

บทที่ 4

บทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ก่อให้เกิดปัญหาต่อประเทศไทย

โดยทั่วไปแล้วการกำหนดบทบัญญัติใดก็ตามขึ้นมาย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลหรือประเทศที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องปกติธรรมดา บทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็เช่นกันซึ่งมีมาตราที่มีผลกระทบต่อประเทศไทยโดยตรงก็คือ มาตรา 7 สิทธิในการมีสัญชาติของเด็ก มาตรา 22 สิทธิของเด็กผู้ลี้ภัย และมาตรา 29 สิทธิทางการศึกษา ในบทนี้จึงจะศึกษารายละเอียดของผลกระทบดังกล่าว และการตั้งข้อสงวนของประเทศไทย ซึ่งเป็นทางออกในการแก้ไขผลกระทบต่อ

4.1 บทบัญญัติในอนุสัญญาสิทธิเด็กที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย

ก. ผลกระทบต่อประเทศไทยที่เกิดจากมาตรา 7

สัญชาติเป็นเครื่องหมายที่บุคคลไว้กับรัฐหนึ่งโดยถาวร เนื่องจากสัญชาติมีส่วนสำคัญในการกำหนดสถานะทางกฎหมายของบุคคลและสร้างสิทธิหน้าที่ให้แก่บุคคลนั้นให้แตกต่างไปจากสิทธิหน้าที่ของคนต่างด้าวโดยทั่วไป ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้แบ่งองค์ประกอบของสัญชาติไว้เป็น 3 ประการ คือ

1. รัฐผู้ให้สัญชาติ
2. บุคคลผู้รับสัญชาติ
3. สัญชาติอันเป็นสิ่งผูกพันระหว่างบุคคลกับรัฐ

องค์ประกอบทั้งสามประการมีความเกี่ยวพันกันอย่างแยกไม่ออก เนื่องจากรัฐเป็นเพียงผู้เดียวเท่านั้นที่จะให้หรือถอนสัญชาติคืนจากบุคคลได้ ส่วนบุคคลนั้นเป็นผู้มีสิทธิหน้าที่ในรัฐเนื่องจากมีความสัมพันธ์ต่อกัน

มาตรา 7 ทวิมาใช้แทน สาระสำคัญของมาตรา 7 ทวิ กำหนดให้เด็กลูกคนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทยไม่ได้สัญชาติ ถ้าบิดาชอบด้วยกฎหมายหรือมารดามีลักษณะการเข้าเมืองแบบพิเศษเฉพาะรายหรือชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือมีผลต่อกฎหมายดังกล่าว ให้ถือว่าเด็กผู้ที่เกิดในราชอาณาจักรไทย ซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามวรรคหนึ่ง เป็นผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทย โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และมาตรา 7 นี้ยังมีผลบังคับใช้กับผู้ที่เกิดก่อนวันที่พระราชบัญญัติสัญชาติฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 ใช้บังคับหรือก่อนวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2535 เว้นแต่เด็กหรือบุคคลอื่นใดที่รัฐมนตรีมหาดไทยมีคำสั่งให้สัญชาติตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2535 การตัดสินใจการได้สัญชาติไทยตามหลักดินแดนในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่นี้เอง ที่เป็นปัญหาและอุปสรรคในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิทธิเด็กมาตรา 7

ก่อนที่จะเข้าสู่เหตุที่เป็นปัญหาและอุปสรรคในภาพรวม ของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายไทยรวมทั้งสาระสำคัญของมาตรา 7 ของอนุสัญญาสิทธิเด็ก จะขอกล่าวถึงมาตรา 7 ทวิ พ.ร.บ. สัญชาติฉบับใหม่โดยละเอียดเสียก่อน เพื่อสะดวกแก่การจัดลำดับทางความคิด มาตรา 7 ทวิ มีหลักการเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การได้สัญชาติของเด็กที่มีฐานะเป็นบุตรและหลานของผู้อพยพดังนี้⁷ คือ

"ผู้ที่เกิดในราชอาณาจักรไทย โดยบิดาและมารดาเป็นคนต่างด้าว ย่อมไม่ได้สัญชาติไทย ถ้าในขณะที่เกิด บิดาตามกฎหมายหรือบิดาซึ่งมิได้มีการสมรสกับมารดาหรือมารดาผู้นั้นเป็น

- 1) ผู้ที่ได้รับการผ่อนผันให้พักอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทยเป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย
- 2) ผู้ได้รับอนุญาตให้เข้า ในราชอาณาจักรไทย โดยชั่วคราว หรือ
- 3) ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง

⁷พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 7 ทวิ

ในกรณีที่เห็นสมควร รัฐมนตรีจะพิจารณาและสั่งเฉพาะรายให้กับบุคคลตามสัญชาติก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

"ให้ถือว่าผู้เกิดในราชอาณาจักรไทย ซึ่งไม่ได้รับสัญชาติไทยตามวรรคหนึ่ง เป็นผู้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่จะมีการสั่งเป็นอย่างอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น"⁸

เหตุผลที่ตรามาตรานี้ ก็เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการได้สัญชาติของเด็กที่มีฐานะเป็นบุตรและหลานของผู้อพยพตลอดสาย ผู้หลบหนีเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมายเข้าเมืองโดยชั่วคราวและผู้อพยพที่ได้รับการผ่อนผันให้อยู่อาศัยในราชอาณาจักรไทยเสียใหม่เพื่อรั้งกุม

ผลกระทบของมาตรา 7 ทวิ ที่กระทบต่อสิทธิของเด็กในการได้รับสัญชาติ ก็คือกรณีของเด็กที่เป็นคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยหลังวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2535 จะไม่ได้รับสัญชาติและเด็กที่เกิดก่อน 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2536 จะไม่ได้รับสัญชาติในทุกกรณี โดยมีข้อยกเว้นให้แต่เฉพาะบุคคลที่รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งให้ได้รับสัญชาติเท่านั้น นอกจากนี้องค์ประกอบในการพิจารณามาตรา 7 ทวิ จะต้องคำนึงถึงกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองอีกด้วย เนื่องจากมาตรา 7 ทวินี้ กำหนดโดยชัดเจนถึง "ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยมิได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง" จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขสำคัญในการบังคับตามมาตรา 7 พระราชบัญญัติสัญชาติอีกกรณีหนึ่งก็คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ที่บัญญัติถึงคนที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายคนเข้าเมืองตามพระราชบัญญัตินี้ก็คือคนต่างด้าวที่เข้าประเทศไทยโดยไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารที่ชี้แทนหนังสือเดินทางเข้ามาอยู่ในประเทศไทย โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ให้ถือเป็นผู้อพยพหลบหนีเข้าเมือง ดังนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือเด็กที่เป็นลูกของบิดามารดาที่เข้าลักษณะตามมาตรา 7 ทวิ พระราชบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ไม่ได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิดตามหลักดินแดน อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 7 ทวิ พระราชบัญญัติสัญชาติไม่ได้แบ่งสรรเด็กที่มีบิดามารดาที่เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายไทยให้ชัดเจน ดังนั้นปัญหาที่มีอยู่ในสังคมไทยที่เกี่ยวกับการให้สัญชาติก็คือ เด็กบางประเภทที่ตกอยู่ภายใต้อาจะรับสัญชาติในประเทศไทย

⁸ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 82 ตอนที่ 62 พ.ศ.2535 หน้า 1-67

การจัดภาวะไร้สัญชาติเป็นจุดประสงค์และเจตนารมณ์ที่มาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็ก มุ่งจะจัดทำให้สิ้น ปัญหาสิทธิเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศก็นับเป็นสิ่งที่แก้ไขได้ยากลำบาก ดังจะเห็นได้ว่า มาตรา 7⁹ พยายามแก้ไขปัญหาเด็กที่ตกอยู่ในภาวะไร้สัญชาติด้วยมาตรการทางกฎหมาย รวมทั้งมาตรา 7 มีเจตนารมณ์ที่จะให้สิทธิแก่เด็กในการเกิดตามที่ระบุไว้ดังนี้¹⁰

"...1. เด็กจะต้องได้รับการจดทะเบียนทันทีหลังจากเกิด และจะต้องมีสิทธิจากการเกิดของตนที่จะมีขึ้น มีสิทธิที่จะมีสัญชาติ และมีสิทธิในการที่จะเป็นไปได้ที่จะรู้จักและได้รับการดูแลจากบิดามารดาของตน

2. รัฐภาคีจะดูแลให้มีการดำเนินการตามสิทธิเหล่านี้ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศของตน และพันธกรณีที่มีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศทั้งหลายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เด็กจะตกอยู่ในภาวะไร้สัญชาติ..."

ความในมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็กข้อ 1 กำหนดให้เด็กทุกคนมีสิทธิในการเกิด (the right of birth) โดยกำหนดให้มีสิทธิที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ สัญชาติ และสิทธิที่จะจดทะเบียนทันทีหลังการเกิด รวมทั้งมีสิทธิอยู่กับบิดามารดา ส่วนมาตรา 7 ข้อ 2 ของอนุสัญญานี้ก็กำหนดให้บิดามารดาต้องดำเนินการในกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณี ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ข้อตกลงระหว่างประเทศเรื่องสัญชาติอื่น ๆ หากรัฐภาคีนั้นมีพันธกรณีของข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ อยู่ นอกจากนั้นมาตรา 7 ยังเน้นการจัดภาวะไร้สัญชาติด้วย

เมื่อกล่าวถึงสาระสำคัญของมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็กแล้ว จะได้กล่าวถึงปัญหาและอุปสรรคที่เป็นภาพรวมระหว่างมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็กและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป ซึ่งประเด็นปัญหาอยู่ตรงที่จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องตั้งข้อสงวนมาตรา 7 โดยมีความเห็นในเรื่องนี้อยู่สองความเห็น ดังนี้

⁹อนุสัญญาสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ มาตรา 7

¹⁰ถ้อยคำต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับผู้ลี้ภัย อพยพหลบหนี คนต่างด้าว ฯลฯ โปรดดูรายละเอียดในมาตรา 22 บทเดียวกัน

ความเห็นแรก¹¹ การตั้งข้อสงวนมาตรา 7 เป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากถ้าไม่ตั้งเป็นข้อสงวนไว้ ประเทศไทยจะต้องแก้ไข ปรับปรุง เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติตามกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็ก รวมทั้งปรับโครงสร้างหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เช่น หลักปฏิบัติต่อคนต่างด้าวของประเทศไทยต่อเด็กทุกคน มาตรา 7 ทวิ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 และประกาศกระทรวงมหาดไทยในเรื่องสัญชาติ จะต้องถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง การยกเลิกแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นเรื่องยุ่งยากมากในการปฏิบัติเนื่องจากจะต้องใช้กลไกรัฐสภาในการแปรญัตติขอแก้ไข ส่วนเหตุผลที่สงวนประเทศไทยจะต้องดำเนินการในการสร้างความสอดคล้องของกฎหมายภายในอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็กและพันธกรณีที่มีอยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีของข้อตกลงนั้นหรือไม่ก็ตาม อนุสัญญามาตรา 7 ระบุไว้เช่นนี้ นอกจากนั้นประเทศไทยจำเป็นต้องรับภาระเด็กไร้สัญชาติด้วยการที่ประเทศไทย จะต้องเป็นผู้ให้สัญชาติแก่เด็กไร้สัญชาตินั้นเสียเองให้มีสัญชาติ กล่าวคือ บุคคลใดก็ตามที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ตกอยู่ในภาวะไร้สัญชาติในประเทศจะได้รับการแก้ไขให้มีสัญชาติ อันเป็นเหตุให้ลูกหลานผู้อพยพในประเทศที่เข้าเมืองโดยขัดต่อมาตรา 7 ทวิ พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองและขัดต่อประกาศกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการได้สัญชาติ จะได้รับสัญชาติไทยโดยอัตโนมัติ เนื่องจากประเทศไทยต้องแก้กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามมาตรา 7 ของอนุสัญญาสิทธิเด็กดังกล่าว

ความเห็นที่ 2¹² รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายภายในของอนุสัญญาสิทธิเด็ก ด้วยเหตุผลสำคัญสองประการ ประการแรก ในแง่อำนาจอธิปไตยของรัฐภาคี มาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็ก กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า "การดำเนินการตามสิทธิเหล่านั้นจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติในประเทศของตน" หมายความว่า พันธกรณีในมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็กต้องสอดคล้องกับบท

¹¹ความเห็นแรกเป็นความเห็นของตัวแทนหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาสิทธิเด็กในการประชุม The Meetings Regional Asean Nov. 1990

¹²ความเห็นที่สองเป็นความเห็นของนักวิชาการที่ศึกษาวิจัยเรื่องสิทธิเด็ก ยกตัวอย่างเช่น บทสัมภาษณ์วิฑิต มั่นตาภรณ์ สรุปรเวทีสิทธิเด็กครั้งที่ 2 (สานสัมพันธ์ฉบับพิเศษ) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ทำงานเพื่อคณะเด็ก, 2534), หน้า 30-38

บัญญัติภายในของรัฐภาคี นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 4 อนุสัญญาสิทธิเด็ก ที่เป็นมาตราหลักในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของรัฐภาคีในภาพรวมที่เรียกว่า save clause¹³ จะเห็นได้ว่ามาตรา 4 มีความสำคัญในฐานะที่เป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันสิทธิเด็กใน อนุสัญญาสิทธิเด็กด้วยเหตุที่บัญญัติว่า "รัฐภาคีจะให้มีมาตรการที่เหมาะสมทั้งทางกฎหมาย บริการและอื่น ๆ เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิที่อนุสัญญานี้ได้ให้การยอมรับ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคม และภายในวัฒนธรรมนั้น รัฐภาคีตกลงให้กรอบของการร่วมมือระหว่างประเทศหากจำเป็น" บทบัญญัตินี้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่ายอมรับมาตรการอันเหมาะสมของรัฐภาคี ตามทรัพยากรและศักยภาพที่รัฐภาคีแต่ละรัฐสามารถทำได้รวมทั้งมาตรา 7 และ มาตรา 4 ก็มีความเห็นเป็นอย่างเดียวกันว่า การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในใด ๆ ก็ตามจะต้องเกิดจากความเห็นชอบของรัฐภาคี และอนุสัญญาจะต้องเคารพกฎหมายของรัฐภาคีเป็นสำคัญ ส่วนเหตุผลประการที่ 2 จะเห็นได้ว่าแม้แต่กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปก็ยังต้องเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐบาลที่จะไม่แทรกแซงอำนาจของเรื่องภายในประเทศของรัฐภาคี รวมทั้งมีหลักกฎหมายระหว่างประเทศและคดีระหว่างประเทศในการให้สัญชาติแก่บุคคล เช่น กรณี Barcelona Traction (1964)¹⁴ กรณี Nationality Decree in Tunis & Morocco (1923) และกรณี Nettlebohm (1955) กล่าวถึงการให้สัญชาติว่า จำเป็นต้องคำนึงถึงกฎหมายภายในของแต่ละรัฐเป็นสำคัญ สมอรวมทั้งหลักการสำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยสัญชาติ ที่ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีทั้งหมดทุกฉบับต่างก็กล่าวถึงความสำคัญของกฎหมายภายในทุกอนุสัญญา จะเห็นได้ว่าจากหลักการเหตุผลตามอนุสัญญาสิทธิเด็ก หลักกฎหมายที่ตัดสินในคดีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายสัญชาติทั่วไป ตามกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนที่จะเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาสิทธิเด็กมาตีความอนุสัญญามีความเห็นเดียวกันว่าไม่มีกรณีใดที่กฎหมายระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายใน

¹³คำว่า Save clauses มีที่มาจาก Defence for Children International, The United Nation Conventions on the Rights of the child.: A guide to the "Travaux Préparatoires" (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 1-34

¹⁴D.J. HARRIS, Case & Materials on International law (London: Sweet & Max-well, 1979), p. 181, 466, 468, 709

ในเรื่องสัญชาติ เนื่องจากรัฐเป็นผู้เดียวเท่านั้นที่จะให้หรือถอนสัญชาติแก่เด็กหรือผู้ใดคนหนึ่ง ส่วนปัญหาที่ว่าประเทศไทยต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป และมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็กหรือไม่รวมทั้งประเทศไทยจำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อตกลงเหล่านี้ หรือจะต้องสร้างกฎหมายขึ้นมารองรับเด็กไร้สัญชาติหรือไม่ถ้าหากประเทศไทยยอมรับอนุสัญญาสิทธิเด็ก ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาตามอนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้กำหนดสิทธิหน้าที่หรือพันธกรณี รวมทั้งนิยามคำว่า "ภาคี" (Party) ไว้ในมาตรา 2 วรรค 1 (ค) ดังนี้ "รัฐที่ยอมรับผูกพันตามสนธิสัญญาและรัฐที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้"¹⁵ ความในมาตรา 2 วรรค 1 (ค) ก็คือ รัฐที่ผ่านขั้นตอนการทำสนธิสัญญาทุกขั้นตอนแล้วไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการเจรจา ลงนาม ให้สัตยาบันและภาคยานุวัติ ทำให้มีพันธกรณีในการรับข้อบทของอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาไว้ จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายสนธิสัญญาระบุไว้โดยชัดเจนว่า เป็นพันธกรณีเฉพาะกับรัฐที่เป็นภาคีเท่านั้น ในกรณีตามข้อบ่งชี้ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็คือ บุคคลที่สามย่อมไม่อาจอ้างประโยชน์ในสัญญาหรือไม่อาจถูกบังคับตามสัญญาได้ (Pacta tertiis nec nocent nec prosunt) มีคดีตัวอย่างที่สำคัญ ได้แก่ ความเห็นชอบ The International Law Commission Commentary,¹⁶ 1946 กล่าวว่า "ในการยอมรับพันธสัญญาสนธิสัญญาจากความเห็นชอบของรัฐที่มีส่วนร่วมในการเจรจา และรัฐที่เจรจา ลงนาม ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติ เป็นสาเหตุให้เกิดพันธกรณี"

นอกจากนี้แนวปฏิบัติจากอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็มีแนวตรงกันว่า เฉพาะประเทศที่ผ่านขั้นตอนการทำสนธิสัญญาเท่านั้นที่มีสิทธิและพันธกรณีในอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาลับใดฉบับหนึ่ง และสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาแต่ละฉบับต่างก็ต้องกำหนดไว้ว่าวิธีการให้สัตยาบันหรือการให้ภาคยานุวัติเป็นเรื่องเฉพาะตัว ไม่ได้หมายความว่าถ้าเป็นภาคีในอนุสัญญาลับหนึ่งแล้วมีการได้ท้าวความถึงอีกอนุสัญญาหนึ่งจะเท่ากับว่าเป็นภาคีในอนุสัญญาลับที่ท้าวความถึงโดยปริยาย

¹⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, เรื่องเดียวกัน

¹⁶ D.J. HARRIS, op.cit

ดังนั้นปัญหาการดำเนินการสร้างความสอดคล้องตามกฎหมายภายในอนุสัญญาสิทธิเด็กและพันธกรณีระหว่างประเทศอื่น ๆ จึงเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้อย่างที่หน่วยราชการให้ความเห็นตามความเห็นที่หนึ่งโดยเด็ดขาด เนื่องจากขาดองค์ประกอบ ตามขั้นตอนการทำสนธิสัญญา และขาดองค์ประกอบของคำตามอนุสัญญา เวียนเนาว่าด้วยสนธิสัญญา จะเน้นไม่ว่าองค์การระหว่างประเทศองค์การใด หรือผู้ใดก็ไม่อาจบังคับให้ประเทศไทย มีพันธกรณีในเรื่องที่ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาดังอื่น ๆ ที่ให้ความถึงอยู่ด้วยอย่างแน่นอน

ส่วนปัญหาที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามมาตรา 7 อนุสัญญาสิทธิเด็ก เพื่อแก้ไขปัญหาวาระไร้สัญชาติ ตามหลักการใน Hague Conventions on certain questions relating to the conflict of nationality law¹⁷ ในกรณีนี้ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาที่เกี่ยวกับสัญชาติทุกฉบับอยู่แล้ว ดังนั้น สิทธิและพันธกรณีในการจัดการไร้สัญชาติตาม Hague Conventions ย่อมไม่มีผลบังคับต่อประเทศไทยด้วย ดังนั้น การปฏิบัติต่อเด็กผู้ไร้สัญชาติของประเทศไทย จึงเป็นไปตามโครงสร้างตามกฎหมายภายในของไทย และหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป เรียกว่า มาตรฐานระหว่างประเทศขั้นต่ำ (Minimum International Standard for the treatment of aliens) ซึ่งประเทศไทยปฏิบัติตามหลักการนี้มาโดยตลอด แม้ว่าจะไม่เป็นภาคีระหว่างประเทศที่ว่าด้วยวาระการไร้สัญชาติใด ๆ เลยก็ตาม¹⁸

ความเห็นของทั้ง 2 ฝ่ายในมาตรา 7 ต่างก็เป็นความเห็นที่มีน้ำหนัก แต่อย่างไรก็ดีปัจจุบันนี้ประเทศไทยก็ได้ตั้งข้อสงวนมาตรา 7 ไปแล้ว ผลของการตั้งข้อสงวนทำให้รัฐภาคีหรือประเทศไทยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีใด ๆ ตามมาตรา 7 ทั้งสิ้น แม้ว่าในความเห็นของผู้เขียนจะเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง ที่แสดงหลักการและเหตุผลดังกล่าวไปแล้วก็ตาม

¹⁷ มีผลบังคับ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1937 ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีและไม่มีชื่อเรียกในภาษาไทย

¹⁸ D.J.HARRIS, Case & Material on International Law, ๑.200.

ข. ผลกระทบต่อประเทศไทยที่เกิดจากมาตรา 22

ปัญหาผู้ลี้ภัยเป็นปัญหากฎหมายระหว่างประเทศที่มีมาช้านาน เนื่องจากสมัยก่อนผู้ในประเทศต่างนิยมการทำสงครามด้วยเหตุผลต่าง ๆ เมื่อสงครามเกิดขึ้นประชาชนที่อยู่อาศัยในดินแดนสมรภูมิประเทศใกล้เคียง ก็ได้รับผลกระทบจนเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บล้มตาย สูญเสียทรัพย์สิน และสภาพจิตใจของประชาชนถูกทำลาย ดังนั้นประชาชนที่ประสบความทุกข์ยากลำบากเหล่านี้จึงอพยพเข้าไปในดินแดนประเทศใกล้เคียง ซึ่งทำให้ประเทศเหล่านั้นต้องรับภาระในการหาที่อยู่อาศัยหรือหาสิ่งอำนวยความสะดวกสบายอื่น ๆ จนเกิดความยุ่งยากลำบากแก่ประเทศใกล้เคียงที่เป็นแหล่งพักพิงไม่ถ้อย และเมื่อผู้ลี้ภัยที่เข้ามาไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในประเทศที่เป็นแหล่งพักพิง จึงเป็นสาเหตุให้เกิดปัญหาผู้ลี้ภัยที่สร้างผลกระทบแก่กฎหมายภายในด้วยเช่นกัน เช่น ปัญหาเด็กถูกผู้ลี้ภัยเกิดในดินแดนประเทศที่เป็นแหล่งพักพิงจะได้สัญชาติใด หรือสิทธิและหน้าที่ของผู้ลี้ภัยตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีข้อขัดแย้งกับกฎหมายภายในหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาระหว่างประเทศที่มีความสัมพันธ์กับกฎหมายภายในตลอดมา

ผู้ลี้ภัยที่เป็นเด็กเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการอพยพไปสู่ดินแดนใหม่มากกว่าผู้ใหญ่ เพราะนอกจากจะประสบกับปัญหาการขาดที่พักอาศัยเป็นหลักแหล่ง ปัญหาภาวะโภชนาการและอนามัยเหมือนกับผู้ลี้ภัยที่เป็นผู้ใหญ่ประสบแล้ว เด็กกลุ่มนี้ยังได้รับผลกระทบในการได้สัญชาติ การได้รับการศึกษา และการรู้จักเอกลักษณ์ และวัฒนธรรมประจำเชื้อชาติของตนอีกด้วย ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันจึงได้บัญญัติกฎเกณฑ์สำหรับเด็กผู้ลี้ภัยไว้เป็นพิเศษ เนื่องจากผู้ร่างคานี้เห็นว่า การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเด็กผู้ลี้ภัยในฐานะที่เป็นผู้ลี้ภัยทั่วไปเป็นการเพียงพอ จะเห็นได้ว่า มาตรการทางกฎหมายของการป้องกันประเทศที่เกี่ยวกับเด็กผู้ลี้ภัยก็คือ การที่เด็กผู้ลี้ภัยได้รับความคุ้มครองในสถานะผู้ลี้ภัยทั่วไป หลักการคุ้มครองนี้ปรากฏขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกใน *BelgoFrench Extradition Treaty*¹⁹ (พ.ศ.2477) ซึ่งมีสาระสำคัญระบุให้ประเทศเบลเยียมและฝรั่งเศสให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลี้ภัย อันเป็นหลักการพื้นฐานของเรื่องผู้ลี้ภัยในปัจจุบัน หลังจากที่สนธิสัญญา พ.ศ. 2477 ได้กำหนดขึ้น ก็เกิดอนุสัญญาและสนธิสัญญาที่เกี่ยวกับผู้ลี้ภัยมากมาย อนุสัญญามันที่สำคัญที่สุด ได้แก่ อนุสัญญาเกี่ยวกับสถานะผู้ลี้ภัย

¹⁹D. J. HARRIS,

INTERNATIONAL LAW, op.cit.,

(Convention Relating to the Status of Refugees, 1951) ความสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้โดยตรงที่ได้ให้คำนิยามของคำว่า ผู้ลี้ภัย และกำหนดสถานะภาพของของผู้ลี้ภัยอย่างเป็นทางการขึ้นเป็นครั้งแรก และยังมีพิธีสารต่อท้าย (Protocol Relating to the Status of Refugees, 1967) เพื่อขยายกฎเกณฑ์ในการให้สถานะของผู้ลี้ภัยให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

สำหรับนิยามของคำว่า ผู้ลี้ภัย ตามอนุสัญญา พ.ศ.2494²⁰ หมายถึง บุคคลใดก็ตาม ซึ่ง

ก. ต้องอยู่นอกประเทศที่ตนมีสัญชาติหรืออยู่นอกประเทศที่ตนได้มีถิ่นที่อยู่ปกติมาก่อนในกรณีของบุคคลที่ไม่มีสัญชาติ ทั้งนี้เพราะตนมีหรือได้มีความหวาดกลัวอย่างมีเหตุผล (well founded of fear) ต่อการที่จะถูกประหัตประหาร (persecution) โดยเหตุผลในเรื่องเชื้อชาติ สัญชาติและความคิดเห็นทางการเมือง

เมื่อพิจารณาคร่าวๆ เียบคานคำนิยามพบว่า ประเด็นของข้อความ "ความกลัวอย่างมีเหตุผลต่อการประหัตประหาร" เป็นเรื่องของดุลยพินิจของแต่ละบุคคลที่มีต่อประเทศที่ผู้ลี้ภัยขอเข้าพักพิง เหตุผลที่บัญญัติคำนิยามไว้เช่นนี้ เนื่องจากการระบุเหตุผลแห่งความกลัว การประหัตประหารเป็นการจำกัดประเด็นข้ออ้างของการขอลี้ภัยให้แคบที่สุด เพราะสาเหตุอื่น ๆ จะไม่เป็นสาเหตุให้สามารถอพยพออกนอกประเทศและขอเข้าพักพิงในประเทศอื่นได้ เนื่องจากเมื่อผู้ลี้ภัยคนใดอ้างสาเหตุแห่งความกลัวขึ้นมา จะต้องพิสูจน์ให้ประเทศเข้าพักพิงเห็นว่าตนกลัวการประหัตประหารจริง ๆ เลย ซึ่งบุคคลบางกลุ่มนำข้ออ้างเรื่องผู้ลี้ภัยมาแสวงหาประโยชน์ในทางอื่น ๆ นอกจากการขอเข้าลี้ภัยเพราะความกลัวอันตรายแก่ชีวิต

นอกจากคำนิยามของคำว่า ผู้ลี้ภัยแล้ว อนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยยังกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ลี้ภัยไว้ด้วย ได้แก่มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัยเช่นเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการศึกษาและยังคงหลักการของการไม่เลือกปฏิบัติเอาไว้ด้วย สำหรับสิทธิของเด็กผู้ลี้ภัยในอนุสัญญาฉบับนี้จึงกำหนดให้มีสิทธิในการศึกษา พิธีกรรมในศาสนา วัฒนธรรม ซึ่งก็เป็นหลักการสำคัญที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้ลี้ภัย²¹ เช่นกัน

²⁰ อารณีย์ พุ่มนิคม, ผู้ลี้ภัยอินโดจีน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 60-67

²¹ Convention Relation to the Status of Refugees, 1951, Art.4

ดังที่กล่าวไว้แล้วว่า เด็กเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการอพยพพลัดถิ่นมากที่สุด เนื่องจากการอพยพหลบหนีจากประเทศแม่ไปยังประเทศที่เป็นจุดรับเพื่อส่งต่อไปยังประเทศที่สาม นั้น ในช่วงที่เด็กพักแรมในประเทศที่เป็นจุดรับ เด็กกลุ่มนี้จะมีสถานะเป็นผู้ลี้ภัยเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ แต่ปัญหาที่พบในกลุ่มเด็กผู้ลี้ภัยมีในลักษณะพิเศษที่เรียกว่าปัญหาการขาดมาตรการที่เหมาะสม ได้แก่ ปัญหาการไร้สัญชาติ ปัญหาสิทธิและพันธกรณีในฐานะคนต่างด้าวและปัญหาการขาดกฎหมายเฉพาะที่เหมาะสมกับเด็กผู้ลี้ภัยสำหรับปัญหาการขาดกฎหมายที่เหมาะสมนี้เองที่เป็นเหตุให้คณะกรรมการอนุสัญญาสิทธิเด็กได้บัญญัติมาตรา 22 ขึ้นในอนุสัญญาสิทธิเด็ก เนื่องจากคณะกรรมการผู้ร่างมาตรา 22 เล็งเห็นว่าองค์การระหว่างประเทศที่มีหน้าที่โดยตรงสามารถให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิเด็กได้ดีกว่าคณะกรรมการทำเพียงลำพังและได้เพิ่มเติมรายละเอียดมากขึ้น²² สำระสำคัญของมาตรา 22 มีดังนี้

"... มาตรา 22

1. รัฐภาคีจะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้เด็กที่ร้องขอสถานะเป็นผู้ลี้ภัย หรือที่ได้รับการพิจารณาเป็นผู้ลี้ภัยตามตัวบทและกระบวนการกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะมิบัติตามราคาหรือบุคคลอื่นใดอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้รับการคุ้มครองและความช่วยเหลือในทางมนุษยธรรมตามความเหมาะสมตามสิทธิที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้และในเอกสารข้อตกลงทางสิทธิมนุษยธรรมอื่น ๆ ที่ประเทศเหล่านั้นเป็นภาคีอยู่ด้วย

2. เพื่อการนี้ รัฐภาคีจะได้มีความร่วมมือตามแต่จะเห็นเหมาะสมในความพยายามใด ๆ ขององค์การสหประชาชาติและองค์การระดับรัฐบาลอื่น ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ทางด้านนี้ หรือองค์การที่ไม่ใช่ของรัฐบาลอื่น ๆ ซึ่งร่วมมือกับองค์การสหประชาชาติที่จะให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือเด็กนั้น และช่วยสืบเสาะหาบิดามารดาหรือสมาชิกอื่น ๆ ในครอบครัวของเด็กที่ลี้ภัย เพื่อจะหาข้อมูลที่จะทำให้เด็กจะสามารถกลับคืนสู่ครอบครัวของเขาได้ใหม่ ในกรณีที่ไม้อาจหาบิดามารดาหรือสมาชิกอื่น ๆ ของครอบครัวได้พบ เด็กนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครอง

²²DCI, The United Nations Conventions on the Rights of the Child: A guide to "travaux préparatoires" (Dordrecht: Martinus Nihaff Publisher, 1992), p.69-100.

ครอง เช่นเดียวกับเด็กที่ถูกพลัดพรากจากสภาวะแวดล้อมของการเป็นครอบครัว ไม่ว่าจะดาวหรือ ชั่วคราว ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้..."

มาตรา 22 กล่าวถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัย พ.ศ.2494 ว่า "รัฐ ภาคิจจะต้องให้ความร่วมมือตามความเหมาะสมกับองค์การสหประชาชาติ และองค์การอื่น ๆ ที่ เกี่ยวข้องตามความเหมาะสม เพื่อสืบเสาะครอบครัวของเด็กผู้ลี้ภัย รวมทั้งให้ความคุ้มครอง เช่น เดียวกับเด็กที่ถูกพลัดพรากจากสภาพแวดล้อมของการเป็นครอบครัว"

เมื่อ 20 ปีก่อน²³ บัญญัติผู้ลี้ภัยเป็นปัญหาสำคัญทั้งในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในเป็นอย่างยิ่ง ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นบางประการที่ไม้อาจเข้าเป็น ภาคิอนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัย ค.ศ.1952 และพิธีสาร 1966 เนื่องจากผลกระทบทางการเมืองใน การเปลี่ยนแปลงการปกครองของประเทศไทยในกลุ่มอินโดจีนของฝรั่งเศส อันได้แก่ กัมพูชา ลาว และเวียดนาม การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์และระบบสาธารณรัฐ ไปสู่ระบบคอมมิวนิสต์สร้างความหวาดระแวงให้แก่ประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง ทำให้ประเทศไทย จำเป็นต้องมีกฎหมายสำหรับผู้อพยพ เพื่อใช้บังคับภายในประเทศไทยโดยเฉพาะ รวมทั้งเป็นข้อ อ้างในทางระหว่างประเทศ ว่ามีกฎหมายภายในเฉพาะเรื่องนี้อยู่แล้ว กฎหมายสำหรับควบคุม ผู้อพยพที่สำคัญของประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522²⁴ พระราชบัญญัติ สัญชาติ พ.ศ.2535 และกฎกระทรวงที่สำคัญได้แก่ หนังสือ มท.1678/2497 ลงวันที่ 8 เมษายน 2497 เรื่องระเบียบว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้อพยพจากประเทศใกล้เคียง ซึ่งเป็นระเบียบที่มีความ สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นระเบียบที่กำหนดการดำเนินการให้สถานะแก่ผู้หลบหนีภัยจากการ ประหัตประหารเสียใหม่ตามความจำเป็นของประเทศไทยว่า ผู้อพยพ หมายถึง "ผู้อพยพหลบภัย อันเนื่องจากการจลาจล การรบหรือการสงครามและการเข้าสู่เองโดยไม้อถูกต้องตามกฎหมายว่า ด้วยคนเข้าเมือง" ดังนั้นผู้หลบหนีภัยการประหัตประหารเข้ามาในประเทศไทยจะมีสถานะที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมายคนเข้าเมือง อันเป็นเหตุให้เกิดความชะงักงานการพัฒนาพื้นที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยใน ประเทศไทย รวมทั้งยากต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่ใช่คนในชาติ

²³ อารณ พุฒนิคม, ผู้ลี้ภัยอินโดจีน, หน้า 47

²⁴ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 23

จึงสร้างปัญหาในการปกครอง รวมทั้งปัญหาในการปฏิบัติตามกฎหมายภายในของกลุ่มผู้ลี้ภัย²⁵ ฐานผู้ลี้ภัยตามกฎหมายและผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศไทย

ปัจจุบันจำนวนเด็กผู้ลี้ภัยที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยมีจำนวนมากขึ้น ซึ่งหมายความว่าเด็กเหล่านั้นจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่จำนวนที่ใกล้เคียงกัน ดังนั้นประเทศไทยจึงมีนโยบายและกฎหมายภายในที่มีสภาพบังคับอันแข็งแรงแพที่จะแบ่งแยกสถานะคนในชาติออกจากคนต่างด้าวที่เป็นผู้ลี้ภัยอย่างเด่นชัด ดังนั้น เมื่อมาพิจารณาย้อนหลังถึงความเป็นมาของกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยในประเทศไทย ซึ่งไม่ได้แบ่งแยกกว่าเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ จะพบว่ากฎหมายไทย²⁶ ใช้คำว่า "ผู้ลี้ภัย" แทนบุคคลทุกคนที่อพยพหลบหนีเข้าสู่ประเทศไทย รวมทั้งหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องก็ไม่ใช้คำว่าผู้ลี้ภัยหากใช้คำว่า "ผู้อพยพ" และ "ผู้หลบหนีเข้าเมืองแทน" เนื่องจากการปฏิเสธการใช้คำว่าผู้ลี้ภัยทำให้ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายในเรื่องสิทธิของผู้ลี้ภัย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นหลักจารีตประเพณีหรือหลักสนธิสัญญา

สำหรับความแตกต่างของคำว่าผู้ลี้ภัย ผู้อพยพ ผู้หลบหนีเข้าเมืองในทัศนะของประเทศไทย คำว่า "ผู้ลี้ภัย"²⁷ หมายถึง "บุคคลใดก็ตามที่จำเป็นต้องหลบหนีจากประเทศอันเป็นถิ่นที่อยู่ที่เป็นถิ่นปกติของตน เพื่อไปลี้ภัยในประเทศอื่นโดยอาจมีสาเหตุได้สองประการ คือ มีสาเหตุจากภัยธรรมชาติ และสาเหตุทางการเมือง" ส่วนคำว่า "ผู้อพยพ" (Displaced Person) คือ "ผู้อพยพหลบหนีอันเนื่องมาจากการจลาจล การรบ หรือผู้ที่รัฐบาลของผู้ลี้ภัยมิได้ติดต่ออนุญาตให้เข้าประเทศเป็นทางการล่วงหน้า ที่อพยพเข้ามาโดยพลการ และเป็นบุคคลที่เข้าเมืองโดยมิถูกต้องตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองอาศัยอยู่เพียงชั่วคราว เพื่อรอการส่งกลับประเทศของตนหรือประเทศที่สาม" ส่วนคำว่า "ผู้หลบหนีเข้าเมือง" ได้แก่ "ผู้ที่อพยพจากกลุ่มประเทศอินโดจีน ภายหลังจากวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ.2520 ซึ่งได้รับการสอบสวนจากฝ่ายภายในแล้วว่าเป็นผู้อพยพที่ไม่สุจริต เช่น การอพยพเข้ามาด้วยเหตุผลเพื่อความสุขสบายส่วนตัว ทางด้านเศรษฐกิจและสังคม สำหรับบุคคลประเภทนี้ทางการไทยถือว่าเป็นบุคคลที่เข้ามาโดยมิถูกต้องตามกฎหมาย"

²⁵ อารักษ์ พงษ์นิคม, ผู้ลี้ภัยอินโดจีน, หน้า 42

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54

ดังนั้นเมื่อมาตรา 22 ของอนุสัญญาสิทธิเด็กพยายามให้สิทธิแก่เด็กผู้ลี้ภัยโดยไม่เลือกปฏิบัติเป็นการขัดแย้งต่อแนวทางปฏิบัติของไทยที่ใหม่ถือว่าเขาเป็นผู้ลี้ภัย แต่ถือว่าเป็นเพียงผู้หลบหนีเข้าเมืองที่ทมิฬกฎหมาย ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นที่จะต้องตั้งข้อพิจารณาในมาตรา 22²⁸

ก. ผลกระทบต่อประเทศไทยที่เกิดจากมาตรา 29

ศาสนาและวัฒนธรรมมีความสำคัญต่อประชาชนทุกคน เนื่องจากชนบทร่วมเนียบประเพณีที่ต่างกันย่อมทำให้เกิดความรู้สึกว่าเป็นคนละเผ่าพันธุ์กันได้ โดยเฉพาะถ้าชนานาชาติเดียวกันมีศาสนาชนบทร่วมเนียบประเพณีวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน อาจจะนำไปสู่ความยุ่งยากได้ ถ้าชนกลุ่มหนึ่งยังธำรงรักษาศาสนา วัฒนธรรม และประเพณีของตนอย่างเหนียวแน่นโดยเฉพาะการรักษาเอกลักษณ์ของตนอยู่ตลอดไป แต่อย่างไรก็ดีถ้าหากคนชาติทุกคนยอมรับการอยู่ร่วมกันโดยสันติและแต่ละฝ่ายต่างไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม ศาสนาและประเพณีที่ไม่สร้างผลกระทบซึ่งกันและกันก็สามารถอยู่ร่วมกันอย่างผสมกลมกลืนกันไป²⁹

ผลกระทบของศาสนาวัฒนธรรมประเพณีที่แตกต่างกันของคนที่อยู่ในสังคมเดียวกัน จะมีผลต่อเด็กทุกคน ดังนั้น มาตรา 29.1 ค.30 จึงระบุว่า 1. รัฐภาคีตกลงว่า การศึกษาที่ให้แก่เด็กจะต้องนำไปสู่พัฒนาการให้เคารพในบิดามารดาของเด็ก เอกลักษณ์ วัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเขา วัฒนธรรมประจำชาติของประเทศที่เด็กนั้นพำนักอาศัย ประเทศมาตุภูมิของเขา และอารยธรรมอื่นที่แตกต่างไปจากของเขาเอง เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าข้อความในอนุสัญญาหมายถึงการรับรองให้เด็กทุกคนมีสิทธิในการศึกษาเพื่อรักษาเอกลักษณ์และวัฒนธรรม ภาษาและค่านิยมซึ่งอาจจะเหมือนหรือแตกต่างไปจากวัฒนธรรมประจำชาติที่เด็กพำนักอยู่

²⁸ องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ, อนุสัญญาสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ, (กรุงเทพฯ: ฝ่ายสารนิเทศ องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ, 2534), หน้า 6

²⁹ สุรินทร์ พิศสุวรรณ, ปัญหาพรมแดนสี่จังหวัดภาคใต้ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สถาบันไทยศึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 100-114

³⁰ องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ, อนุสัญญาสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ (กรุงเทพฯ: ฝ่ายสารนิเทศ องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ, 2534), หน้า 6

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบรัฐเดี่ยว³¹ กล่าวคือ การกระจายอำนาจจากศูนย์กลางคือ กรุงเทพมหานครไปสู่ชนบท มิได้แยกเป็นเขตผล หรือเขตการปกครองอื่น ๆ แม้ว่า จะมีบางพื้นที่ ที่ปกครองโดยคณะผู้บริหารท้องถิ่นได้แก่ กรุงเทพมหานคร หรือพัทยาที่เป็นอิสระในการจัดการงบประมาณ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าพนักงานของรัฐจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง ยังคงปฏิบัติหน้าที่ และควบคุมการบริหารอยู่ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อมีความขัดแย้งระหว่างผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นข้าราชการการเมืองกับข้าราชการประจำสำนักกรุงเทพมหานคร รัฐมนตรีมหาดไทยยังคงเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดตามความในพระราชบัญญัติกรุงเทพมหานคร ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีระบบการบริหารการปกครองแบบรวมอำนาจ ยิ่งไปกว่านั้นนโยบายแห่งรัฐและบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็มีข้อความว่า "ประเทศไทยเป็นรัฐหนึ่งรัฐเดียว จะแบ่งแยกเสียไม่ได้"³² ดังนั้นแนวคิดรัฐเดี่ยวนี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นจารีตประเพณีตามกฎหมายภายในที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในที่มีได้บัญญัติขึ้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทยทุกฉบับต่างก็บัญญัติไปในทิศทางเดียวกันว่า

เมื่อพิจารณาความตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับพบว่าแนวคิดรัฐเดี่ยว เป็นกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศไทย³³ นอกจากนี้เป็นกฎหมายภายในที่เป็นลายลักษณ์อักษร³⁴ เพราะเข้าองค์ประกอบดังนี้

1. เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติต่อกันมานาน และสม่ำเสมอ
2. ประชาชนมีความรู้สึกว่าเป็นจารีตประเพณีเหล่านั้น เป็นที่ถูกต้องและจะต้อง

ปฏิบัติตาม

ดังนั้น แนวคิดรัฐเดี่ยวของประเทศไทยจึงถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีด้วยเนื่องจากเข้าลักษณะสำคัญ 2 ประการข้างต้น ความเป็นรัฐเดี่ยวอันเป็นบรรทัดฐานของสังคมนั้น เป็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³¹รัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 หมวดที่ 3 สิทธิหน้าที่ของปวงชนชาวไทย

³²เรื่องเดียวกัน

³³หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 10-12

³⁴ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 20-23

แนวคิดมีคุณค่าในทางบ่งบอกกฎหมายภายใน หรือมีคุณค่าในฐานะกฎหมายที่มีสภาพบังคับอยู่จริง (Positive Law) ซึ่งหมายถึงว่าแนวคิดรัฐเดี่ยวตามกฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายแม่บท จะต้องมีกระบวนการทางกฎหมายภายในที่สอดคล้องต้องกัน เพราะคำว่า สภาพบังคับที่มีอยู่จริง ก็คือ กระบวนการทางกฎหมายและโครงสร้างตามกฎหมายภายในที่มีสภาพบังคับและสร้างสิทธิหน้าที่แก่ประชาชนในรัฐได้อย่างจริงจัง การคุ้มครองสิทธิเด็กในเสรีภาพทางการศึกษาตามกฎหมายก็เป็นหนึ่งในกฎหมายที่อยู่ภายในกระบวนการทางกฎหมายภายในที่กล่าวมาแล้ว ฉะนั้นเพื่อทำให้กฎหมายบังคับใช้ได้จริง³⁵ โครงสร้างกฎหมายการศึกษาสำหรับเด็กของประเทศไทยจึงจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับจารีตประเพณีการยอมรับแนวคิดเดียวกัน ดังปรากฏเป็นวัตถุประสงค์ของนโยบาย มาตรการ เป้าหมายตามแผนพัฒนาการศึกษาฉบับที่ 6 ที่ว่า³⁶ "ในด้าน การบำรุงศิลปะและวัฒนธรรมไทยนั้นได้มีการพัฒนาความรู้ความสามารถในการสอนศาสนาและ จริยศึกษา บำรุงและพัฒนาหลักสูตรที่เกี่ยวกับศาสนาและจริยศึกษาให้เหมาะสมกับวัยของผู้เรียน แต่ละระดับการศึกษามากยิ่งขึ้น โดยเน้นให้ได้การเรียนรู้หลักธรรม คำสั่งสอนของศาสนาอย่าง แท้จริงตั้งแต่ชั้นพื้นฐาน พร้อมทั้งจัดทำหนังสือคู่มือและแบบเรียนต่าง ๆ ทางด้านพุทธศาสนาและ จริยธรรม นอกจากนี้ได้มีการเผยแพร่พุทธศาสนาโดยผ่านทางสื่อมวลชนทุกรูปแบบ โดยเฉพาะ วิทยุและโทรทัศน์กว้างขวางมากยิ่งขึ้น" ความในแผนพัฒนาการศึกษาฉบับที่ 6 กล่าวถึงการ ศึกษาศาสนาและวัฒนธรรมที่เน้นความเหมาะสมตามอายุของเด็ก มีการจัดทำคู่มือการสอน ศาสนาวัฒนธรรม โดยเน้นพุทธศาสนาอันเป็นศาสนาประจำชาติเป็นหลัก ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเป้าหมาย การเรียนการสอนศาสนาและวัฒนธรรมแก่เด็กในประเทศไทย ใช้กลุ่มเป้าหมายตามอายุ ของเด็กเป็นหลักมากกว่ากลุ่มเป้าหมายตามความแตกต่างทางศาสนาหรือวัฒนธรรมของเด็ก

แผนพัฒนาการศึกษาแห่งชาติฉบับที่ 7³⁷ (พ.ศ. 2535-2539) มีวัตถุประสงค์ในการจัด การศึกษาเพื่อพัฒนาคุณภาพของพลเมือง ให้มีความซื่อซึ้งและตระหนักในคุณค่าของศิลปวัฒนธรรม ท้องถิ่นของชาติ และมีความเข้าใจในศิลปะและวัฒนธรรมนานาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ

³⁵ สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ, แผนพัฒนาการศึกษาฉบับที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักนายกรัฐมนตรี, 2534), หน้า 34-41

³⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 17

³⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 19

พัฒนาเด็กอายุ 0-18 ปี โดยมีมาตรการในการพัฒนาการศึกษาเพื่อพัฒนาบุคคลตามมาตรการ
 ดังนี้คือ "...1. ส่งเสริมและสนับสนุนบทบาทของสถาบันการศึกษาในการประสานความร่วมมือ
 มือกับสถาบันทางสังคมอื่น ๆ ดำเนินการให้ศึกษา อบรมและสร้างความรู้ความเข้าใจแก่กลุ่มเป้าหมาย
 ที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชน อันได้แก่ พ่อแม่ ผู้ปกครอง ผู้ดูแลเด็ก คู่สมรส ครูอาจารย์
 ผู้เผยแพร่ศาสนา นักสื่อสารมวลชน และร่วมมือกันจัดกิจกรรมการบริการในรูปแบบที่หลากหลาย
 โดยคำนึงถึงการตอบสนองความต้องการพื้นฐานของเด็กและเยาวชนตามวัยและการปลูกฝังคุณ
 ลักษณะ อุบนิสัย การสร้างค่านิยม คุณธรรมและจริยธรรมที่พึงประสงค์ของสังคมให้เกิดขึ้นอย่าง
 ต่อเนื่องและตลอดไป เพื่อพัฒนาเด็กและเยาวชนให้มีความเจริญเติบโตทั้งในด้านร่างกาย จิต
 ใจ อารมณ์และสังคม..."

ความในแผนพัฒนาการศึกษาระดับที่ 7 สอดคล้องกับแบบพัฒนาการศึกษาระดับที่ 6 เนื่องจาก
 จากคำนี้ถึงปัจจัยความต้องการพื้นฐานของเด็ก โดยเฉพาะการปลูกฝังคุณลักษณะอุบนิสัย การ
 สร้างค่านิยม คุณธรรมและจริยธรรมจะต้องเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาของสังคมไทยซึ่งเป็นรัฐเดี่ยว
 อย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ความในแผนพัฒนาการศึกษาระดับที่ 7 ยังสอดคล้องกับการศึกษาของคน
 ไทยซึ่งต่างวัฒนธรรม ตามนโยบายและแผนพัฒนาเด็กระยะยาว พ.ศ.2522 ของสำนักงานคณะกรรมการ
 การศึกษาแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่า "ข้อเสนอแนะ เพื่อให้ความเจริญและความ
 เปลี่ยนแปลงใหม่ ๆ ตามยุคสมัยไปกระทบต่อสังคมวัฒนธรรมเดิม ซึ่งจะทำให้ชักจูงวัฒนธรรมดั้ง
 เดิมของชนกลุ่มนี้ และวัฒนธรรมของชนกลุ่มใหญ่ของประเทศเข้ามารวมกันมากขึ้นด้วยการติดต่อ
 สัมพันธ์กับการกระทำกิจกรรมร่วมกัน การดำเนินการตามข้อเสนอแนะ จะต้องทำด้วยความ
 มุ่งมั่น โดยการเคารพทัศนคติและความต้องการของชนต่างวัฒนธรรมเพราะคนเหล่านี้ไม่ยากและ
 ท้งภาษาและลักษณะวัฒนธรรมดั้งเดิมที่ถือว่ามีความค่าสูง เช่น เรื่องของศาสนาและขนบธรรมเนียม
 ประเพณีด้วย"

ส่วนข้อเสนอแนะสำหรับการแก้ปัญหาทางศาสนาและวัฒนธรรมของผู้อพยพและผู้หลบหนี
 เข้าเมือง ตามนโยบายและแผนพัฒนาดังกล่าวก็คือ "...ผู้อพยพหลบหนีเข้าเมืองที่เหลือนตกค้าง
 อยู่ โดยไม่มีชนชาติใดรับไป มาตรการที่จะนำมาใช้คงเป็นลักษณะเดียวกับชนต่างวัฒนธรรม คือ
 ด้วยวิธีการมุ่งรวม โดยพิจารณาวัฒนธรรมดั้งเดิมของชนกลุ่มนี้เป็นพื้นฐาน"

เมื่อพิจารณาข้อเสนอแนะในการเคารพวัฒนธรรมของเด็กไทยต่างวัฒนธรรมและเด็กผู้
 ลี้ภัยแล้วจะพบว่า ประเทศไทยใช้วิธีการผสมกลมกลืนอย่างมุ่งรวมเป็นมาตรการสำคัญโดยอยู่บน
 พื้นฐานแนวคิดรัฐเดี่ยวและพุทธศาสนาเป็นหลักประจำชาติตลอดมา

สำหรับความหมายของคำว่า การผสมกลมกลืน³⁸ (Assimilation) ก็คือ³⁹ "การที่แก้ปัญหาความแตกต่างทางวัฒนธรรมให้หมดสิ้นไปด้วยการทำให้ข้อแตกต่างที่เกิดขึ้นนั้นหมดไป กล่าวคือ การจัดความแตกต่างในเรื่อง ศาสนา ภาษา และขนบธรรมเนียมประเพณีให้ฝ่ายที่แตกต่างกันทิ้งเอกลักษณ์ของตน และรับเอาเอกลักษณ์ที่เป็นวัฒนธรรมประจำชาติอื่นแทน การผสมกลมกลืนอย่างนุ่มนวลนั้นจะต้องใช้วิธีนุ่มนวล เคารพสิทธิและเอกลักษณ์ที่ต่างกัน จนฝ่ายที่แตกต่างนั้นเฝ้ายอมรับนับถือเอกลักษณ์ทางศาสนา ภาษา วัฒนธรรมประจำชาติของฝ่ายที่เป็นกลุ่มใหญ่เอง"⁴⁰ จะเห็นได้ว่านโยบายการศึกษาแห่งชาติทั้งสองแบบที่กล่าวถึง การพัฒนาการศึกษาเน้นการศึกษา ศาสนา วัฒนธรรม ขนบประเพณีของเด็กแบบผสมกลมกลืน โดยมุ่งให้ฝ่ายที่แตกต่างเข้ามามีส่วนร่วมด้วยฝ่ายที่เป็นหลักหรือระดับชาติแทน

เมื่อพิจารณาตามตรา 29 พบว่าการศึกษาวัฒนธรรม ศาสนาของเด็กนั้นเป็นแบบของการอยู่ร่วมกันแบบ พหุนิยม (Pluralism)⁴¹ กล่าวคือ มิได้มุ่งให้ฝ่ายที่แตกต่างทอดทิ้งเอกลักษณ์ประจำเชื้อชาติ ภาษา ศาสนา และวัฒนธรรมของตน เพียงแต่ต้องการให้มีความภักดีต่อประชาคมทางการเมือง และรับเอาขนบธรรมเนียมวัฒนธรรมของฝ่ายที่เป็นหลัก โดยยอมรับความแตกต่างทางวัฒนธรรมแต่สามารถอยู่ร่วมกันได้จึงเห็นได้ว่าจะต้องเกิดวัฒนธรรมประจำชาติแยกต่างหากจากวัฒนธรรมประจำถิ่น ดังนั้น ความพยายามในการทบทวนหลักสูตรการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมให้เป็นอย่างเดียวกัน เช่น บทบัญญัติมาตรา 29 อนุสัญญาเด็กกำหนดไว้จึงเป็นไปได้ ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องตั้งข้อสงวนแทนมาตรา 29

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁸อมรา พงศาภิณ, "ปัญหาแนวคิดเรื่องชนกลุ่มน้อย" เอกสารประกอบการสอนชุด วิชาปัญหาการเมืองส่วนภูมิภาคและชนกลุ่มน้อย หน่วยที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักเทคโนโลยีทางการศึกษา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531) หน้า 35-50

³⁹ลิขิต ธีรเวคิน, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, หน้า 7-25

⁴⁰สุรินทร์ พิศสุวรรณ, ปัญหาพรมแดนจังหวัดภาคใต้, หน้า 140-145

⁴¹เรื่องเดียวกัน หน้า 9-18

4.2 การตั้งข้อสงวนของประเทศไทย

หลักการตั้งข้อสงวนตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาตามมาตรา 3 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้คำนิยามว่า⁴²

"คำประกาศฝ่ายเดียวไม่ว่าจะทำในรูปแบบใดหรือโดยวิธีการใด ซึ่งกระทำโดยรัฐ เมื่อรัฐนั้นลงนาม ให้สัตยาบัน ยอมรับหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาหรือภาคยานุวัติสนธิสัญญา โดยวิธีการนำข้อสงวนนี้ทำให้รัฐนั้นหลุดพ้น หรือแก้ไขผลทางกฎหมายของบทบัญญัติบางบทบัญญัติในสนธิสัญญาได้เมื่อจะเข้าบังคับกับรัฐนั้น"

ดังนั้นถ้าพิจารณาตามหลักการของการตั้งข้อสงวนแล้วของความผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐภาคีว่ารัฐภาคีนั้นจะรับพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติทั้งหมดหรือรับแต่เพียงบางส่วนหรือการแก้ไขกฎหมายหรือการตีความกฎเกณฑ์ข้อผูกพันต่าง ๆ ที่จะมีต่อตน สำหรับหลักการตั้งข้อสงวนที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 ถึงมาตรา 23 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสงวนเพื่อสรุปได้ดังนี้⁴³

1. สิทธิในการตั้งข้อสงวน เป็นที่ยอมรับกันว่าทำได้นานขณะที่มีการลงนาม การให้สัตยาบัน การให้ความเห็นชอบหรือการภาคยานุวัติ แต่สิทธิเหล่านี้ย่อมมีข้อจำกัดกล่าวคือ
 - ก. ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นมีข้อกำหนดไม่ให้มีการตั้งข้อสงวนอย่างชัดเจน กรณีเช่นนี้จะมีการตั้งข้อสงวนไม่ได้
 - ข. ในกรณีที่สนธิสัญญาได้กำหนดประเภทของข้อสงวนไว้อย่างชัดเจน กรณีเช่นนี้จะมีการตั้งข้อสงวนไม่ได้
 - ค. ในกรณีที่ข้อสงวนขัดกับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา กรณีเช่นนี้ข้อสงวนดังกล่าวไม่สามารถทำได้ (มาตราที่ 19)

⁴²ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 95

⁴³Bowett, Reservation to Non-restricted Multilateral Treaties (London; Sweet & Maxwell, 1976), pp. 68-74

2. สิทธิในส่วนของรัฐคู่สัญญาอื่นนั้น อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ได้บัญญัติไว้ในมาตราที่ 20 โดยวางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า ข้อสงวนที่เข้าขึ้นตามข้อกำหนดในสนธิสัญญามิต้องได้รับจากรัฐคู่สัญญาอื่นอีก เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดให้ทำเช่นนั้น (มาตรา 20 วรรค 1)⁴⁴

3. ผลของการตั้งข้อสงวนตามข้อที่ 19, 20 และ 23 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาที่ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1916 ที่ทำกับรัฐภาคีอื่น ๆ ย่อมมีผลเป็นการแก้ไขผลของสนธิสัญญาสำหรับรัฐที่ทำข้อสงวนกับรัฐคู่สัญญาอื่น โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสงวน..(มาตรา 21 วรรค 1) แต่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐคู่สัญญาอื่นด้วยกันนั้น ข้อสงวนจะไม่มีผลบังคับ กล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ตั้งข้อสงวนกับรัฐคู่สัญญาอื่น ๆ ย่อมเป็นไปตามข้อสงวน การแก้ไขบทบัญญัติหรือผลของสนธิสัญญาแต่อย่างใด (มาตรา 21 วรรค 2)⁴⁵

4. ขั้นตอนการทำข้อสงวนตามมาตรา 23 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา พ.ศ.2512 กำหนดให้ข้อสงวน คำคัดค้านข้อสงวนและการยอมรับข้อสงวนอย่างชัดเจน ต้องทำเป็นหนังสือจดแจ้งต่อรัฐคู่สัญญาอื่น ๆ รวมทั้งรัฐที่มีสิทธิเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาหรือสนธิสัญญา รวมทั้งกำหนดให้ข้อสงวนทำได้นั้นจะลงนามในสนธิสัญญาที่จะต้องให้สัตยาบัน ข้อสงวนนี้จะต้องได้รับการยอมรับและได้รับการยืนยันจากรัฐที่ทำข้อสงวนในเวลาที่มีการแสดงความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญานั้นด้วย

สำหรับการตั้งข้อสงวนตามอนุสัญญาสิทธิเด็ก มาตรา 51⁴⁶ เปิดโอกาสให้ทุกประเทศสามารถตั้งข้อสงวนได้ตามความจำเป็นของรัฐ ดังที่สาระสำคัญของมาตรา 51 ได้ระบุไว้ว่า

"...1. เลขาธิการสหประชาชาติจะรับและส่งข้อความของข้อสงวนใด ๆ ที่ประเทศหรือรัฐต่าง ๆ มีในขณะให้สัตยาบันและเข้าร่วมอนุสัญญาไว้ให้กับทุก ๆ รัฐหรือทุกประเทศ

⁴⁴ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, หน้า 98

⁴⁵โปรดดูเพิ่มเติม Award in the UK/French Continental Shelf Arbitration, Uni in RSA, 1 x III, pp.3

⁴⁶F.Alston, A guide to some legal aspects connected to the Ratification of the Convention on the Rights of the Child (Canberra, 1991), p. 1-4

2. ไม่อนุญาตให้มีข้อสงวนใดๆ ที่ขัดกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของอนุสัญญาฉบับนี้
3. ข้อสงวนต่าง ๆ อาจถูกเพิกถอนในเวลาใดก็ได้ โดยแจ้งแก่เลขาธิการสหประชาชาติผู้ซึ่งจะต้องนำข้อสงวนนี้เสนอแก่ประเทศหรือรัฐต่าง ๆ ต่อไป การแจ้งเพิกถอนดังกล่าวจะมีผลตั้งแต่วันที่เลขาธิการได้รับการแจ้งนั้น..."

เมื่อพิจารณารายละเอียดในมาตรา 51 แล้ว พบว่าอนุสัญญาสิทธิเด็กอนุญาตให้ตั้งข้อสงวนได้ ทั้งในขั้นตอนของการให้สัตยาบัน และการให้ภาคยานุวัติแต่ที่สำคัญก็คือ ไม่มีข้อความในมาตรา 51 ที่ระบุให้จำกัดสิทธิรัฐภาคีในการตั้งข้อสงวน ตราบเท่าที่รัฐภาคีตั้งข้อสงวนตามความจำเป็นของรัฐโดยถูกหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป⁴⁷ ตลอดจนไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของรัฐและจุดมุ่งหมายของอนุสัญญาสิทธิเด็กแล้ว รัฐภาคีทุกรัฐจะตั้งข้อสงวนได้ทุก ๆ มาตราตามเงื่อนไขในการตั้งข้อสงวนดังกล่าวมาแล้ว ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีรัฐหนึ่ง ย่อมจะมีสิทธิในการตั้งข้อสงวนได้เช่นกัน⁴⁸ เหตุผลและหลักการของประเทศไทยกับการตั้งข้อสงวนก็คือ จะต้องรักษาเสถียรภาพและความมั่นคงแห่งชาติเป็นประเด็นหลัก เนื่องจากประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาการแทรกแซงทางการเมืองและได้รับผลกระทบจากวิกฤตการณ์ทางการเมืองภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองของประเทศเพื่อนบ้านมาโดยตลอด กล่าวคือ ปัญหาแรก เรื่องการอพยพหลบหนีเข้าเมืองของผู้อพยพชาวอินโดจีนโดยผิดกฎหมายของประเทศไทย ปัญหาที่สองเรื่องสิทธิในการได้สัญชาติของเด็กที่เป็นลูกคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมาย รวมทั้งปัญหาสำคัญที่ใกล้เคียงกับสองปัญหาแรกก็คือ ปัญหาความพยายามแยกตัวหรือเรียกร้องความเป็นอิสระของบุคคลบางกลุ่มที่ได้มาอาศัยพักพิงในประเทศ จะเห็นได้ว่าสามปัญหาลึกที่ประเทศไทยกำลังเผชิญอยู่ต่างก็เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกันอย่างแยกไม่ออก ตัวอย่างเช่น เมื่อกล่าวถึงเด็กเชื้อชาติลาวอพยพที่ถือกำเนิดในในประเทศไทย ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ตามมาก็คือเด็กผู้นี้จะเข้าหลักเกณฑ์การได้สัญชาติโดยหลักดินแดนตามกฎหมายไทยหรือไม่ เมื่อเติบโตถึงขั้นเข้าศึกษา เด็ก

⁴⁷Bowett, Reservation to Non-restricted Multilateral Treaties, p.82-84

⁴⁸F.Altons, The United Nations Convention on the Rights of the Child, p.50-53

ผู้มีสิทธิที่จะเรียกร้องการเจริญวัฒนธรรม ประชาชาติพันธุ์ของคนในดินแดนไทยได้ขนาดไหน เพียงใดและเมื่อย้อนกลับมาพิจารณาพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เด็กลาวอพยพซึ่งได้เกิดในดินแดนไทย ดังนั้น เด็กผู้นี้จึงไม่ใช่ผู้เข้าเมืองไทยโดยผิดกฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กล่าวโดยสรุปได้ว่า "ผู้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง" จะถือเป็นผู้ที่มีความผิด ดังนั้นเด็กผู้นี้จึงไม่ใช่ผู้กระทำความผิดเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การใช้สัญชาติตามมาตรา 7 ทวิ ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยประสบกับความยุ่งยากจากการที่มีบุคคลต่างเชื้อชาติเข้าพักพิงอาศัยในประเทศไทยไม่ใช่น้อย เพราะเกิดความลึกลับในการให้สถานะแก่บุคคลต่างด้าวไม่ว่าเด็กหรือผู้ใหญ่ ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยจึงจำเป็นต้องพิทักษ์สิทธิของคนชาติให้อยู่เหนือกว่าคนต่างด้าว เพื่อผลประโยชน์ของชาติและเพื่อรักษาเสถียรภาพและความมั่นคงแห่งชาติเป็นหลัก เพราะถ้าหากประเทศไทยนำหลักการปฏิบัติเยี่ยงชนในชาติ (National treatment)⁴⁹ อันเป็นหลักการที่กล่าวถึงการปฏิบัติของรัฐต่อคนชาติและคนต่างด้าว ตามมาตรฐานการดำรงชีวิตทุกด้านอย่างเท่าเทียมกันมาใช้ในการปฏิบัติจริงแล้วคงต้องสร้างความยุ่งยากและก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสถียรภาพความเป็นรัฐของประเทศไทยอย่างแน่นอน ดังนั้น การปฏิบัติต่อคนต่างด้าวประเทศไทยจึงเลือกใช้หลักมาตรฐานขั้นต่ำของคนต่างด้าว (Minimum standard for aliens)⁵⁰ อันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญอีกประการหนึ่งเช่นเดียวกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชนในชาติมาแทน

แต่อย่างไรก็ดี ข้อควรระวังในการนำหลักมาตรฐานขั้นต่ำของคนต่างด้าวมาประยุกต์ใช้หรือนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในให้พึงระลึกไว้เสมอว่า จะต้องไม่เป็นการสร้างมาตรฐานสองระดับ (Double Standard) เนื่องจากมีมาตรฐานสองระดับในกฎหมายในเรื่องเดียวกันจะง่ายต่อการเลือกปฏิบัติของรัฐภาคี ดังนั้นเพื่อป้องกันการถูกกล่าวหาจากประชาคมระหว่างประเทศว่าจะเกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นภายในประเทศตามกฎหมายภายใน ประเทศไทยจึงได้

⁴⁹J.A.S. Greenville, the Major International treaties 1914 - 1973:A History and Guide with Texts (London: Methuen & Co,1974), .p.7

⁵⁰M. Akehurst, Introduction to International Law, p.80

สร้างกฎหมายเพื่อรักษาเสถียรภาพของรัฐในเรื่องการให้สัญชาติและการเข้าเมืองของคนต่างด้าว
 ที่ไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายสำคัญที่บัญญัติขึ้นได้แก่ พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.
 2508 ซึ่งถูกแก้ไขโดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติ
 สัญชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2521 กฎกระทรวงมหาด
 ไทย พ.ศ.2530 และประกาศ กฎกระทรวงมหาดไทยที่เกี่ยวข้อง เหตุผลสำคัญตามหลักดินแดน
 บัญหาผลกระทบของประเทศที่ได้รับจากผู้ลี้ภัยและปัญหาการเรียกร้องขอให้ปฏิบัติตามวัฒนธรรม
 ของคนต่างด้าว เป็นเหตุผลสำคัญที่ประเทศไทยจะต้องตรากฎหมายพิเศษกลุ่มนี้ขึ้นดังตัวอย่าง
 ของเหตุผลและหลักการตามพระราชบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ที่ระบุว่า "เหตุผลในการประกาศใช้
 พระราชบัญญัติฉบับนี้หรือโดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับคนถือสัญชาติไทยของ
 บุคคลผู้มีสัญชาติไทย และได้สัญชาติอื่นด้วย ตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของบิดาหรือมารดา หรือ
 บุคคลที่ให้สัญชาติไทย จากการแปลงสัญชาติของบิดามารดา โดยให้บุคคลดังกล่าวต้องแจ้งความ
 งานและสละสัญชาติไทยในกรณีที่ประสงค์ถือสัญชาติอื่นต่อไป" ความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติ
 และ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ทำให้เกิดความไม่สะดวกในการใช้ นอก
 จากนั้นยังมีหลักเกณฑ์บางประการที่ควรแก้ไขเพิ่มเติมให้รัดกุมยิ่งขึ้น จึงเห็นเป็นการสมควรที่จะ
 ปรับปรุงกฎหมายนี้และรวมให้เป็นฉบับเดียวกัน จะเห็นได้ว่าจากตัวอย่างเหตุผลและหลักการตรา
 พระราชบัญญัติสัญชาติมีเพื่อความรัดกุมและความสะดวกในการได้สัญชาติไทย ซึ่งอาจจะสรุปได้ว่า
 ปัญหาที่เกิดจากคนต่างด้าวที่เข้ามาพำนักในดินแดนไทยเป็นเหตุผลที่ทำให้กฎหมายชุดนี้เกิดขึ้น
 ดังนั้นประเทศไทยจึงจำเป็นต้องตั้งข้อสงวนในมาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 29 ไว้
 เพราะเหตุผลที่สำคัญประการนี้คือ ถ้าหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสิทธิเด็กโดยไม่
 ตั้งข้อสงวน ไม่ว่าเพียงข้อหนึ่งหรือทั้งหมด กฎหมายสำคัญชุดนี้จะก่อให้เกิดการแก้ไข
 ปรับปรุงโครงสร้าง และหน่วยราชการของรัฐที่จะต้องเปลี่ยนแปลงที่ให้แก่ข้าราชการทั้งระบบ
 ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ในทางปฏิบัติจริงสำหรับประเทศที่กำลังพัฒนา ประการที่ 2 ถ้าหากนำเนื้อ
 ความของมาตรา 7 มาตรา 22 และมาตรา 29 มาพิจารณาร่วมกันจะพบว่าวัตถุประสงค์ของ
 มาตรา 7 ก็คือรัฐภาคีต้องให้สัญชาติแก่เด็กทุกคน ในขณะที่มาตรา 22 กล่าวถึงสิทธิหน้าที่ของ
 เด็กผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญาสิทธิเด็กและพันธกรณีระหว่างประเทศ ส่วนมาตรา 29 มีวัตถุประสงค์ให้
 เด็กทุกคนมีสิทธิศึกษาและรัฐภาคีต้องเคารพวัฒนธรรมประจำเชื้อชาติของเด็กทุกคน หากยอมรับ
 เช่นนี้แล้วสิ่งที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติต่อสิทธิเด็กใน 3 มาตรานี้ก็คือ ประเทศไทยจะต้องให้

สัญญาโดยการยอมให้ปฏิบัติตามศาสนพิธี วัฒนธรรม และอื่น ๆ ตามเชื่อชาติและความเชื่อถือของเด็ก ซึ่งเป็นสิ่งที่ประเทศไทยไม่อาจปฏิบัติได้

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังจำเป็นต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งชาติเป็นสำคัญอีกด้วย เพราะหน่วยงานภาครัฐของประเทศไทยได้ให้ความหมายของความมั่นคงแห่งชาติไว้ว่า "การให้อิทธิพลของชาติหรือสวัสดิภาพของประชาชนอยู่ในความมั่นคงและปลอดภัย รวมตลอดถึงการที่ประเทศไทยดำรงอยู่ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ภายใต้รัฐธรรมนูญไทย"⁵¹ ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นใดที่มีผลกระทบต่อเสถียรภาพและความมั่นคงแห่งชาติจึงเป็นสิ่งที่จะต้องเฝ้าระวังต่อประเทศไทยในการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อใช้ในประเทศ และเมื่อนำมาเทียบเคียงกับหลักการอนุสัญญาสิทธิเด็กที่กล่าวมาทำให้ประเทศไทยยังมีความจำเป็นต้องตั้งข้อสงวนอย่างยิ่ง เพราะถ้าหากนโยบายนรวมทั้งหลักการและเหตุผลทางกฎหมายสิทธิคนต่างด้าวชุดนี้ของประเทศไทยได้จัดลำดับความสำคัญให้แก่ความมั่นคงมาเป็นอันดับแรกแล้ว การตั้งข้อสงวนใน 3 มาตรานี้ อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการประสานประโยชน์ในการนำกฎหมายระหว่างประเทศเข้าสู่กฎหมายภายในที่เหมาะสมกับความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตลอดจนอนามัยของประเทศไทย สำหรับหลักความมั่นคงนั้นมีข้อสังเกตว่าอนุสัญญาสิทธิเด็กมาตรา 4 ก็กำหนดให้การนำมาตรการอนุสัญญาสิทธิเด็กอันเป็นหลักการอนุสัญญาที่กำหนดหน้าหลักกฎหมายระหว่างประเทศเข้าสู่กฎหมายไทยหรือกฎหมายภายใน โดยคำนึงถึงหลักความมั่นคงถึงอนามัยโดยใช้ถ้อยคำเดียวกัน ดังนั้น หลักการตามมาตรา 4 ของอนุสัญญาสิทธิเด็กได้แสดงให้เห็นแล้วว่า อนุสัญญานี้คำนึงถึงเสถียรภาพของรัฐภาคีเป็นสำคัญ เนื่องจากมาตรา 4 นี้มีชื่อเรียกเฉพาะว่า Save clause

เมื่อพิจารณามาตรา 51 วรรค 1 และวรรค 2 อนุสัญญาสิทธิเด็ก ครอบคลุมประเด็นสำคัญในการตั้งข้อสงวน 2 กรณี กรณีแรกภาคีอนุสัญญา⁵²สามารถตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาสิทธิเด็กโดยไม่ต้องขอการยอมรับจากรัฐอื่น เพราะไม่มีข้อความในมาตรา 51 ที่จำกัดสิทธิและความเสมอภาคในการตั้งข้อสงวน กรณีที่สอง การเวียนข้อสงวนเป็นเพียงการรับและส่งข้อสงวนไปสู่อีกประเทศหนึ่ง

⁵¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495,

⁵² J.A.S. Greenville, The Major International Treaties 1914 - 1973: A History and Guide with Texts, p.96

ภาคีด้วยกันเท่านั้น รัฐภาคีอื่นไม่มีสิทธิที่จะมาตัดสินว่ารัฐใดตั้งข้อสงวนได้หรือไม่เนื่องจากการตั้งข้อสงวนแต่ละรัฐเป็นขั้นตอนการตัดสินใจที่ผ่านกระบวนการภายในประเทศ ซึ่งเป็นกิจการภายในประเทศของแต่ละประเทศและอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ สำหรับหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ประกาศเป็นข้ออ้างตามมาตรา 20 อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ก็ไม่อาจยกมาอ้างได้ เนื่องจากไม่มีข้อความในอนุสัญญาสิทธิเด็ก กล่าวสนับสนุนหรือเป็นไปในทางเดียวกับมาตรา 20 ดังนั้น รัฐภาคีอื่นไม่มีอำนาจแทรกแซงหรือยับยั้งการตั้งข้อสงวนของรัฐใดได้นอกจากนี้อารัมภบทของอนุสัญญายังระบุอย่างชัดเจนว่า

"...Recognizing the importance of International Co-operation for improving the living conditions of children in every country, in particular in the developing countries..."

จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของอนุสัญญานี้เน้นความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะให้ความช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนา การตั้งข้อสงวนก็เป็นการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศ⁵³ เพราะเป็นทางออกของแต่ละรัฐในการแก้ปัญหาภายใน ดังนั้นก่อนที่ประเทศไทยจะเข้าภาคยานุวัติอนุสัญญา ประเทศไทยได้ศึกษาท่าทีของภาคีอนุสัญญาในเรื่องความสามารถในการตั้งข้อสงวน พบว่าเป็นไปตามความเห็นที่ 2 ในการตีความมาตรา 51 ของประเทศกล่าวคือ ทุกประเทศที่จะให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญาสามารถตั้งข้อสงวนได้เท่าที่ประเทศนั้นต้องการ ตัวอย่างที่สำคัญได้แก่ ประเทศทั้งหมดที่เป็นประเทศที่ก่อตั้งอนุสัญญา คือประเทศแคนาดา อียิปต์ มาลี เม็กซิโก ปากีสถาน และสวีเดน ต่างก็ตั้งข้อสงวนต่างมาตรากัน แต่ก็ไม่ถูกโต้แย้งสิทธิในการตั้งข้อสงวนแต่ประการใด

⁵³Mcnair, The Vienna Conventions on the law of treaties,

(London: Sweet & Maxwell, 1971), p. 69-72.