนอแนะทั่วไป โดยอาศัยข้อมูลข่าวสารจากรายงานก็ได้ ทั้งนี้ข้อเสนอแนะและข้อแนะนำดังกล่าวจะถูกส่งไปยังรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง และรายงานไปยังสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ หากรายงานนั้นมีกรณีเป็นสงสัยคณะกรรมการสามารถเชิญผู้แทนของรัฐภาคีมาเสนอรายงานและตอบคำถามได้

ในทางปฏิบัติ มีตัวอย่างรายงานของรัฐภาคี ที่ได้เสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กได้จัดให้มีการพิจารณาตรวจตรารายงานของรัฐภาคีเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 11 ถึง 29 มกราคม ค.ศ. 1993 โดยมีรัฐภาคีเสนอรายงานเป็นครั้งแรก 7 ประเทศ ได้แก่ ประเทศรวันดา (Rwanda) โบลิเวีย (Bolivia) สวีเดน (Sweden) รัสเซีย (Russia) อียิปต์ (Egypt) เวียดนาม (Vietnam) และซูดาน (Sudan)[87] จากการพิจารณารายงานที่รัฐต่าง ๆ ได้เสนอต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ คณะกรรมการมีความเห็นว่ารายงานของรัฐเหล่านี้ได้จัดทำมาเป็นอย่างดี เพราะในเนื้อหาของรายงานได้กล่าวถึง ความคืบหน้าของการปฏิบัติตามพันธกรณี รวมทั้งได้วิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาในประเทศของตน ยกเว้นประเทศรวันดา (Rwanda) ที่คณะกรรมการเห็นว่าการทำรายงานยังไม่ดีพอ เนื่องจากเนื้อหาของรายงานมีเพียง 6 หน้ากระดาษ และในเนื้อหาไม่ได้อธิบายถึงชีวิตและความเป็นอยู่ของเด็กในประเทศของตน รวมทั้งเนื้อหาของรายงานไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับน

---

[87] Bruce Abramson, First State reports: Sunny and... cloudy, International Children's rights Monitor, 22 (1993): 23.

โบายของรัฐที่จะทำให้ความเป็นอยู่ของเด็กดีขึ้น[88] อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศรวันดาได้ทำรายงานเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการ โดยที่คณะกรรมการเห็นว่ารายงานนั้นมีข้อมูลไม่เพียงพอต่อความเข้าใจว่าได้พยายามกำเนินการเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีมากน้อยเพียงใด ในกรณีดัง กล่าว คณะกรรมการก็ไม่มีอำนาจในการบังคับให้ประเทศรวันดาจำต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด โดยคณะกรรมการมีอำนาจเพียง ทำข้อเสนอแนะ หรือข้อแนะนำ หรืออาจให้ทำรายงานใหม่เท่านั้น

ในกรณีดังกล่าวข้างต้นอาจสังเกตได้ว่า การที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กไม่มีอำนาจในการบังคับให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีได้นั้น จะทำให้วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้เป็นอันไร้ผลหรือไม่ ในเมื่อบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ได้ก่อพันธกรณีทางกฎหมายต่อรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันดังกล่าว ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กบรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้นั้น จะต้องอาศัยความร่วมมือจากรัฐต่าง ๆ ด้วยในการปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างจริงจัง เพราะกลไกการปฏิบัติตามอนุสัญญา การตรวจตราและการทำรายงานนั้นเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพพอสมควรระดับหนึ่งที่จะทำให้รัฐต้องปฏิบัติตามพันธกรณีอยู่แล้ว ทั้งนี้หากมีความเคร่งครัดมากอาจจะส่งผลทำให้รัฐต่าง ๆ ไม่อยากจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฉบับนี้ก็ได้

2.4.2 กลไกอื่น

เนื่องจากการที่กลไกการติดตามผล ที่จะควบคุมดูแลให้มีการปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น ไม่มีอำนาจอย่างจริงจังในการบังคับให้รัฐภาคีปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ ดังนั้น จึงมีกลไกอื่นที่จะเป็นตัวช่วยสนับสนุนและผลักดันให้การคุ้มครองสิทธิเด็ก และ การแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเป็นไปอย่างมีประสิทธิผลที่สุด ดังจะกล่าวได้ดังต่อไปนี้

2.4.2.1 กลไกภายใต้องค์การสหประชาชาติ

เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่สำคัญขององค์การสหประชาชาติคือการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ (maintenance of international peace

---

[88]Ibid.

and security)[89] การส่งเสริมเรื่องสิทธิมนุษยชน การเคารพในหลักความยุติธรรมและกฎหมายระหว่างประเทศ การส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมของประชากรโลก ตลอดจนส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ดังนั้น กลไกภายใต้องค์การสหประชาชาติจึงมีความสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยควบคุมดูแลให้การคุ้มครองสิทธิและการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิผลโดยผ่านองค์กรหลักคือ

(1) คณะมนตรีความมั่นคง (Security Council)

กล่าวคือ คณะมนตรีความมั่นคง ถูกกำหนดขึ้นมาให้เป็นผู้ดูแลสำคัญในเรื่องสันติภาพของโลก โดยเฉพาะในเรื่องของปัญหาสันติภาพและความมั่นคง ซึ่งสมาชิกทั้งหมดของสหประชาชาติ ยินยอมที่รับมติของคณะมนตรีความมั่นคง และปฏิบัติตามข้อมตินั้น ๆ

คณะมนตรีความมั่นคงจะประกอบไปด้วยสมาชิก 15 ประเทศ โดยมี 5 ประเทศ เป็นสมาชิกถาวร (Permanent Members) ได้แก่ จีน, ฝรั่งเศส, รัสเซีย, สหราชอาณาจักร และ สหรัฐอเมริกา และสมาชิกไม่ถาวร (Non-permanent Members) อีก 10 ประเทศ ซึ่งมาจากการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง และอยู่ในตำแหน่งคราวละ 2 ปี ประเทศสมาชิกต่างผลัดเปลี่ยนกันเป็นประธานคณะมนตรี ครั้งละ 1 เดือน โดยเรียงลำดับตามชื่อประเทศในอักษรภาษา อังกฤษ อย่างไรก็ดี คณะมนตรีความมั่นคงแตกต่างจากสมัชชาตรงที่ คณะมนตรีความมั่นคงไม่มีการประชุมปกติ แต่อาจเรียกประชุมด่วนได้ทุกเมื่อ สาเหตุเพราะไม่ว่าประเทศใดจะเป็นสมาชิกหรือมิใช่สมาชิกของสหประชาชาติก็ตาม อาจจะมีการนำเรื่องที่เป็นปัญหาขัดแย้ง หรือภัยคุกคามต่อสันติภาพเข้าสู่คณะมนตรีความมั่นคงได้ทุกเมื่อนั่นเอง ทั้งนี้ หน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น จะมีหน้าที่สอบสวนกรณีพิพาท หรือสถานการณ์ที่อาจนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างประเทศ และเสนอแนะวิธีดำเนินการ หรือแผนปฏิบัติการที่จะจัดทำความตกลงสำหรับการยุติข้อพิพาทนั้นโดยสันติ[90,91]

---

[89]กุลพล พลวัน, พัฒนาการสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538), หน้า 59.

[90]อ่านเพิ่มเติม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 63-64.

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้น คณะมนตรีความมั่นคงได้มีการออกข้อมติที่ 1261[92] เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 1999 เพื่อคุ้มครองเด็กและแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบ โดยมีสาระสำคัญว่า ประณามการใช้เด็กเป็นเป้าหมายในสถานการณ์ของความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธซึ่งมีการเกณฑ์เด็กและการใช้ทหารเด็ก อีกทั้งมีการกระตุ้นให้รัฐคู่กรณีที่มีข้อพิพาทพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ และนอกจากนี้ ยังกระตุ้นให้รัฐทั้งหลายดำเนินการมาตรการทุกด้านในการลดกำลังทหาร ปลดประจำการ (หรือสลายกำลัง) และการให้ความช่วยเหลือที่เหมาะสมสำหรับการฟื้นฟูทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กเหล่านั้น ทั้งนี้ ข้อมติที่ 1261 เป็นผลมาจากการประชุมครั้งแรกของคณะมนตรีความมั่นคงเกี่ยวกับปัญหานี้ที่เกิดขึ้น โดยถือได้ว่าเป็นมติแรกที่คณะมนตรีความมั่นคงได้มีการระบุอย่างชัดเจน ถึงประเด็นในเรื่องของเด็กและความขัดแย้งกันด้วยกำลังทางอาวุธ ว่าเป็นปัญหาสำคัญลำดับแรกของทั่วโลก มตินี้มีผลอย่างมีนัยยะสำคัญและเป็นทางการว่า การป้องกันและความปลอดภัยของเด็กที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธถือเป็นสาระสำคัญอันหนึ่งของสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ

(2) สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly)

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้นว่า คณะมนตรีความมั่นคงนั้นถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นผู้ดูแลสำคัญในเรื่องสันติภาพของโลก แต่สำหรับในส่วนของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินั้นได้ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อสำหรับเป็นที่หารือในเรื่องที่เป็นกังวลของโลกโดยจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ

---

[91] UNESCAP. What's the United Nations? [Online] Available from: http://www.unescap.org/unis/unis_index/Thai/un%20in%20thai.htm

[92] United Nations Security Council. Resolutions 1261 (S/RES/1261) [Online]. Available from: http://www.unicef.org/emerg/files/Security_Council_Resolution_1261_1999.pdf.

ทั้งนี้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินั้น เป็นหน่วยงานกลางของสหประชาชาติ เป็นที่ซึ่งทุกประเทศสามารถกล่าวแสดงความคิดเห็นและเรื่องราวต่าง ๆ ให้เป็นที่รับรู้ โดยที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินั้น สามารถหารือและทำข้อเสนอแนะได้ทุกเรื่องภายในขอบเขตของกฎบัตรสหประชาชาติ (ยกเว้นในเรื่องที่คณะมนตรีความมั่นคงนั้น ได้ดำเนินการอยู่แล้ว) สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะรับรายงานจากคณะมนตรีความมั่นคงและหน่วยงานสำคัญอื่นของสหประชาชาติซึ่งรวมไปถึงจากเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติ และจะทำการพิจารณารายงานขององค์กรต่างๆ ของสหประชาชาติ ตลอดจนรวมถึงการกำหนดแนวทางปฏิบัติงานขององค์การ หรือการออกระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ เพราะถือว่ามีความเป็นตัวแทนของประชาคมในองค์การทั้งหมดจึงมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับได้กว้างขวางกว่า[93] นอกจากนี้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีหน้าที่รับสมาชิกใหม่ตลอดจนถึงการแต่งตั้งเลขาธิการใหญ่แห่งสหประชาชาติตามคำเสนอแนะของคณะมนตรีความมั่นคง อีกทั้งยังทำหน้าที่เลือกสมาชิกของหน่วยงานอื่น ๆ ด้วย อย่างไรก็ดี สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติยังเป็นผู้ตัดสินด้วยว่า ประเทศสมาชิกควรจ่ายเงินดำเนินการสหประชาชาติเป็นจำนวนเท่าใด และควรใช้เงินเหล่านี้อย่างไร

สำหรับสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินั้น จะประกอบไปด้วยประเทศสมาชิก 192 ประเทศ โดยประเทศไทยเป็นสมาชิกลำดับที่ 55[94] ของสหประชาชาติ ทั้งนี้จะมีผู้แทนประจำที่มาจากประเทศต่าง ๆ อยู่ประจำ ณ สำนักงานใหญ่ที่นิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา โดยแต่ละประเทศมีคะแนนเสียงเพียงคะแนนเสียงเดียวเช่นเดียวกับประเทศอื่น ไม่ว่าประเทศนั้นจะยากจนหรือร่ำรวย มีขนาดใหญ่โตหรือขนาดเล็ก โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติจะเลือกประธานทุกปี เพื่อทำหน้าที่เป็นประธาน หรือดำเนินการประชุมต่าง ๆ ในสมัชชา และจะมีการประชุมปกติปีละครั้ง เริ่มในวันอังคารสัปดาห์ที่ 3 ของเดือนกันยายน เป็นเวลาอย่างน้อย 3 เดือน แต่ถ้าหากเป็นการประชุมฉุกเฉินก็อาจมีขึ้นได้ทุกเมื่อ ทั้งนี้ ในกรณีที่เป็นปัญหาสำคัญจะตัดสิน

---

[93]ศารทูล สันติวาสะ, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายองค์การระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 32

[94]นิตย์ พิบูลสงคราม, "ครึ่งศตวรรษแรกของสหประชาชาติ," ไทยกับสหประชาชาติ: ความร่วมมือในรอบ 50 ปี (2488–2538), (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอราวัณการพิมพ์), หน้า 2.

ด้วยคะแนนเสียงส่วนใหญ่สองในสาม อย่างไรก็ดี มติที่รับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาตินั้น จะเป็นเพียงข้อแนะนำต่อประเทศสมาชิก มิใช่เป็นการบีบบังคับทางกฎหมาย แต่กระนั้นก็ตาม ข้อเสนอแนะดังกล่าวก็มีน้ำหนักมาก เพราะสมัชชาเป็นตัวแทนของเสียงและความคิดทั่วไปของเกือบทุกประเทศในโลก[95]

อนึ่ง ข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติและคณะมนตรีความมั่นคงนั้น มีลักษณะที่แตกต่างกันในบางประการ ทั้งนี้เพราะข้อมติของสมัชชาใหญ่ หรือที่เรียกว่า Resolution นั้น จะมีเพียงลักษณะเดียวที่เป็นการชี้แจงหรือการเสนอแนะทางออกอย่างกว้างๆ ให้แก่ปัญหาหรือคู่กรณี ซึ่งข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาตินั้น ไม่มีผลผูกพันบังคับเป็นพันธกรณี ให้ต้องถือปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดแต่ประการใด แต่สำหรับในส่วนของคณะมนตรีความมั่นคงนั้น จะมีลักษณะของข้อมติ 2 ประเภท ได้แก่

ก. Resolution หรือ ข้อมติ ที่มีความคล้ายคลึงกับ Resolution ของสมัชชาใหญ่ คือไม่มีพันธกรณีในทางกฎหมายให้รัฐต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดแต่ประการใด

ข. Decision หรือ คำชี้ขาด นั้นถือเป็นพันธกรณีที่หน่วยงานต่าง ๆ หรือองค์กรภายในขององค์การสหประชาชาติ ตลอดจนรัฐสมาชิกทั้งหลายจะต้องผูกพันและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กนั้น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้เริ่มให้ความสำคัญอย่างเป็นรูปธรรมมาตั้งแต่ปี 1993 ดังจะเห็นได้จากการที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติมีมติที่ประชุม 48/157 (forty-eighth session) ลงวันที่ 20 ธันวาคม 1993 ว่าด้วย เรื่อง การให้ความคุ้มครองเด็กที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Protection of Children Affected by

---

[95]อ่านเพิ่มเติม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 60-63.

UNESCAP. What's the United Nations? [Online]. Available from: http://www.unescap.org/unis/unis_index/Thai/un%20in%20thai.htm

Armed Conflict) ซึ่งสาระสำคัญประเด็นหนึ่งกล่าวว่า สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติต้องการจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญอิสระ (Independent Expert) ทำการศึกษาในเรื่องนี้อย่างจริงจัง ดังนั้นจากมติดังกล่าวเลขาธิการสหประชาชาติจึงได้มอบหมายให้การ์ซา มิเซล (Graça Michel) ทำหน้าที่ศึกษาผลกระทบของความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่เกิดขึ้นกับเด็ก (The Impact of Armed Conflict on Children) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 และต่อมาสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ A/51/306[96] ซึ่งเป็นรายงานของการ์ซา มิเซล (Graça Michel) ในเรื่องของเด็กและความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ที่ทำให้ทราบว่า เด็กได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งดังกล่าวเป็นอย่างมาก รายงานของเขาถือว่าเป็นการประเมินความเข้าใจด้านสิทธิมนุษยชนของเด็กที่ได้รับผลกระทบจากสงครามรายงานแรก โดยมีการใช้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นกรอบของแนวทางในการวิเคราะห์ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในการให้ความคุ้มครองเด็กได้ถูกนำมาใช้เป็นกรอบในการวิเคราะห์เช่นกัน โดยได้ให้ความสำคัญกับเด็กที่ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก ผู้ลี้ภัยเด็ก เด็กผู้พลัดถิ่น การกระทำรุนแรงหรือทารุณกรรมทางเพศกับเด็ก เด็กกับโรคเอดส์ อาวุธขนาดเล็กและที่มีน้ำหนักเบา กับดักระเบิด และผลกระทบทางกายและสุขภาพจิตของเด็ก เป็นต้น ซึ่งรายงานของมติข้อนี้ได้ส่งผลให้ประชาคมโลกตื่นตัวอย่างมากกับประเด็นปัญหาของเด็กที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งหรืออยู่ในสถานการณ์อันเลวร้าย

2.4.2.2 กลไกภายใต้กรอบกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

สำหรับกลไกในข้อนี้ เป็นอีกหนึ่งกลไกที่ควบคุมให้มีการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่จะช่วยควบคุมดูแลให้การคุ้มครองสิทธิเด็ก และการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบให้มีความเป็นไปได้ โดยแยกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้ คือ

---

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

(1) Protecting Power

สำหรับ Protecting Power[97] นั้นเป็นกลไกหนึ่งที่ควบคุมในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ โดยจะทำหน้าที่ช่วยควบคุมดูแลเพื่อให้เป็นที่แน่ใจว่าอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1977 ได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการให้การคุ้มครองเด็กที่ถือว่าเป็นกลุ่มบุคคลที่ต้องได้รับความคุ้มครองพิเศษ ตลอดจนรวมถึงการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเพื่อให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิผล ทั้งนี้ ตามอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 ได้ให้อำนาจแก่ประเทศผู้ให้ความคุ้มครอง ซึ่งประเทศผู้ให้ความคุ้มครองนั้นคือ ประเทศที่ 3 จะทำหน้าที่เป็นคนกลางที่ได้รับความยินยอมจากประเทศคู่สงครามที่มีข้อพิพาท มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนให้ความช่วยเหลือบุคคลที่อยู่ภายใต้ประเทศอื่น และไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ตลอดจนได้รับสิทธิในการตรวจเยี่ยมผู้ต้องขังเช่นเดียวกับคณะกรรมการกาชาดสากล ดังนั้น Protecting Power นี้จะต้องเป็นรัฐที่ต้องมีความเป็นกลาง แต่อย่างไรก็ดีสำหรับตัวอย่างของรัฐที่ทำหน้าที่เป็น Protecting Power ในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้นจากการศึกษาค้นคว้าของผู้เขียนยังไม่พบกรณีศึกษาที่เป็นตัวอย่างในเรื่องดังกล่าวนี้

(2) คณะกรรมาธิการสืบหาข้อเท็จจริง (Fact Finding Commission)[98]

ตามกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น คณะกรรมาธิการสืบหาข้อเท็จจริงจะมีอำนาจตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ข้อ 90 ที่ให้อำนาจในการสืบหาข้อเท็จจริง นำมาซึ่งหาผู้กระทำผิดและเจรจาหาข้อยุติ โดยที่คณะกรรมาธิการสืบหา

---

[97]อ่านเพิ่มเติมใน CRIN, "Basic rules of Geneva Conventions and their Additional Protocols," Children in Armed Conflict and Displacement – The Convention, Treaties and International Agreements [Online] Available from: http://iggi.unesco.or.kr/web/ iggi docs/02/952579100.pdf

[98]อ่านเพิ่มเติมใน Erich Kussbach, "The International Humanitarian Fact-Finding Commission," The International and Comparative Law Quarterly, 43, 1 (January 1994): 174-185.

ข้อเท็จจริงจะต้องได้รับความรับรองจาก 20 รัฐ และหากมีการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นอาชญากรสงคราม คณะกรรมการ Fact Finding จึงจะมีอำนาจ ดังนั้น การละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมในข้อพิพาททางอาวุธที่มีลักษณะระหว่างประเทศเท่านั้นจึงจะอยู่ในอำนาจของคณะกรรมาธิการสืบหาข้อเท็จจริง ซึ่งการละเมิดพันธกรณีเกี่ยวกับการเกณฑ์เด็กเข้าเป็นทหารไม่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงตามข้อ 85 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 แต่อย่างไรก็ดีต่อมาได้มีพัฒนาการมาสู่การทำงานขององค์การสหประชาชาติ ในการช่วยแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของทหารเด็ก ทั้งนี้สำหรับในส่วนของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบของคณะกรรมาธิการสืบหาข้อเท็จจริงนั้น จะอยู่ภายใต้กรอบสหประชาชาติ ยกตัวอย่างเช่น การที่คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน (Human Rights Council) ได้มีมติให้ส่งคณะกรรมาธิการสืบหาข้อเท็จจริง ไปปฏิบัติภารกิจที่ซูดาน เพื่อเสนอความหวังบางอย่างที่รัฐบาลซูดานจะต้องยอมรับกับความล้มเหลวทั้งปวงในการคุ้มครองคนชาติดาร์ฟู (Darfur)[99] หรือการส่งคณะกรรมาธิการสืบหาข้อเท็จจริง ไปปฏิบัติภารกิจการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการใช้เด็กเป็นทหารที่ซูดาน (Sudan) และไลบีเรีย (Liberia) ในปี 1994-1995 ตามโครงการ Chidren's Rights Project ของ Human Right Watch[100] และผลจากการปฏิบัติภารกิจดังกล่าวพบว่ามีการใช้ทหารเด็กทั้งจากรัฐและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในซูดาน (Sudan) กลุ่มกองกำลัง SPLA ซึ่งเป็นกองกำลังที่ไม่ใช่รัฐ ได้เกณฑ์เด็กชายหลายพันคนโดยเด็กกลุ่มหนึ่งในนั้นมีอายุเพียง 11 ปี เข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก ทำให้เด็กเหล่านี้ต้องพลัดพรากจากครอบครัว ไม่ได้รับการศึกษาหรือมีชีวิตอย่างปกติสุขเฉกเช่นเด็กทั่วไป ในขณะ เดียวกันพบว่ารัฐเองได้เกณฑ์เด็กจากหลายสถานที่เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นบนรถประจำทางหลายสาย ตลาด หรือแม้แต่เด็กเร่รอนตามท้องถนน ดังนั้น ต่อมาจึงได้ส่งรายงานดังกล่าวพร้อมข้อเสนอแนะไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเพื่อเร่งแก้ไขปัญหา โดยการสนับสนุนกลุ่มคณะทำงานจัดทำร่างพิธี

---

[99]"Human Rights Council resolution a lukewarm response to deeping crisis in Darfur," Amnesty International Press Release AI Index: IOR 41/029/2006 (13 December 2006) [Online]. Available from: http://www.hrea.org/lists/hr-headlines /markup /msg03200.html

[100]Human Rights Watch. The Children's Rights Project. [Online] Available from: http://www.hrw.org/reports/1996/WR96/Back-02.htm

สารเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ฯ ฉบับนี้ ที่เห็นด้วยว่าควรจะยกมาตรฐานอายุขั้นต่ำของเด็กที่ต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบตาม ข้อ 38 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดไว้ 15 ปี เป็น 18 ปี ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3 อย่างไรก็ดี ผลของรายงานจากการปฏิบัติภารกิจของคณะกรรมาธิการสืบหาข้อเท็จจริง ภายใต้โครงการดังกล่าวทำให้ได้ประชาคมโลกสนใจและทราบถึงปัญหา ตลอดจนผลกระทบที่เด็กได้รับจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบ[101]

(3) คณะกรรมการกาชาดสากล (International Committee of the Red Cross)

สำหรับคณะกรรมการกาชาดสากล อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ และพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1 ได้มีบทบัญญัติที่ให้คณะกรรมการกาชาดสากลเข้าไปมีส่วนร่วมคุ้มครองเชลยศึกและเหยื่อสงคราม และเข้าไปช่วยเหลือผู้ที่ถูกจำกัดเสรีภาพตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 2 ข้อ 5 แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ยังไม่มีการเริ่มคณะกรรมการกาชาดสากลนั้น อาจใช้ Right to Initiative[102] ริเริ่มการสร้างมาตรการเพื่อคุ้มครองก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐคู่สงคราม

ทั้งนี้ คณะกรรมการกาชาดสากลเป็นองค์กรที่ทำงานภายใต้อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949[103] หน้าที่หลักคือการคุ้มครองและช่วยเหลือเหยื่อจากความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธและเหตุการณ์รุนแรงภายใน โดยจะเข้าไปทำการดูแล ให้ความช่วยเหลือหลังจากสิ้นสุดการสู้รบกัน โดยที่ทั้งสองรัฐหรือทั้งสองฝ่ายที่ทำการสู้รบกัน ไม่สามารถที่จะเยียวยา

---

[101] Ibid.

[102] ยกตัวอย่างเช่น การที่อิหร่านเกณฑ์เด็กเข้าไปตะลุยทุ่นระเบิด แล้วคณะกรรมการกาชาดสากล (ICRC) ได้ออกมาประณามตรง ๆ เลยว่าอิหร่านได้เกณฑ์เด็กไปเป็นทหารซึ่งผิดต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ เช่นนี้ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็น Right to Initiative เพราะปกติคณะกรรมการกาชาดสากลจะเงียบสงบไม่ค่อยประณามใคร แต่ครั้งนี้ดูเหมือนจะเป็นครั้งแรกที่ทางคณะกรรมการกาชาดสากลได้ออกมาประณาม

[103] อ่านเพิ่มเติมใน Pictet, Jean S., The principles of international humanitarian law, (Geneva: International Committee of the Red Cross,1966). pp. 47–52.

ความเสียหายที่เกิดจากความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธได้[104] บทบาทการทำงานของคณะกรรมการกาชาดสากลนั้นจะยึดถือความเป็นกลางและความไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดอย่างเคร่งครัด[105] รวมถึงการดำเนินภารกิจอย่างซื่อสัตย์เที่ยงตรง ในการใช้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในภาวะที่มีความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธเกิดขึ้นและตระหนักถึงคำร้องใด ๆ ที่กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี จากรายงานของคณะกรรมการกาชาดสากล ที่ได้เข้าไปให้ความช่วยเหลือเหยื่อจากภาวะสงคราม หรือจากเหตุการณ์ความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ พบว่ามีเด็กจำนวนมากได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการสู้รบหรือที่เรียกว่าเป็นทหารเด็ก อีกทั้งมีการบังคับเด็กผู้หญิงเป็นทหารและบังคับให้ย้ายถิ่นเช่นเดียวกันเด็กชาย อย่างไรก็ดี สิ่งที่คณะกรรมการกาชาดสากลตระหนักอยู่ตลอดเวลา คือ ความมุ่งมั่นที่จะช่วยเหลือพวกเขาเหล่านี้ โดยเฉพาะเด็กที่ถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหาร ทั้งนี้ จากการเข้าไปในประเทศอัฟกานิสถาน (Afganistan), คองโก (Congo), รวันดา (Rwanda) และซูดาน (Sudan) พบว่าเด็กอยู่ในสภาพที่ต้องใช้ชีวิตกับสงคราม เสียงปืน การสู้รบฆ่าฟัน ฯลฯ ทั้งที่เด็กในวัยนี้ควรจะได้อยู่กับครอบครัว ได้รับการศึกษา และมีชีวิตเหมือนเช่นเด็กธรรมดาอื่น ๆ อนึ่งคณะกรรมการกาชาดสากลไม่เพียงแต่เข้าไปให้ความช่วยเหลือเด็ก ๆ เหล่านี้เท่านั้นแต่ยังได้มีการประสานงานเพื่อส่งทหารเด็กเหล่านี้กลับไปยังมาตุภูมิเดิม อันเป็นบ้านเกิดของพวกเขาเพื่อที่จะได้กลับไปใช้ชีวิตอยู่กับครอบครัวอีกครั้ง

2.4.2.3 กลไกภายใต้กรอบสิทธิมนุษยชน

เนื่องจาก การส่งเสริมและการป้องกันสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบกฎหมายนั้น เป็นเป้าหมายสำคัญ ดังนั้น จึงได้มีการจัดตั้งกลไกเพื่อตรวจสอบการดำเนินการตามมาตรฐาน และ การบังคับใช้บทบัญญัติเหล่านั้นตาม

---

[104]Dieter Fleck, The Handbook of humanitarian law in armed conflicts, (New York: Oxford University Press, 1995), p .57.

[105]คณะกรรมการกาชาดสากล, เปิดโลกสู่ ICRC, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการกาชาดสากล, 2001), หน้า 3.

พิธีสาร ฯ เพื่อให้การแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเป็นไปอย่างมีประสิทธิผล ทั้งนี้ ได้แก่

(1) คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Human Rights Committee)

กล่าวคือ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีหน้าที่ติดตาม ตรวจสอบการบังคับใช้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ให้คำแนะนำและดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าสิทธิเด็กก็เรื่องของสิทธิมนุษยชนเรื่องหนึ่ง สำหรับตัวอย่างในเรื่องของการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น ยกตัวอย่างได้เช่น ในเดือนเมษายน ปี 2003 คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีมติที่ 2003/12 ต่อกรณีประเทศพม่าว่า รู้สึกสลดใจต่อการกระทำอันละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในพม่าที่ยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ซึ่งรวมถึงการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กด้วย คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงได้เรียกร้องให้รัฐบาล SPDC หยุดการบังคับใช้แรงงานเด็ก โดยให้รวมตลอดไปถึงกองทัพและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐอื่น ๆ ด้วย[106]

(2) ผู้แทนพิเศษ (Special Representative of the Secretary-General on Chidren and armed conflict)

สำหรับผู้แทนพิเศษนั้นเกิดขึ้นจากคำแนะนำของการ์ซา มาเซล (Graca Machel)[107,108] ที่ได้เขียนไว้ในรายงานในปี 1996 โดยคณะมนตรีความมั่นคงได้มี

---

[106]Resolution 2003/12 on the Situation of Human Rights in Myanmar, 59th Session of the UN Commission on Human Rights, 17 March-25 April 2003

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

[107]สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 48/157 วันที่ 20 ธันวาคม 1993 โดยเลขาธิการสหประชาชาติได้มอบหมายให้ การ์ซา มาเซล (Graca Machel) ทำรายงานเรื่อง A –

มติ 51/77 ได้แนะนำให้มีผู้แทนพิเศษขึ้น ซึ่งจะอยู่ในตำแหน่งคราวละ 3 ปี โดยได้มีการตั้งสำนักงานในปี 1997 และนายโอลาร่า โอตันนุ (Mr. Olara Otunnu) ได้รับมอบหมายให้ดำรงตำแหน่งเป็น ผู้แทนพิเศษคนแรกแห่งเลขาธิการสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องของเด็กและความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Special Representative of the Secretary-General on Chidren and armed conflict) แต่ปัจจุบันมีนางรัดติกา คูมาราสวามี (Radhika Coomaraswamy) เข้าดำรงตำแหน่งเป็นคนที่สอง เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2006 หลังจากวาระการดำรงตำแหน่งของคนแรกสิ้นสุดลง

ผู้แทนพิเศษจะมีหน้าที่ค้นหา, รับ, ตรวจสอบข้อมูลและคอยให้คำตอบเกี่ยวกับสถานการณ์และสิทธิของปัจเจกชน นอกจากนี้ยังต้องส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้แทนพิเศษแห่งเลขาธิการสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องเด็กและความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธได้แจ้งต่อสาธารณชนว่า "เป็นการเริ่มต้นของระบบความพยายามยุคใหม่ ในการติดตาม การตรวจตราและรายงานการดำเนินงานของรัฐภาคีต่างๆ ตลอดจนวิธีการที่ปฏิบัติต่อพวกเด็ก ๆ ในช่วงที่เกิดความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ" หรืออีกตัวอย่างเช่น วันที่ 22 กรกฎาคม 2003 ผู้แทนพิเศษแห่งอัฟริกาตะวันตก ผู้แทนพิเศษแห่งเลขาธิการสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องเด็กและความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ องค์การยูนิเซฟ (UNICEF) และ ประชาคมเศรษฐกิจแห่งรัฐอัฟริกาตะวันตก (The Economic Community Of West African States - ECOWAS) ได้ออกมติเร่งด่วนร่วมกันในการ

Impact of Armed Conflict on Children และในปี 1996 เมื่อรายงานฉบับนี้ได้พิมพ์ในปี 1996 เดือนสิงหาคม ทั่วโลกก็เริ่มตื่นตัวและให้ความสำคัญประเด็นเรื่องการให้ความคุ้มครองเด็กที่ได้รับผลกระทบความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ

[108] Rachel Harvay. Children and Armed Conflict: A Guide to International Humanitarian Law and Human Rights Law (2001), pp.13-15 [Online]. 2001. Available from: http://www. essex.ac.uk/armedcon/story_id/000044.pdf [2006, February]

เรียกร้องให้ไลบีเรียหยุดภาวะสงครามและเน้นย้ำถึงการกระทำซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับในการกระทำรุนแรงต่อเด็กและสตรีที่ละเมิดข้อตกลงอันเป็นบรรทัดฐานและมาตรฐานระหว่างประเทศทั้งปวง[109]

สำหรับรายงานของผู้แทนพิเศษนั้น ยกตัวอย่างได้เป็นต้นว่า[110] รายงานที่ A/61/275 ในปี 2006 ซึ่งถือว่าเป็นปีที่ครบรอบ 10 ปี ของการสัมมนารายงานของการ์ซา มิเชล (Graça Michel) ในหัวข้อเรื่อง " The Impact of Armed Conflict on Children" (A/51/306 and Add.1) ที่ได้นำมาถึงการสร้างอาณัติเบื้องต้นในเรื่องของสงครามที่มีผลกระทบกับเด็กและกลยุทธ์ในการให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือเด็กที่ได้รับผลกระทบจากสภาวะสงคราม อย่างไรก็ดีถึงวันนี้ก็ยังมีการใช้กระทำรุนแรงและทารุณกับเด็กอยู่ในกว่า 30 ประเทศทั่วโลก โดยมีเด็กมากกว่า 20 ล้านคนที่ถูกฆ่าตายในสถานการณ์ความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ มีเด็กมากกว่า 6 ล้านคนที่พิการอย่างถาวร และมีเด็กมากกว่า 250,000 คนที่ยังถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก เด็กผู้หญิงกว่า 1,000 คนที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและถูกทารุณกรรมทางเพศ ทั้งเด็กชายและเด็กหญิงถูกลักพาตัวออกจากบ้านหรือชุมชน นอกจากนี้โรงเรียนและโรงพยาบาลที่ดูจะเป็นที่ปลอดภัยก็ได้ถูกเป็นเป้าหมายในการโจมตีด้วย นอกจากนี้ยังมีหลักฐานระบุว่าถึงแม้จะเป็นค่ายผู้ลี้ภัยหรือค่ายผู้พลัดถิ่นภายในก็ตาม บ่อยครั้งที่ถูกใช้เป็นแหล่งในการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กเนื่องจากง่ายและสะดวกในการเกณฑ์เด็กไปเป็นทหารจากหลาย ๆ เขตของค่ายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในดาร์ฟู (Darfur) และ ซูดาน (Sudan) ที่มักจะมีการกระทำทารุณกับเด็กอยู่บ่อย ๆ ซึ่งการกระทำรุนแรงในเหตุการณ์ต่าง ๆ ดังกล่าวมีทั้งจากการกระทำโดยกองทัพของรัฐเองและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐ นอกจากนี้ในประเทศคองโก (Congo)

---

[109]Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Child Soldier Use 2003: A Briefing for the 4th UN Security Council Open Debate on Children and Armed Conflict, (London: Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, 2004), p. 24

[110]United Nations General Assembly. Promotion and Protection of the Rights of Children: Impact of armed conflict on children, Report of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict. U.N. Doc. A/61/275, 17 August 2006. [Online]. Available from: http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/474/38/PDF/N0647438.pdf?OpenElement.

หรือ อูกันดา (Uganda) ก็ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันต่อการกระทำรุนแรงกับเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ และในอีกหลาย ๆ ประเทศ เป็นต้น

ทั้งนี้จากข้อสังเกต จะเห็นได้ว่าถึงแม้ว่าจะเป็นเวลาถึงกว่า 10 ปี ที่ประชาคมได้มีการตื่นตัวและพัฒนาการกระบวนการต่าง ๆ เป็นต้นว่า พัฒนาการทางกฎหมาย พัฒนาการในด้านการตรวจตราที่มีผู้แทนพิเศษโดยมติของสหประประชาชาติตามคำแนะนำของ การ์ซา มิเชล (Graça Michel) พัฒนาการในด้านมติของที่ประชุมต่าง ๆ เพื่อจะไม่ให้เด็กได้รับผลกระทบหรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่เด็กต้องเข้าไปมีส่วนร่วมเป็นทหารเด็กในความขัดแย้งกันทางอาวุธต่าง ๆ แต่ถึงกระนั้นก็ยังมีการเกณฑ์เด็กหรือการใช้เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบกันอยู่เช่นเดิม

(3) ศาลอาญาระหว่างประเทศ

กล่าวคือ จะมีองค์คณะตุลาการระหว่างประเทศ ที่ทำหน้าที่เพื่อพิพากษาคดีอาญาที่ถือว่าร้ายแรงมาก (grave breaches) ได้แก่ อาชญากรรมสงคราม (war crime), อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crime against humanity), ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ Genocide), ความผิดฐานรุกราน (Aggressive war)[111] โดยที่ศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล และมีอำนาจไต่สวน ดำเนินคดี และพิพากษาคดีบุคคลที่กระทำความผิดอาญา ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศ จึงเป็นเวทีสำหรับการเยียวยาการร้องขอความเป็นธรรมในคดีที่เอกชนกระทำความผิด ไม่ว่าการกระทำนั้นๆ จะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาล หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐบาลที่ใช้อำนาจรัฐอยู่ หรือว่าการกระทำนั้นจะเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคล หรือคณะบุคคลที่ต่อสู้ กลุ่มต่อต้าน หรือเป็นกบฏ หรือมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาล หรือระบอบการปกครองที่ครองอำนาจรัฐอยู่

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าตามที่ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศจะมีส่วนช่วยในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กไปเข้าร่วมในการสู้รบ โดยระบุว่าการเกณฑ์เด็กให้เข้าร่วมในการสู้รบถือเป็นความผิดอาชญากรรมสงครามนับตั้งแต่ปี 1998 ที่ได้มี

---

[111]สุผานิต เกิดสมเกียรติ, <u>เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ</u>, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547)

บทบัญญัติในเรื่องนี้ก็ตาม แต่ถึงกระนั้นยังไม่มีใครที่ต้องถูกลงโทษดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันได้มีมิติใหม่เกิดขึ้นโดยมีคดีขึ้นสู่ศาลอาญาระหว่างประเทศในฐานความผิดอาชญากรรมสงครามที่มีนาย โธมัส ลุบันก้า (Thomas Lubanga) ชาวคองโก (Congo) ซึ่งเป็นนายทหารของ Union of Congolese Patriots (UPC) ได้ถูกจับเมื่อเดือนมีนาคม 2005 ในข้อหาใช้ทหารเด็ก และได้ถูกส่งตัวมาที่ศาลอาญาระหว่างประเทศ (The International Criminal Court) เมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2006 เพื่อสอบสวนดำเนินคดี ผู้เขียนเห็นว่าคดีนี้เป็นที่น่าสนใจคดีหนึ่ง ด้วยเหตุที่จะเป็นมิติใหม่สำหรับการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบโดยมีการลงโทษผู้กระทำ ทั้งนี้สำหรับรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม จากการที่ได้ศึกษาในส่วนของกลไกการควบคุมดูแลให้ปฏิบัติตามพันธะของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น แม้ว่ากลไกภายใต้กรอบสิทธิมนุษยชนนี้จะมีหลายฝ่าย แต่ผลสุดท้ายก็ตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งครอบคลุมสิทธิของเด็กที่ต้องถูกเกณฑ์ให้เข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็ก

ดังนั้นสรุปได้ว่า ตามที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดข้างต้นนี้ เป็นการแสดงให้เป็นถึงวิวัฒนาการในการแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบ ก่อนที่จะมีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง "ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ค.ศ. 2000" ที่สามารถระบุได้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบัญญัติในเรื่องของ การแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบนั้น มีดังนี้

- พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 1 ข้อ 77(2) ที่กำหนดว่ารัฐภาคีต้องใช้ทุกมาตรการที่เป็นไปได้ห้ามเกณฑ์และใช้เด็กอายุต่ำ 15 ปี ในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธระหว่างประเทศ

- พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1977 ฉบับที่ 2 ข้อ 4(3)(C) ที่กำหนดว่า เด็กที่มีอายุไม่ถึง 15 ปี จะต้องไม่ถูกเกณฑ์โดยกองทัพของรัฐและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐและจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสู้รบ ในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 38 ที่กำหนดว่า (2) รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่สอดคล้อง ที่จะประกันว่าบุคคลที่อายุไม่ถึง 15 ปี จะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการ

กระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน และ (3) รัฐภาคีจะหลีกเลี่ยงการเกณฑ์บุคคลที่มีอายุไม่ถึง 15 ปีเข้ามาประจำในกองทัพ และในการเกณฑ์บุคคลที่มีอายุครบ 15 ปีแต่ไม่ถึง 18 ปีนั้น รัฐภาคีจะเกณฑ์บุคคลที่มีอายุมากที่สุดก่อน

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะได้เอื้อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิมากที่สุดเท่าที่จะมากได้แล้ว และเป็นบทบัญญัติที่ได้ขยายมาตรฐานซึ่งเกี่ยวกับเด็กในเรื่องของการเกณฑ์ที่จะช่วยแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเด็กด้วยแล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ยังแก้ปัญหาการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบได้ไม่ดีเท่าที่ควร เพราะยังมีช่องโหว่ในเรื่องของอายุอยู่ กอปรกับความไม่ชัดเจนในเรื่องของลักษณะการเกณฑ์ และนอกจากนี้กฎหมายยังไม่คลุมไปถึงกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐด้วย ดังนั้นจึงส่งผลให้ทั้งรัฐและกลุ่มที่ไม่ใช่รัฐยังมีการเกณฑ์เด็กเข้าร่วมในการสู้รบเป็นทหารเด็กกันอยู่อย่างต่อเนื่อง เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงได้นำไปสู่การออกพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง "ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ ค.ศ.2000"