

บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถาน

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทยนั้น พบว่าในปัจจุบันการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทย นอกจากจะมีมาตรการทางกฎหมายในการป้องกัน และคุ้มครองตัวโบราณสถานแล้ว ยังมีมาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมสิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถานด้วย โดยปัจจุบันมาตรการทางกฎหมายในการป้องกัน และคุ้มครองตัวโบราณสถาน เช่น การขึ้นทะเบียนโบราณสถาน การกำหนดเขตโบราณสถาน ส่วนมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถาน เช่น การควบคุมความสูงของอาคารที่อยู่โดยรอบโบราณสถาน การดูแลรักษาความสะอาดรอบโบราณสถาน เป็นต้น หากพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศและกฎบัตรระหว่างประเทศแล้ว พบว่า มาตรการทางกฎหมายเหล่านี้ถือว่ามีความจำเป็นต่อการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทยและยังมีข้อควรพิจารณาหลายประการ โดยผู้ศึกษาแยกวิเคราะห์สภาพปัญหาในการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทยซึ่งเป็นการพิจารณาจากเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงและปัญหาทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทยซึ่งเป็นการพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์โบราณสถาน ดังนี้

4.1 สภาพปัญหาการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทย

ประเทศไทยมีโบราณสถาน โบราณวัตถุและแหล่งโบราณคดีจำนวนมากที่กระจายอยู่ทั่วประเทศไทย โบราณสถานบางแห่งขึ้นทะเบียนกับกรมศิลปากรและมีโบราณสถานบางแห่งอยู่ระหว่างการสำรวจของกรมศิลปากร จากการศึกษาพบปัญหาที่เกิดขึ้นกับโบราณสถานในประเทศไทยหลายประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับการทำให้เกิดความเสียหายแก่โบราณสถานโดยตรงปัญหานี้ ได้แก่

การบุกรุกเข้าไปสร้างอาคารหรือโรงเรือนในเขตโบราณสถาน และโดยรอบของโบราณสถานเช่น ในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีพบว่าเอกชนเข้าไปก่อสร้างอาคารหรือโรงเรือนบริเวณวัดปิ่นหรือบริเวณสระมนโนราห์ หรือมีการก่อสร้างบ้านเรือนลงบนกำแพงเมืองซึ่งเป็นกำแพงดินในเขตพื้นที่เมืองเก่าเชียงใหม่ เป็นต้น

การออกเอกสารสิทธิเช่น การออกโฉนดที่ดินทับลงบนคูเมืองหรือกำแพงเมืองซึ่งถือว่าเป็นโบราณสถาน¹ หรือการออกโฉนดที่ดินติดกับโบราณสถาน²

การที่กรมศิลปากรหรือสำนักงานธนารักษ์พื้นที่และเป็นหน่วยงานซึ่งดูแลพื้นที่โบราณสถานอนุญาตให้เอกชนเช่าที่ดินบริเวณคูเมืองเพื่อปลูกสร้างโรงเรือนหรืออาคารพาณิชย์³ ในบริเวณคูเมืองหรือกำแพงเมือง

การลักลอบเข้าไปขุดค้นหาโบราณวัตถุจากฐานเจดีย์หรือการรื้ออิฐเก่าจากแนวกำแพงเมืองซึ่งเป็นโบราณสถานไปก่อสร้างอาคารหรือโรงเรือนของตนเอง

การรื้อถอนอาคารศาลฎีกาตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ.2531 ซึ่งอาคารศาลฎีกามีความเป็นมาและคุณค่าทางประวัติศาสตร์ถือเป็นโบราณสถาน

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับการทำให้เกิดความเสียหายแก่โบราณสถานโดยอ้อม ปัญหา
นี้ ได้แก่

การก่อสร้างอาคารหรือโรงเรือนประชิดหรือบดบังโบราณสถานเช่น กรณีบริเวณทางเข้าวัดสันเปาโล เอกชนที่มีเอกสารสิทธิการถือครองที่ดินได้ปลูกสร้างอาคารหรือโรงเรือนในที่ดินของตนเองจนกระทั่งสูงบดบังทัศนียภาพของโบราณสถาน

การทำให้โบราณสถานเสื่อมโทรม เสื่อมคุณค่าความสวยงาม เกิดทัศนียภาพอุจาดแก่โบราณสถานเช่น ในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีพบปัญหากรณีโรงพยาบาลนครจันทหารบก ซึ่งเป็นโบราณสถานที่ถูกสร้างขึ้นในสมัยจอมพล ป.พิบูลสงคราม และเป็นหนึ่งในหกอาคารที่เหลืออยู่ในจังหวัดลพบุรี ทางธนารักษ์พื้นที่จังหวัดลพบุรีได้ให้เอกชนเช่าอาคารเพื่อทำสำนักงานต่อมาอาคารดังกล่าวได้มีการทาสีบริเวณภายนอกอาคาร(สีฟ้าสด) และนำป้ายโฆษณาปิดชื่ออาคารซึ่งมีมาแต่โบราณ ทำให้คุณค่าของอาคารซึ่งเป็นโบราณสถานเสื่อมคุณค่าลง นอกจากนี้ยังพบปัญหาว่าบริเวณโดยรอบบ้านวิชาเยนทร์หรือบ้านหลวงรับราชทูต เทศบาลได้ใช้เป็นที่วางถังขยะทำให้บริเวณดังกล่าวสกปรกมีกลิ่นเหม็น และบริเวณด้านหลังบ้านวิชาเยนทร์ยังใช้เป็นที่จอดรถประจำทาง ส่วนด้านทิศตะวันออกของบ้านวิชาเยนทร์เป็นที่ตั้งของบริษัทขายอุปกรณ์การก่อสร้างได้ใช้กำแพงของวัดปิ่นเป็นรั้วบ้านของตนเองโดยไม่มีการกันพื้นที่ให้ห่างจากบ้านวิชาเยนทร์ กรณีจึงถือว่าการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายต่อแหล่งศิลปกรรมคือโบราณสถาน และทำให้เกิด

¹ ภูธร ภูมะธน. 2534. ความสำคัญของคูเมือง คันดิน และกำแพงเมืองลพบุรี. หน้า 44 และหน้า 49.

² สุจิตต์ วงษ์เทศ. (2553). ชาวบ้านกับโบราณสถาน. สืบค้นเมื่อ 24 ตุลาคม 2555, จาก

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PsJLmHHgZToJ:www.thaigoodview.com/node/81416>

³ ภูธร ภูมะธน. เล่มเดิม. หน้า 44.

ทัศนอุจาดไม่เป็นที่ประทับใจของนักท่องเที่ยวทำให้มีการร้องเรียนถึงการใช้ประโยชน์ในที่ดินโดยรอบโบราณสถาน

นอกจากนี้ถนนฝรั่งเศสซึ่งเป็นถนนที่ทางจังหวัดลพบุรีตั้งชื่อเพื่อจัดงานฉลองความสัมพันธ์ทางการทูตไทย-ฝรั่งเศส ครบรอบ 300 ปี ในปี พ.ศ.2528 มีสภาพสกปรกมากเพราะทุกเช้าจะกลายเป็นที่ขายของสดที่ชาวบ้านนำมาวางขาย และบนถนนสายนี้จะมีต้นมะกอกที่นำมาจากประเทศฝรั่งเศสปลูกไว้ ปรากฏว่าบริเวณโคนต้นไม้กลายเป็นที่ทิ้งขยะของประชาชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณถนนสายนี้ โดยไม่ให้ความสำคัญต่อถนนฝรั่งเศสที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์⁴

ประการที่สาม ปัญหาการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการอนุรักษ์โบราณสถานขาดการประสานงานร่วมมือกับหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทำให้ขาดหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบอย่างชัดเจน และการขาดความร่วมมือกันในการบังคับใช้กฎหมาย พร้อมทั้งยังเกิดความขัดแย้งระหว่างหน่วยงานที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบในการอนุรักษ์โบราณสถาน

ประการที่สี่ ปัญหาการมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์โบราณสถานทำให้มีการแยกหน่วยงานที่รับผิดชอบไม่ว่าจะเป็นกรมศิลปากร สำนักนโยบายและแผนพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กรมโยธาธิการและผังเมือง องค์การปกครองท้องถิ่น เป็นต้น

ประการที่ห้า ปัญหาการที่ผู้นำชุมชน หรือบุคคลในชุมชนขาดความรู้ความเข้าใจ ในคุณค่าและความสำคัญของโบราณสถานซึ่งเป็นมรดกทางวัฒนธรรมอันสืบทอดถึงอนุชนรุ่นหลังได้ ทำให้ชุมชนขาดการมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์โบราณสถาน

ประการที่หก ปัญหาการที่รัฐไม่ให้ความสำคัญอย่างแท้จริง จึงไม่ได้วางระบบในเรื่องการบริหารจัดการโบราณสถาน⁵ ประกอบกับองค์การภาคเอกชนในการอนุรักษ์โบราณสถานขาดการได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐ เพื่อส่งเสริมให้เกิดการอนุรักษ์โบราณสถาน

กล่าวโดยสรุป สภาพปัญหาการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทย มีสาเหตุมาจากการกระทำสองลักษณะ คือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการทำลายโบราณสถานโดยตรง เช่น การบุกรุก การขุดค้นหาโบราณวัตถุ และการไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างแท้จริง ประการที่หนึ่ง และการกระทำที่มีลักษณะทำให้โบราณสถานเสื่อมโทรม เสียคุณค่าความสวยงาม เกิดทัศนอุจาด ซึ่งกรณีนี้จะเป็นการทำให้โบราณสถานเสื่อมคุณค่าลงโดยมิได้เป็นการทำลายโบราณสถาน

⁴ 13 สิ่งแวดล้อมศิลปกรรม-สำนักงานจังหวัดลพบุรี, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2555.

จาก <http://www.lopburi.go.th/RM8/RM8/AM01/8antine.doc>

⁵ สำนักนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, (2554). ชุดความรู้ด้านการอนุรักษ์ พัฒนา และบริหารจัดการเมืองเก่า เล่ม 5 การจัดทำแผนงาน/โครงการอนุรักษ์ พัฒนา และบริหารจัดการเมืองเก่าสำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง. หน้า 8.

โดยตรงเช่น การก่อสร้างอาคารหรือโรงเรียนประชิดกับโบราณสถาน หรือการก่อสร้างอาคารสูงหรือเท่ากับโบราณสถานจนกระทั่งบดบังโบราณสถาน หรือการก่อสร้างอาคารที่ไม่มีสภาพกลมกลืนกับโบราณสถาน การวางผังขยะใกล้โบราณสถาน การทำสื่ออาคารสิ่งก่อสร้างที่ไม่กลมกลืนกับโบราณสถาน เป็นต้น ทั้งนี้สภาพปัญหาดังกล่าวอาจเกิดจากการกระทำของหน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบ หรืออาจจะเกิดจากประชาชนที่ตั้งใจหรือโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โบราณสถาน ปัญหาดังกล่าวนำมาสู่การศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโบราณสถาน โดยโบราณสถานถือเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่ตกทอดจากบรรพบุรุษตั้งแต่อดีตจนกระทั่งถึงปัจจุบัน จำเป็นที่เราในฐานะอนุชนรุ่นหลังต้องรักษามรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวมิให้ถูกทำลาย เสียหาย หรือเสื่อมคุณค่าลง

4.2 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถาน

เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการอนุรักษ์โบราณสถานของไทยมีมากมายหลายฉบับ ทั้งที่เป็นกฎหมายหลักเกี่ยวข้องโดยตรงในการอนุรักษ์โบราณสถาน และกฎหมายที่มีลักษณะส่งเสริม สนับสนุนในการอนุรักษ์โบราณสถานทางอ้อม ทั้งนี้กฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการคุ้มครอง ดูแลรักษา และอนุรักษ์โบราณสถาน คือ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 ส่วนกฎหมายและระเบียบอื่นนั้นถือได้ว่าเกี่ยวข้องในลักษณะโดยอ้อม ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะมีส่วนในการช่วยส่งเสริมหรือสนับสนุนการอนุรักษ์โบราณสถาน ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงศึกษาและแยกวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถาน ดังนี้

4.2.1 การป้องกันและคุ้มครองโบราณสถาน

เนื่องจากพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 มาตรา 7 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาและการควบคุมโบราณสถานให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษาขึ้นทะเบียนโบราณสถานใดๆ ตามที่อธิบดีเห็นสมควร และให้อำนาจกำหนดเขตที่ดินตามที่เห็นสมควรเป็นเขตของโบราณสถาน โดยให้ถือว่าเป็นโบราณสถานด้วยก็ได้ ประกาศดังกล่าวนี้ อธิบดีจะเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมก็ให้กระทำได้โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา...” บทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการมุ่งป้องกันและคุ้มครองตัวโบราณสถาน โดยการขึ้นทะเบียนและการกำหนดขอบเขตของโบราณสถาน โดยผู้ศึกษาขอแยกพิจารณาวิเคราะห์ปัญหาเป็นประเด็นดังต่อไปนี้ คือ การกำหนดความหมายของคำว่า “โบราณสถาน” และการกำหนดเขตโบราณสถาน

ประเด็นที่หนึ่ง การกำหนดความหมายของคำว่า “โบราณสถาน” ปัจจุบันครอบคลุมเพียงใด สำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่จะถือเป็นโบราณสถานได้นั้น จะต้องมีความหมายตามที่ได้ปรากฏในพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 โดย “โบราณสถาน” หมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุ หรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี ทั้งนี้ให้รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์ และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย

ดังนั้น อสังหาริมทรัพย์ที่จะถือได้ว่าเป็นโบราณสถาน จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

1) ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ ตามความหมายของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 139 ซึ่งบัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดินและทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น”

2) โดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้างหรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี

ดังนั้น อสังหาริมทรัพย์ที่จะเป็นโบราณสถานได้นั้น จะต้องพิจารณาจากอายุ ลักษณะการก่อสร้าง หรือหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะต้องเป็นประโยชน์ต่อศาสตร์แขนงหนึ่งแขนงใดใน 3 แขนง คือ ศาสตร์ทางศิลปะ ศาสตร์ทางประวัติศาสตร์ ศาสตร์ทางโบราณคดี

3) รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์ และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย

สำหรับแหล่งโบราณคดี (Archaeological Sites) หมายถึง บริเวณที่พบหลักฐานและร่องรอยที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของมนุษย์ในอดีต แหล่งโบราณคดีอาจเป็นพื้นที่ซึ่งพบหลักฐานเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ หรือบริเวณที่พบร่องรอยกิจกรรมอื่น ๆ รวมทั้งร่องรอยของสิ่งก่อสร้างหรือศาสนสถาน แหล่งโบราณคดีที่มีความสำคัญต่อการศึกษาวิถีชีวิตและวิถีชีวิตของมนุษย์หลักฐานทางโบราณคดีที่ได้จากการขุดค้นตามแหล่งโบราณคดี หรือพื้นที่ประกอบกิจกรรมของคนมีความสำคัญต่อการตีความสังคมและวัฒนธรรมในอดีตมาก โดยทั่วไปแหล่งโบราณคดีถูกจัดแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ แหล่งที่อยู่อาศัย (Habitation Sites) แหล่งที่ฝังศพ (Burial Sites)

แหล่งผลิตเครื่องมือเครื่องใช้ (Industrial Sites) แหล่งที่เกี่ยวกับศาสนาหรือศาสนสถาน (Religion Sites)⁶

สำหรับอุทยานประวัติศาสตร์ หมายถึง บริเวณที่มีหลักฐานสำคัญทางประวัติศาสตร์ สมัยใดสมัยหนึ่งของประเทศ หลักฐานและความสำคัญดังกล่าวอาจเป็นทางวัฒนธรรม การเมือง และสังคมวิทยาได้⁷

หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าคำว่า “โบราณสถาน” ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ให้ความหมายเฉพาะแต่ อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติ ของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดีเท่านั้น กรณียังไม่ สอดคล้องกับอนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลกที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาซึ่งทำให้ ประเทศไทยมีหน้าที่ในการอนุรักษ์แหล่งมรดกทางวัฒนธรรมและมรดกทางธรรมชาติ โดย อนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลกมีจุดเริ่มต้นจากแนวความคิดใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนนั่นคือ การ อนุรักษ์ที่คำนึงถึงการอนุรักษ์ทางวัฒนธรรมและธรรมชาติในฐานะที่เป็นองค์ประกอบของกันและ กัน เพราะเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของมนุษย์ถูกกำหนดขึ้นในสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์อาศัยอยู่ และ บ่อยครั้งที่ผลงานสร้างสรรค์ของมนุษย์มีความสวยงามได้ก็เพราะธรรมชาติที่แวดล้อม โดย อนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลกได้แบ่งมรดกโลกออกเป็น มรดกโลกทางวัฒนธรรม และมรดกโลก ทางธรรมชาติ โดยความหมายของมรดกโลกทางวัฒนธรรม มีความหมายครอบคลุมถึงสิ่งต่างๆ ดังนี้

“อนุสรณ์สถาน” หมายถึง ผลงานทางสถาปัตยกรรม ผลงานทางประติมากรรมหรือ จิตรกรรม ส่วนประกอบหรือโครงสร้างของโบราณคดีธรรมชาติ จารึก ถ้ำที่อยู่อาศัย และร่องรอย ที่ผสมกันของสิ่งต่างๆ ข้างต้น ซึ่งมีคุณค่าโดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์

“กลุ่มอาคาร” หมายถึง กลุ่มของอาคารที่แยกจากกันหรือเชื่อมต่อกันโดยลักษณะทาง สถาปัตยกรรม หรือโดยความสอดคล้องกลมกลืน หรือโดยสถานที่จากสภาพภูมิทัศน์ ซึ่งมีคุณค่า โดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์

⁶ แหล่งโบราณคดี. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2555, จาก http://eestud.kku.ac.th/~u4020226/archeology_6_ch_2.htm

⁷ พิสิฐ เจริญวงศ์ และทรศนิยา กัลยาณมิตร. สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่มที่ 16. นิยามต่างๆ. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2555, จาก http://guru.sanook.com/encyclopedia/นิยามต่าง_ๆ

“แหล่ง” หมายถึง ผลงานที่เกิดจากมนุษย์ หรือผลงานที่เกิดจากมนุษย์และธรรมชาติ และบริเวณอันรวมถึงแหล่งโบราณคดี ซึ่งมีค่าโดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบความหมายของคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรม” ตามอนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลกกับคำว่า “โบราณสถาน” ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 แล้วจะเห็นได้ว่าโบราณสถานถือเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรม การให้ความหมายของคำว่า “โบราณสถาน” โดยหมายถึง อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี จึงยังไม่ครอบคลุมถึงประโยชน์ในทางสถาปัตยกรรมหรือทางวัฒนธรรมซึ่งอนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลก ให้ความคุ้มครองผลงานทางสถาปัตยกรรม และเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมที่มนุษย์กำหนดขึ้นในสิ่งแวดล้อมที่มนุษย์อยู่อาศัย

นอกจากนี้ความหมายของโบราณสถานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎบัตรสากลแห่งเมืองเวนิสว่าด้วยการสงวนรักษาและบูรณะอนุสรณ์สถานและแหล่งที่ตั้ง (Internationnal Charter for the Conservation and Restoration of Monuments and Sites, 1964 หรือ The Vinice Charter) ซึ่งเป็นกฎบัตรที่มีความสำคัญต่อการอนุรักษ์โบราณสถานและแหล่งที่ตั้ง(Historic Monuments and Sites) เมืองประวัติศาสตร์(Historic Towns) แหล่งที่ตั้งประวัติศาสตร์(Historic Sites) ตลอดจนมรดกทางวัฒนธรรมประเภทอื่นๆ พบว่ากฎบัตรเวนิสได้นิยามความหมายของคำว่า “โบราณสถาน” (Historic Monuments) ว่า “...ไม่ได้หมายถึงแต่สิ่งก่อสร้างทางสถาปัตยกรรมอย่างเดียวเท่านั้นแต่ยังรวมถึงบริเวณเมืองหรือชนบทที่พบหลักฐานของอารยธรรมใดอารยธรรมหนึ่ง พัฒนาการสำคัญหรือเหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์” และกฎบัตรเวนิสยังได้ขยายความหมายของโบราณสถานว่า “...ไม่ได้จำกัดเพียงเฉพาะผลงานทางศิลปะที่ยิ่งใหญ่ แต่ยังรวมถึงผลงานจากอดีตที่ธรรมดากว่านั้นซึ่งสะสมคุณค่าทางวัฒนธรรมและกาลเวลาที่ผ่านไป”⁸ ดังนั้น ความหมาย

⁸ Article 1 The concept of a historic monument embraces not only the single architectural work but also the urban or rural setting in which is found the evidence of a particular civilization, a significant development or a historic event. This applies not only to great works of art but also to more modest works of the past which have acquired cultural significance with the passing of time.

ของโบราณสถานตามกฎหมายได้จำกัดเฉพาะสิ่งก่อสร้างทางสถาปัตยกรรมเท่านั้น แต่ยังให้ความสำคัญกับบริเวณเมืองหรือชนบทที่แสดงถึงความสำคัญเชิงวัฒนธรรมตามกาลเวลาด้วย

สำหรับมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาและคุ้มครองโบราณสถานและสิ่งแวดล้อมโบราณสถานของประเทศญี่ปุ่นนั้น ให้ความสำคัญแก่สิ่งก่อสร้างและมรดกทางวัฒนธรรมโดยการออกกฎหมายอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมที่ครอบคลุมถึงวัฒนธรรมทางด้านวัตถุ วัฒนธรรมทางจิตใจ ขนบธรรมเนียมประเพณีที่สัมพันธ์กับชีวิตประจำวัน สถานที่ที่มีความสวยงามด้านทัศนียภาพ หรือสถานที่ที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ รวมถึงกลุ่มอาคาร หรือบ้านโบราณที่แสดงถึงจริตประเพณีหรือทำให้ระลึกถึงเหตุการณ์ในอดีต

กล่าวโดยสรุป คำว่า “โบราณสถาน” ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 เมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลก กฎบัตรเวนิส และมาตรการทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถานและสิ่งแวดล้อมโบราณสถานของประเทศญี่ปุ่นแล้วเห็นได้ว่าความหมายของ “โบราณสถาน” ตามกฎหมายของไทยยังไม่ครอบคลุมถึงอสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ในทางสถาปัตยกรรมและในทางวัฒนธรรม

ประเด็นที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดเขตโบราณสถานที่ไม่ชัดเจนแน่นอน และการกำหนดเขตโบราณสถานทับซ้อนกับที่ดินของเอกชน

ปัญหาการกำหนดเขตโบราณสถานที่ไม่ชัดเจนนั้น พบว่าจากการศึกษาโบราณสถานในพื้นที่เมืองเก่าลพบุรี⁹ เห็นว่าการกำหนดเขตโบราณสถานนั้นใช้แนวปฏิบัติของกรมศิลปากรในการกันพื้นที่บริเวณรอบโบราณสถานเป็นเขตโบราณสถาน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันสภาพแวดล้อมของโบราณสถานไม่ให้มีสิ่งรบกวนหรือเบียดบังอาคารซึ่งเป็นโบราณสถานหรือป้องกันการกระทำใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อโบราณสถาน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ด้านความงามของโบราณสถาน การปรับปรุงภูมิทัศน์ และการกำหนดรายการในอนาคตเช่น การขุด

⁹ มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี หน่วยอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรมท้องถิ่นจังหวัดลพบุรี. (2554). เอกสารการศึกษาแนวทางเพื่อจัดทำแผนและผังแม่บทการอนุรักษ์และพัฒนาเมืองเก่าลพบุรี. หน้า 2. ทิศเหนือ จดแม่น้ำลพบุรีฝั่งตรงข้ามวัดมณีชลขันธ์ไปตามแนวเขตพื้นที่ราชพัสดุจตุรคลองเรือกฝั่งเหนือ ทิศตะวันออก จดแนวคลองเรือกฝั่งตะวันออกลงมาทางใต้ จดถนนรามเดโช เลียบทางทิศตะวันออกของถนนรามเดโชและเชื่อมกับแนวเขตวัดสันเปาโลด้านตะวันออก ผ่านถนนชนะสงครามจตุรคลองปี ทิศใต้ จดแนวเขตห่างจากถนนชนะสงคราม ถนนประจักษ์และถนนพระรามระยะห่างจากเขตใต้ 100 เมตร ทิศตะวันตก จดถนนเลียบวัดโพธิ์งามเชื่อมกับถนนพรหมมาสเตอร์ ข้ามแม่น้ำลพบุรีไปจดแม่น้ำลพบุรีฝั่งตรงข้ามวัดมณีชลขันธ์

ค้น-ขุดแต่งทางโบราณคดีเพื่อศึกษาหลักฐานทางโบราณคดีของโบราณสถานแห่งนั้น ๆ เพิ่มเติมจึงกำหนดแนวปฏิบัติโดยผู้อำนวยการสำนักงาน หัวหน้ากลุ่มวิชาการ นักโบราณคดี และนายช่างสำรวจ ที่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตโบราณสถาน¹⁰ หากเป็นโบราณสถานในเขตเมืองและชุมชนแออัดการกำหนดเขตโบราณสถานอย่างน้อยจะกำหนดโดยกว้างยาวด้านละ 20 เมตรจากตัวโบราณสถานที่แท้จริง¹¹ เช่น การกันเขตห่างจากกำแพงเมืองหรือคูเมืองชั้นนอกออกไปไม่น้อยกว่า 20 เมตร เป็นเขตโบราณสถาน และจากการสัมภาษณ์หัวหน้ากลุ่มงานโบราณคดี สำนักศิลปากรที่ 4 จังหวัดลพบุรี พบว่าระยะห่างระหว่างตัวโบราณสถานต้องไม่น้อยกว่า 20 เมตร โดยวัดจากขอบนอกสุดของโบราณสถานเป็นเขตโบราณสถาน เพื่อเป็นการป้องกันและคุ้มครองโบราณสถานจากการบุกรุก

นอกจากนี้พบว่าการกำหนดเขตโบราณสถานในพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีจะไม่มีป้ายแสดงให้เห็นขอบเขตพื้นที่ของโบราณสถานว่าเขตโบราณสถานอยู่พื้นที่ไหน มีเพียงป้ายประกาศของกรมศิลปากรที่กำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดเท่านั้น การไม่มีป้ายบอกเขตโบราณสถานที่ชัดเจนอาจทำให้เอกชนที่อยู่ใกล้เคียงรุกล้ำเข้ามาในเขตโบราณสถานโดยไม่มีเจตนา

ส่วนปัญหาการกำหนดเขตโบราณสถานทับซ้อนกับที่ดินของเอกชน พบว่าประกาศของกรมศิลปากรเรื่อง การกำหนดเขตโบราณสถานเป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากร โดยอาศัยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ทั้งนี้ ผู้ศึกษาพบว่าอธิบดีกรมศิลปากรจะประกาศเขตโบราณสถานโดยกำหนดจำนวนเป็นบริเวณพื้นที่กว้าง ๆ ไว้ก่อนเช่น การกำหนดเขตโบราณสถานของวัดสันเปาโล กรมศิลปากรได้ประกาศบริเวณพื้นที่ไปทับซ้อนกับที่ดินมีโฉนดของเอกชนทำให้เอกชนไม่สามารถก่อสร้างตัดแปลงอาคารในเขตโบราณสถานได้เนื่องจากจะมีผลกระทบต่อโบราณสถานเคยมีกรณีเจ้าของที่ดินขออนุญาตต่อเติมห้องครัวออกไป แต่กรมศิลปากรไม่อนุญาตเนื่องจากเห็นว่าอาจมีผลกระทบต่อโบราณสถานเพราะควันจากการประกอบอาหารเป็นสาเหตุให้โบราณสถานเสียหาย การไม่อนุญาตของกรมศิลปากรมีผลกระทบต่ออำนาจกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินและกระทบต่อแผนกรรมสิทธิ์ และจากการสัมภาษณ์ผู้ปฏิบัติงานบริหาร สำนักงานที่ดินจังหวัดลพบุรี พบปัญหาการ

¹⁰สรุปความจาก“แนวปฏิบัติในการสงวนรักษาโบราณสถานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ” พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2548 . หน้า 103 – 104.

¹¹ กรมศิลปากร. (2533). *ทฤษฎีและแนวปฏิบัติการอนุรักษ์อนุรักษ์สถานและแหล่งโบราณคดี*. หน้า

โต้แย้งสิทธิในที่ดินระหว่างเอกชนกับกรมศิลปากร โดยเอกชนได้ขอให้เจ้าหน้าที่ที่ดินดำเนินการรังวัดที่ดินของตน แต่กรมศิลปากรได้มาคัดค้านโดยอ้างว่าที่ดินดังกล่าวอยู่ในเขตโบราณสถาน การกำหนดเขตพื้นที่โบราณสถานของกรมศิลปากรจะใช้แผนที่ในสมัยสมเด็จพระนารายณ์ ขณะเดียวกันการออกเอกสารสิทธิของเอกชนบางรายเป็นโฉนดที่ดินในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

นอกจากนี้ยังพบปัญหาว่าในพื้นที่เมืองเก่าลพบุรี มีการนำที่ดินที่อยู่ในเขตโบราณสถานไปให้เช่า โดยที่ดินดังกล่าวอยู่ในความดูแลของกรมศิลปากร หรือสำนักงานธนารักษ์พื้นที่ลพบุรี จากการสัมภาษณ์เอกชนที่ปลูกสร้างบ้านอยู่ติดกับประตูชัย (กำแพงเมืองโบราณ) ช่างผังเมือง ระดับ 5 เทศบาลเมืองลพบุรี และอดีตประธานชมรมอนุรักษ์โบราณวัตถุสถานและสิ่งแวดล้อมจังหวัดลพบุรี หรือจากการสัมภาษณ์เอกชนที่อาศัยอยู่ในเขตโบราณสถานอื่น ๆ พบว่ากรมศิลปากรจะให้เอกชนเช่าเป็นรายปีโดยคำนวณตามเนื้อที่ดินซึ่งเอกชนครอบครองอยู่ โดยมีเงื่อนไขว่าห้ามก่อสร้าง ซ่อมแซม โดยทุกปีจะมีเจ้าหน้าที่กรมศิลปากรมาถ่ายรูปสภาพภายนอกและภายในบ้านเพื่อให้เจ้าของบ้านทำการตัดแปลงหรือซ่อมแซมบ้าน ทำให้บ้านเรือนที่อยู่อาศัยของเอกชนในเขตโบราณสถานไม่มีการซ่อมแซม บางบ้านเป็นเพียงเพิงสังกะสี ทำให้บ้านเรือนที่ปลูกอยู่บริเวณนั้นมีสภาพทรุดโทรม พื้นที่บางพื้นที่กลายเป็นแหล่งเสื่อมโทรม

นอกจากนี้ยังมีกรณีศึกษาพื้นที่ในกรุงรัตนโกสินทร์¹² โดยการสัมภาษณ์ กรรมการชุมชนป้อมมหากาฬและอาศัยอยู่บริเวณป้อมมหากาฬซึ่งเป็นโบราณสถานในเขตพื้นที่กรุงรัตนโกสินทร์พบว่าการประกาศเขตโบราณสถานแต่เดิมการประกาศเขตก็เฉพาะตัวป้อมและ

¹² พื้นที่โครงการกรุงรัตนโกสินทร์มีเนื้อที่ทั้งหมดประมาณ 5.8 ตารางกิโลเมตร แบ่งออกเป็น 3 บริเวณ บริเวณที่ 1 บริเวณกรุงรัตนโกสินทร์ชั้นในคือบริเวณที่มีอาณาเขตล้อมรอบ ด้วยแม่น้ำเจ้าพระยา และคลองคูเมืองเดิม (คลองหลอด) มีเนื้อที่ประมาณ 1.8 ตารางกิโลเมตร ตั้งอยู่ในท้องที่แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร บริเวณที่ 2 บริเวณกรุงรัตนโกสินทร์ชั้นนอก คือบริเวณที่มีอาณาเขตล้อมรอบด้วยคลองคูเมืองเดิม แม่น้ำเจ้าพระยาด้านทิศเหนือ คลองรอบกรุง (คลองบางลำพู-คลองโอ่งอ่าง) และแม่น้ำเจ้าพระยาด้านทิศใต้ มีเนื้อที่ประมาณ 2.3 ตารางกิโลเมตร ตั้งอยู่ในท้องที่แขวงชนะสงคราม แขวงบวรนิเวศ แขวงสำราญราษฎร์ แขวงศาลเจ้าพ่อเสือ แขวงเสาชิงช้า แขวงราชบพิธ แขวงตลาดยอด และแขวงวังบูรพาภิรมย์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร บริเวณที่ 3 บริเวณฝั่งธนบุรี ตรงข้ามบริเวณกรุงรัตนโกสินทร์ คือบริเวณที่มีอาณาเขตล้อมรอบด้วยแม่น้ำเจ้าพระยา คลองบางยี่ขัน ซอยวัดดาวดึงษ์ ซอยวัดคูสุทธาราม คลองขนมจิน คลองบางกอกน้อย คลองบ้านขมิ้น คลองวัดอรุณ คลองบางกอกใหญ่ ซอยวัดกัลยาณ์ ถนนเทศบาลสาย 1 และซอยสมเด็จพระเจ้าพระยา 1 มีเนื้อที่ประมาณ 1.7 ตารางกิโลเมตร ตั้งอยู่ในท้องที่แขวงบางยี่ขัน เขตบางพลัด แขวงอรุณอมรินทร์ แขวงศิริราช เขตบางกอกใหญ่ แขวงวัดกัลยาณ์ เขตธนบุรี และแขวงสมเด็จพระเจ้าพระยา เขตคลองสาน กรุงเทพมหานคร

กำแพงเมืองเท่านั้นไม่ครอบคลุมบริเวณชานกำแพงเมืองซึ่งเป็นพื้นที่ระหว่างหน้าป้อมกับคูเมือง ประกอบกับการที่ไม่มีป้ายบอกขอบเขตทำให้ประชาชนไม่รู้ว่าเขตโบราณสถานที่จะกันเป็นพื้นที่กันชนระหว่างโบราณสถานกับพื้นที่ของเอกชนมีระยะที่แน่นอนเท่าไรจึงทำให้เอกชนเข้าไปอยู่อาศัยด้วยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์เพราะเอกชนเห็นว่าเป็นพื้นที่ว่างเอกชนสามารถจับจองเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้

กล่าวโดยสรุปจากการศึกษาโบราณสถานในพื้นที่เมืองเก่าลพบุรี และโบราณสถานในกรุงรัตนโกสินทร์ พบปัญหาการกำหนดเขตโบราณสถานของประเทศไทยด้วยกันสองประการคือ ประการที่หนึ่ง การไม่สามารถกำหนดเขตโบราณสถานได้ชัดเจนแน่นอนและการไม่มีป้ายแสดงถึงขอบเขตโบราณสถาน ประการที่สองคือ การประกาศเขตโบราณสถานทับซ้อนกับที่ดินของเอกชนที่มีเอกสิทธิ์การถือครองที่ดินอยู่ ทำให้เอกชนที่เป็นเจ้าของที่ดินต้องถูกจำกัดสิทธิตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504



ภาพที่ 3.1 ภาพป้ายประกาศของกรมศิลปากรที่ไม่มีการกำหนดแนวขอบเขตของโบราณสถาน



ภาพที่ 3.2 ภาพป้ายประกาศของกรมศิลปากรที่ไม่มีการกำหนดแนวขอบเขตของโบราณสถาน

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ในเรื่องการกำหนดเขตโบราณสถานพบว่าหากอสังหาริมทรัพย์นั้นครบหลักเกณฑ์ที่เป็นโบราณสถานตามกฎหมายแล้ว อธิบดีกรมศิลปากรมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษาขึ้นทะเบียนอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็น “โบราณสถาน” และให้มีอำนาจกำหนดเขตที่ดินตามที่เห็นสมควรเป็นเขตของโบราณสถาน โดยให้ถือว่าเป็นโบราณสถาน ปัญหาทางกฎหมายในการป้องกันและคุ้มครองโบราณสถานที่สำคัญตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 คือ การกำหนดเขตโบราณสถาน โดยมาตรา 7 วรรคแรก ที่ให้อำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรกำหนดเขตโบราณสถานตามที่เห็นสมควร แม้จะเป็นการบัญญัติกฎหมายในทางให้สามารถเกิดผลบังคับได้จริง แต่ในทางปฏิบัติก่อให้เกิดความไม่แน่นอนรวมถึงประสิทธิภาพในการบังคับใช้ กล่าวคือ กรมศิลปากรจะอ้างแนวปฏิบัติของกรมศิลปากรที่ต้องกันพื้นที่โดยรอบตัวโบราณสถานไม่น้อยกว่า 20 เมตร โดยการวัดจากขอบนอกสุดของโบราณสถานเป็นเขตโบราณสถาน และการไม่มีป้ายประกาศเขตโบราณสถาน

สำหรับแนวปฏิบัติของกรมศิลปากรที่ใช้ในการกันพื้นที่เป็นเขตโบราณสถานนั้น ไม่ถือว่ามิลักษณะเป็นกฎหมาย เพราะกฎหมายต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ในสังคมซึ่งมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ ซึ่งกฎหมายต้องมีลักษณะสองประการ ดังนี้



ภาพที่ 3.3 กำแพงเมือง (ประตูชัย)



ภาพที่ 3.4 ป้อมปราการ (บริเวณชุมชนบ้านป้อม)

ลักษณะประการที่ 1 กฎหมายต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผน หมายถึง กฎเกณฑ์ที่จะเป็นกฎหมายได้นั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ที่เป็นมาตรฐานชี้ว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดผิดหรือถูกอย่างไร

ลักษณะประการที่ 2 ต้องมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ หมายถึง กฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีกระบวนการบังคับที่แน่นอนโดยรัฐ เช่น ถ้าใครกระทำความผิดกฎหมายแล้วก็จะมีการตรวจสอบจับกุม มีอัยการทำหน้าที่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ศาลจะเป็นผู้พิจารณาลงโทษ¹³

หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติของกรมศิลปากรดังกล่าวขาดกระบวนการบังคับที่แน่นอนโดยรัฐ เพราะแนวปฏิบัติเป็นเพียงการนำไปปฏิบัติภายในหน่วยงานของกรมศิลปากรเท่านั้นไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายที่จะบังคับได้จริง

สำหรับปัญหาการประกาศเขตโบราณสถานทับซ้อนที่ดินของเอกชนนั้น เมื่อมีการประกาศขึ้นทะเบียนโบราณสถานและกำหนดเขตโบราณสถานแล้ว ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 จะมีการห้ามมิให้บุคคลใดปลูกสร้างอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารในเขตโบราณสถานเว้นแต่จะได้อนุญาตเป็นหนังสือจากอธิบดีกรมศิลปากร¹⁴ และห้ามมิให้บุคคลใดซ่อมแซม แก้ไข เปลี่ยนแปลง รื้อถอน ต่อเติม ทำลายเคลื่อนย้ายโบราณสถานหรือส่วนต่างๆของโบราณสถาน หรือขุดค้นสิ่งใด ๆ หรือปลูกสร้างอาคารภายในบริเวณโบราณสถาน เว้นแต่จะกระทำตามคำสั่งของอธิบดีหรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากอธิบดี และหนังสืออนุญาตอาจกำหนดเงื่อนไขประการใดก็ได้ต้องปฏิบัติตามนั้น¹⁵ ซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือสิทธิของเอกชน จากการศึกษพบว่า การประกาศเขตโบราณสถานทับซ้อนที่ดินของเอกชนมีผลกระทบต่อสิทธิเอกชนที่มีอาคาร หรือโรงเรือนอยู่ในเขตโบราณสถาน โดยวิเคราะห์จากหลักการทางกฎหมาย ดังนี้

1) หลักกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายเอกชนที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน¹⁶ และกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้คุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอันที่จะมีสิทธิจำหน่าย จ่ายโอนทรัพย์สิน ใช้สอยทรัพย์สิน ได้ดอกผล ดิดตามเอา

¹³ สมยศ เชื้อไทย. (2547). คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป. หน้า 64-65.

¹⁴ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 มาตรา 7 ทวิ.

¹⁵ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 มาตรา 10.

¹⁶ หยุต แสงอุทัย. (2552). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 81.

คืนทรัพย์สินจากบุคคลจากผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1336

กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิในทางทรัพย์สินส่วนบุคคลที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติ¹⁷ซึ่งมนุษย์ทุกคนมีติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และเป็นที่ยอมรับกันว่าบุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสิทธิดังกล่าวย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากรัฐ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลย่อมปลอดจากการแทรกแซงของอำนาจรัฐเว้นแต่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจะกระทำต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และรัฐต้องจ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรมแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์¹⁸

เมื่อบุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใด ก็ย่อมมีสิทธิใช้สอย จำหน่าย ได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น ตลอดจนติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากบุคคลที่ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ และขัดขวางมิให้บุคคลใดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนเองโดยมิชอบ แต่ถ้าเป็นที่ดินนอกจากเจ้าของจะมีสิทธิดังกล่าวแล้ว ยังมีสิทธิเหนือพื้นดินและใต้พื้นดินอีกด้วย สิทธิเหนือพื้นดินและใต้พื้นดินนี้เรียกว่า แฉกแห่งกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1335¹⁹ ดังนั้น การประกาศเขตโบราณสถานทับซ้อนกับที่ดินของเอกชน ย่อมมีผลกระทบต่ออำนาจกรรมสิทธิ์และแฉกกรรมสิทธิ์ทำให้สิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินและอำนาจแห่งแฉกกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของที่ดินถูกจำกัดสิทธิโดยทำให้เจ้าของที่ดินไม่สามารถสร้างอาคารหรือโรงเรือนสูงกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ หรืออาจไม่สามารถดัดแปลงอาคารเพื่อประโยชน์ในการใช้สอยอย่างอื่น

2) หลักการใช้สิทธิของเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ว่ากรรมสิทธิ์เป็นสิทธิในทางทรัพย์สินส่วนบุคคลที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองจากรัฐโดยปราศจากการแทรกแซงของอำนาจรัฐ รัฐจะใช้อำนาจแทรกแซงสิทธิในทางทรัพย์สินก็เฉพาะกรณีกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจขณะเดียวกันท่านศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช มีความเห็นว่าแม้กรรมสิทธิ์จะเป็นทรัพย์สินชนิดเด็ดขาดมากที่สุด แต่ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่ธรรมชาติของสิ่งต่างที่อยู่ในโลกจะไม่มีอะไรมาขัดกันจำกัดเลยก็หาไม่ได้ สิทธิ อำนาจ หรือเสรีภาพก็เช่นกันต้องมีข้อจำกัด สิทธิ ข้อจำกัดสิทธิตามหลักทั่วไปก็จะเห็นได้จากมาตรา 5 และมาตรา 421²⁰ ที่ว่าเอกชนจะใช้สิทธิ

¹⁷ พิตยา เพ็ญประทุม. (2547). *มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ : ศึกษาเฉพาะกรณีการเวนคืนหรือจัดซื้อที่ดินส่วนที่เหลือ*. หน้า 14.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 19.

¹⁹ บัญญัติ สุชีวะ. (2545). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*. หน้า 179.

²⁰ เสนีย์ ปราโมช. (2551). *อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*. หน้า

ของตนได้นั้นจะต้องกระทำโดยสุจริต และการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้นย่อมเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวโดยสรุป การใช้สิทธิของบุคคลจะต้องไม่ทำให้เสียหายแก่บุคคลอื่น

แนวพิจารณาในศาลต่างประเทศ มีการศึกษาเปรียบเทียบไปถึงเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาการกระทำละเมิดโดยใช้สิทธิไม่สุจริตที่ประเทศต่างๆ บัญญัติไว้ในกฎหมายของตน มีดังนี้

1. เกณฑ์พิจารณาการกระทำโดยตั้งใจให้เกิดเสียหาย (Intention to Harm)
2. เกณฑ์ที่ถือว่าการกระทำความผิดกล่าวหาขาดประโยชน์ที่เหมาะสม (Absence of Proper Interest)
3. เกณฑ์ที่พิจารณาว่าผู้กระทำมีทางเลือกอื่นที่จะไม่เป็นอันตรายหรือไม่ (Harmful Alternation)
4. เกณฑ์ที่พิเคราะห์ว่าระหว่างการทำกระทำโดยใช้สิทธิเช่นนั้น กับการไม่กระทำอย่างไหนจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าจะเสียหาย (Flagrant Disproportion Between Damage and Profit)
5. เกณฑ์ที่พิจารณาว่าผู้กระทำไม่คำนึงถึงขอบเขตวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ (Disregard of the Purpose for which the Right Exists)
6. เกณฑ์ความรับผิดชอบโดยทั่วไปตามหลักเรื่องละเมิดโดยมีการพิสูจน์ความผิด (General Principles of Tortious Liability)

นอกจากนี้ยังมีข้อจำกัดสิทธิตามมาตรา 1337 ว่าผู้ใดจะใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อื่นเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควรคาดหมายมิได้

3) การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยทั่วไปแล้วการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญย่อมมีขอบเขตจำกัด รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดและวางหลักการเกี่ยวกับขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ ดังนี้ “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือไม่ปฎิบัติกับรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี”²¹ และ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

ส่วนเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในทางทรัพย์สินของบุคคลนั้นรัฐธรรมนูญกำหนดว่า “สิทธิของบุคคลในทางทรัพย์สินย่อมได้รับการคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ” ดังนั้น การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอาจจำแนกได้ดังนี้

3.1) ต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น กล่าวคือ การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลใดจะเป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่ได้ ทั้งนี้เนื่องจากทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้นถ้าทุกคนใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างเต็มที่ ความมีสิทธิและเสรีภาพก็จะไม่เหลืออยู่ เพราะในที่สุดการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะนำมาซึ่งความไม่สงบสุขของสังคม สิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนในประชาคมนั้นก็จะได้รับการรุกรานโดยคนในประชาคมนั้นเอง ด้วยเหตุนี้รัฐจึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่สาม โดยปฏิเสธการกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น

3.2) ต้องไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี กล่าวคือ การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่เป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอันดี

โดยทั่วไป คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกส่วนบุคคลของผู้พิพากษาหรือความรู้สึกของผู้ใช้กฎหมายอีกทั้งไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเป็นพิเศษเช่น เรื่องรักร่วมเพศเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ย่อมมิได้ขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของบุคคลที่นิยมรักร่วมเพศและก็มีได้ขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของนักบวชผู้เคร่งศาสนา หากแต่ขึ้นอยู่กับความสำคัญในทางศีลธรรมของประชาคมนั้น หรือทัศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ในทางปฏิบัติการที่จะถือว่าการใดเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยโดยคำนึงถึงความรู้สึกของชนส่วนใหญ่²² และต้องพิจารณาเป็นรายกรณีๆ ไป

3.3) การใช้สิทธิต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญถือว่า

²² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า

เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศอันเกิดจากเจตจำนงของประชาชนร่วมกัน ดังนั้นการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลจึงต้องกระทำโดยไม่เป็นไปในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ²³ และน่าจะหมายถึงเฉพาะกรณีที่เป็นปฏิปักษ์ต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะห้ามมิให้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเท่านั้นมิได้หมายถึงบทบัญญัติทั้งหมดของรัฐธรรมนูญ²⁴

คำว่า “ปฏิปักษ์” หมายความว่า ฝ่ายตรงข้าม ขัดแย้ง ศัตรู เพราะฉะนั้นคำว่า “ปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ” จึงหมายถึง การกระทำที่มีลักษณะเป็นฝ่ายตรงข้าม หรือไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข²⁵ หรือเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อทำให้มีการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเช่น การใช้สิทธิและเสรีภาพไปในทางเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือในลักษณะเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

3.4) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ที่ได้วางหลักการว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ อนึ่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนี้จะต้องมีผลใช้บังคับทั่วไปและไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง อีกทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย²⁶

ในการที่รัฐจะตรากฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลใดก็ตาม สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้จะต้องมิใช่สิทธิเสรีภาพโดยเด็ดขาดหรือเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ดังนั้นรัฐจะออกกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนาไม่ได้

²³ ชรินทร์ ดิชาวัน. สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2556, จาก www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id

²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 224.

²⁵ ชรินทร์ ดิชาวัน. เล่มเดิม.

²⁶ มานิตย์ จุมปา. (2549). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2540) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว)พุทธศักราช 2549 พร้อมข้อเสนอรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550). หน้า 144.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิของบุคคลดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.4.1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กล่าวคือ ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายหรือที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้นเมื่อจะต้องมีการตรากฎหมายไปจำกัดสิทธิของเอกชน องค์การของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้นต้องพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมายใดให้อำนาจในการกระทำนั้นหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจำต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าว

3.4.2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ แม้การกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย แต่การกระทำดังกล่าวจะต้องกระทำไปเพื่อคุ้มครองหรือรักษาไว้เฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

3.4.3) การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น คำว่า “เท่าที่จำเป็น” นี้แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้นำ “หลักพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้เพื่อจำกัดอำนาจรัฐมิให้เป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องแห่งความได้สัดส่วนด้วย โดยมาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องมี “ความเหมาะสม” ซึ่งจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้จำกัดสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับการใช้มาตรการนั้นจะต้องสมดุลกัน นอกจากนี้มาตรการที่รัฐตราขึ้นใช้บังคับจะต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” แก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ หากมาตรการที่เหมาะสมมีหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย และนอกจากเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้วจะต้องเป็น “มาตรการที่พอสมควรแก่เหตุ” อีกด้วย ซึ่งเรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนต้องสูญเสียอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นนั้นด้วย²⁷

²⁷ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย สืบค้นเมื่อ 20 กุมภาพันธ์ 2556, จาก www.lawthai.org/read/acharnvorachet03.doc

3.4.4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ กล่าวคือ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้มีผลกระทบต่อ “แก่น” หรือ “สาระ” ของสิทธิและเสรีภาพได้ การตรากฎหมายในลักษณะใดจะถึงขนาดที่เรียกว่ากระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไป ไม่อาจกำหนดนิยามเพื่อใช้ทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพได้ทุกประเภท ทั้งนี้โดยพิจารณาระดับความรุนแรงและระดับความเข้มข้นของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพกับลักษณะของสิทธิและเสรีภาพนั้นประกอบกัน²⁸ เช่น การตรากฎหมายออกมอลงโทษบุคคลโดยการทรมานด้วยวิธีการอันทารุณโหดร้าย โดยการตัดลิ้น ตัดมือ การขังร่วมกับสัตว์ กรณีย่อมถือว่าการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในร่างกายในส่วนที่เป็นแก่นหรือหัวใจของเสรีภาพในร่างกายอันเป็นการขัดรัฐธรรมนูญจึงใช้บังคับไม่ได้²⁹

แนวทางการศึกษาพบว่า การไม่สามารถประกาศกำหนดเขตโบราณสถานได้นั้นก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติและการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวกำแพงเมือง คูเมืองเดิม ปรากฏว่าเมื่อมีการเข้าใช้ประโยชน์ที่ดินโดยเอกชนหลายราย ควรที่มีการกำหนดเขตโบราณสถานไว้ให้ชัดเจนโดยการกันพื้นที่โดยรอบตัวโบราณสถานให้เป็นพื้นที่กันชน และจากการสัมภาษณ์หัวหน้ากลุ่มงานโบราณคดี สำนักศิลปากรที่ 4 จังหวัดลพบุรีพบว่าระยะห่างระหว่างตัวโบราณสถานต้องไม่น้อยกว่า 20 เมตร โดยวัดจากขอบนอกสุดของโบราณสถานเป็นเขตโบราณสถานนั้น เป็นไปเพื่อเป็นการป้องกันและคุ้มครองโบราณสถานจากการถูกรบกวน ดังนั้นเมื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดเขตโบราณสถานทับซ้อนกับที่ดินของเอกชนทำให้มีข้อควรพิจารณา ดังนี้

ประการแรก การประกาศเขตโบราณสถานทับซ้อนกับที่ดินของเอกชนมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือไม่ แม้พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ พ.ศ.2504 จะกำหนดว่าที่ดินที่มีการประกาศเป็นเขตโบราณสถานให้ถือเป็นโบราณสถานก็ตาม แต่เจ้าของกรรมสิทธิ์ยังสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นให้แก่บุคคลอื่นได้เพียงแต่ต้องแจ้งการโอนแก่อธิบดีกรมศิลปากรเพื่อทราบเท่านั้น กรณีจึงไม่ถือว่าที่ดินที่ได้มีการประกาศเป็นเขตโบราณสถานเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ พ.ศ.2504 แล้ว

²⁸ แหล่งเดิม

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, เล่มเดิม, หน้า 263.

พบว่าในการประกาศเขตโบราณสถานมีผลห้ามเอกชนมิให้มีการก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคาร หรือ ขุดค้นใด ๆ ในบริเวณเขตโบราณสถาน ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่อาจมีผลเป็นการ ทำลายโบราณสถาน หรือบดบังทัศนียภาพของโบราณสถานซึ่งถือเป็นมรดกของชาติ ข้อห้าม ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกระทบต่ออำนาจกรรมสิทธิ์และแดนกรรมสิทธิ์เหนือพื้นดินและใต้ พื้นดิน ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ พพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 จึงมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือสิทธิรอนสิทธิเจ้าของที่ดินที่ ถูกประกาศเขตโบราณสถานทับซ้อนเท่านั้น โดยมีได้ทำให้เจ้าที่ดินสูญเสียกรรมสิทธิ์ในที่ดินแต่ ประการใด

ประการที่สอง มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือสิทธิรอน สิทธิเจ้าของที่ดินเป็นการเกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิหรือไม่ เบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่าสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลสามารถถูกจำกัดได้หรือไม่ เมื่อพิจารณา กฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 41 ซึ่งได้วางหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลในทาง ทรัพย์สิน โดยขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น การจำกัดสิทธิของบุคคลในทางทรัพย์สินจึงสามารถถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย และการจำกัด สิทธิดังกล่าวก็มีได้กำหนดเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิไว้แต่อย่างใด

การที่กฎหมายรัฐธรรมนูญจำกัดสิทธิของบุคคลในทางทรัพย์สินโดยไม่มีเงื่อนไขทำให้ ไม่มีขอบเขตหรือไม่ ผู้ศึกษาเห็นว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลยังคงต้องอยู่ภายใต้บังคับ แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 29 กล่าวคือ มาตรการทางกฎหมายที่ใช้จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลในทางทรัพย์สินจะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่ง สิทธิ เมื่อมาตรการทางกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองโบราณสถานที่ยึดได้ว่าเป็นมรดกทาง ทรัพย์สินของชาติ การห้ามมิให้มีการก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคารหรือขุดค้นใด ๆ ในบริเวณเขต โบราณสถาน จึงถือว่าไม่เป็นเกินกว่าความจำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ และเสรีภาพ และเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และ พพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 แล้ว พบว่าการห้ามดังกล่าวมิได้ห้ามโดยเด็ดขาด แต่ให้อยู่ในดุลพินิจของอธิบดีกรมศิลปากรที่จะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะจำกัด สิทธิดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นการผ่อนคลายความเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตามผู้ศึกษาเห็นว่า การให้ ดุลพินิจแก่อธิบดีกรมศิลปากรในการอนุญาตนั้น อธิบดีกรมศิลปากรต้องพิจารณาเป็นรายกรณี ทำ ให้อาจมีการใช้ดุลพินิจของอธิบดีกรมศิลปากรที่เกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิได้ ส่งผลให้มีการใช้ดุลพินิจอาจเกินขอบเขตและกระทบกระเทือนต่ออำนาจ กรรมสิทธิ์และแดนกรรมสิทธิ์เหนือพื้นดินของเอกชนได้

ประการต่อมาการใช้สิทธิในที่ดินของตน โดยหลักการแล้วหากการใช้สิทธิของเอกชนเป็นไปโดยชอบหรือโดยสุจริตไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงต่อประโยชน์ของเอกชนคนอื่นหรือประโยชน์สาธารณะแล้ว การใช้สิทธิของเอกชนผู้นั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยชอบ

ดังนั้น การพิจารณาว่า การใช้สิทธิของเอกชนที่เป็นเจ้าของที่ดินในเขตโบราณสถานจะเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตหรือไม่ จึงต้องพิจารณาไต่ตรองซึ่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียระหว่างการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนในลักษณะที่การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้นไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิในที่ดินเกินกว่าความจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาและคุ้มครองโบราณสถานและสิ่งแวดล้อมของประเทศญี่ปุ่นและประเทศอังกฤษ การป้องกันและคุ้มครองโบราณสถานจะต้องกำหนดเป็นเขตอนุรักษ์(Conservation Areas) ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทยนั้นการกำหนดเขตจะเป็นการกำหนดร่วมกันระหว่างผู้มีคุณวุฒิท้องถิ่นมาร่วมกัน แล้วประกาศขึ้นทะเบียนเป็นเขตอนุรักษ์ พร้อมกันนี้ยังจัดพิมพ์ประกาศให้ประชาชนทราบกันโดยทั่วกัน ซึ่งจะแตกต่างจากพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ซึ่งให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรเป็นผู้ประกาศเขตโบราณสถาน โดยไม่ได้เกิดจากความร่วมมือจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

นอกจากนี้มาตรการทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศไทยกำหนดว่าพื้นที่ใดก็ตามที่ถูกออกแบบมาในฐานะเขตอนุรักษ์เป็นนโยบายที่รัฐควรจะต้องมีจ่ายค่าบำรุงรักษาอาคารต่าง ๆ ที่อยู่ในพื้นที่ไม่ว่าอาคารนั้นจะเป็นอาคารประวัติศาสตร์ หรือโบราณสถาน

4.2.2 การควบคุมสิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถาน

สิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถานในที่นี้ หมายความว่า สิ่งที่อยู่โดยรอบโบราณสถานไม่ว่าสิ่งนั้นจะเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นหรือไม่ก็ตาม

ภายหลังจากที่ได้มีการประกาศขึ้นทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ใดเป็นโบราณสถานและกำหนดเขตโบราณสถานแล้ว พื้นที่ต่อเนื่องจากโบราณสถานย่อมถือได้ว่าเป็นสิ่งแวดล้อมที่อยู่โดยรอบโบราณสถาน การควบคุมสิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถาน ย่อมมีประโยชน์ต่อโบราณสถาน ในลักษณะทำให้โบราณสถานมีความสวยงามเป็นระเบียบเรียบร้อย ไม่ก่อให้เกิดทัศนียภาพอูจาด ไม่ทำให้โบราณสถานเกิดสภาพความเสื่อมโทรมและด้อยคุณค่าทางศิลปะ ทางประวัติศาสตร์ หรือทางโบราณคดี

ในการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมสิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถานนั้น ผู้ศึกษาจะพิจารณาเฉพาะการควบคุมการก่อสร้าง คัดแปลงหรือซ่อมแซมอาคาร และการรักษา สภาพสิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถาน ดังนี้

4.2.2.1 กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้างอาคาร

จากการศึกษาโบราณสถานในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรี ปรากฏปัญหาที่มีผลกระทบต่อ โบราณสถานอันทำให้โบราณสถานเกิดสภาพความเสื่อมโทรมและด้อยคุณค่าทางศิลปะ ทาง ประวัติศาสตร์ หรือทางโบราณคดี เช่น การก่อสร้างอาคารสูงบดบังโบราณสถานหรือลักษณะไม่ กลมกลืนกับโบราณสถาน การก่อสร้างอาคารประชิดหรือติดกับโบราณสถาน หรือการที่เทศบาล นำถังขยะมาวางติดกับโบราณสถาน หรือการตัดถนนโดยรอบโบราณสถานโดยไม่คำนึงถึง ผลกระทบอันเกิดจากการสั่นสะเทือนของรถที่วิ่งอยู่บนถนนที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้าง โบราณสถานให้ทรุดลงมาได้ เป็นต้น การกระทำดังกล่าวนี้ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายต่อ โบราณสถานและต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการก่อสร้าง คัดแปลงหรือซ่อมแซมอาคาร ดังต่อไปนี้

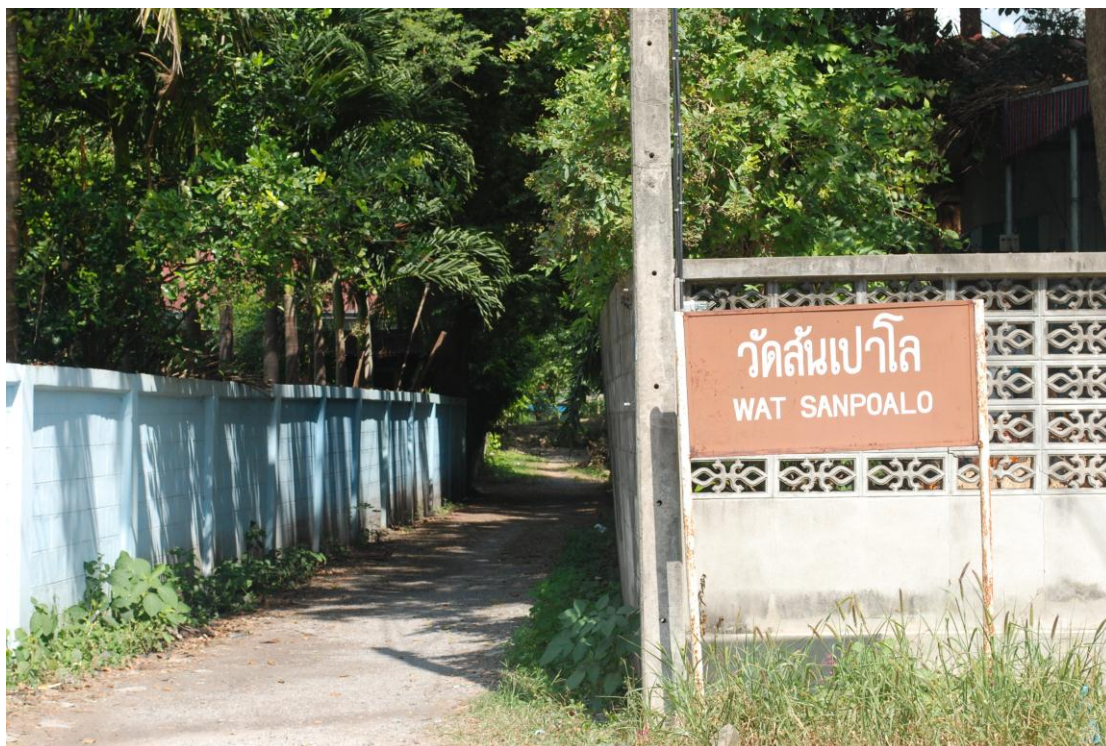
พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวางผังเมืองโดยตรง เนื้อหาประกอบด้วย 11 หมวด 84 มาตรา โดยกล่าวถึงคณะกรรมการผังเมือง การสำรวจเพื่อวาง และจัดทำผังเมืองรวม หรือผังเมืองเฉพาะ การบังคับใช้ผังเมืองรวม การวางและจัดทำผังเมือง เฉพาะ คณะกรรมการบริหารผังเมืองส่วนท้องถิ่น การรื้อ ย้าย หรือคัดแปลงอาคาร การอุทธรณ์ บทเบ็ดเสร็จ และบทกำหนดโทษ กฎหมายฉบับนี้มุ่งหมายที่หลักเกณฑ์และวิธีการวางผังเมือง เท่านั้น ถือเป็นกฎหมายสำคัญในการให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการกำหนดการใช้ประโยชน์ ที่ดินในพื้นที่ หน่วยงานหลักที่บังคับใช้กฎหมายผังเมือง คือ กรมโยธาธิการและผังเมือง และ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น



ภาพที่ 3.5 ปรากฏการณ์



ภาพที่ 3.6 ร้านนายอินทร์



ภาพที่ 3.7 ทางเข้าวัดสันเปาโล

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายการอนุรักษ์โบราณสถานในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีนั้น พบว่า พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการ ออกกฎกระทรวงให้ใช้ผังเมืองรวม พ.ศ.2546 ข้อ 14³⁰ กำหนดที่ดินประเภทเพื่อการอนุรักษ์

³⁰ ข้อ ๑๔ ที่ดินประเภทอนุรักษ์เพื่อส่งเสริมเอกลักษณ์ศิลปวัฒนธรรมไทย ให้ใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อ ส่งเสริมเอกลักษณ์ศิลปวัฒนธรรมและสถาปัตยกรรมท้องถิ่น การอนุรักษ์โบราณสถาน โบราณคดี การท่องเที่ยว การอยู่อาศัย พาณิชยกรรม การศาสนา สถาบันราชการ การสาธารณูปโภคและสาธารณูปการสำหรับการใช้ ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการอื่น ให้ใช้ได้ไม่เกินร้อยละห้าของแปลงที่ดินที่ยื่นขออนุญาต

ที่ดินประเภทนี้ ห้ามใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการตามที่กำหนด ดังต่อไปนี้

(๑) โรงงานทุกจำพวกตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน

(๒) สถานที่บรรจุก๊าซ สถานที่เก็บก๊าซ และห้องบรรจุก๊าซตามกฎหมายว่าด้วยการบรรจุก๊าซปิโตรเลียม เหลว แต่ไม่หมายความรวมถึงร้านจำหน่ายก๊าซ สถานที่ใช้ก๊าซ และสถานที่จำหน่ายอาหารที่ใช้ก๊าซ

(๓) สถานที่ที่ใช้ในการเก็บน้ำมันเชื้อเพลิงเพื่อจำหน่ายที่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุม น้ำมันเชื้อเพลิง

โบราณสถานไว้ โดยเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีเป็นส่วนหนึ่งของพื้นที่ในเขตเทศบาลเมืองลพบุรีซึ่งได้ห้ามการประกอบกิจการที่มีผลกระทบต่อโบราณสถานเช่น ห้ามการประกอบกิจการสถานบริการในเขตพื้นที่อนุรักษ์โบราณสถาน เป็นต้น

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการผังเมือง พบว่าผังเมืองรวมจังหวัดลพบุรีสามารถใช้บังคับได้ไม่เกิน 5 ปี หากมีเหตุจำเป็นโดยสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปย่อมมีผลให้ต้องมีการขยายเวลาใช้บังคับผังเมืองรวมไปได้อีก 1 ปี ทางองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องทำผังเมืองเฉพาะขึ้นเพื่อบังคับใช้ แต่ถ้าไม่สามารถเสนอผังเมืองเฉพาะได้ทันระยะเวลาที่กำหนด ต้องถือว่าอยู่ในช่วงกฎหมายผังเมืองไม่มีสภาพบังคับ ส่งผลให้สามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินได้นอกจากที่กำหนดตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 การเกิดช่องว่างของกฎหมายช่วงนี้ทำให้เกิดการก่อสร้างอาคาร ผิดไปจากรูปแบบทำให้เสียภูมิทัศน์ของโบราณสถาน หรืออาจก่อสร้างอาคารสูงกว่าโบราณสถานจนกระทบตบตบทัศนียภาพของโบราณสถาน

กล่าวโดยสรุป ในขณะที่กฎหมายผังเมืองครบกำหนดอายุและไม่สามารถขยายระยะเวลาต่อไปได้อีกแล้ว ย่อมมีผลทำให้ไม่สามารถควบคุมการใช้ประโยชน์ในที่ดินและอาจทำให้มีการก่อสร้างอาคารผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายผังเมือง

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้างอาคารและรวมกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้างอาคารในเขตเพลิงไหม้เป็นกฎหมายฉบับเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวได้ใช้มานานแล้วและเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันและเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรงความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร ต่อมาในปี พ.ศ.2535

(๔) เลี้ยงม้า โค กระบือ สุกร แพะ แกะ ห่าน เป็ด ไก่ ภู จระเข้ หรือสัตว์ป่าตามกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า เพื่อการค้า

(๕) สุสานและฌาปนสถานตามกฎหมายว่าด้วยสุสานและฌาปนสถาน

(๖) สถานบริการตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ

(๗) การอยู่อาศัยหรือประกอบพาณิชยกรรมประเภทอาคารขนาดใหญ่

(๘) สถานีขนส่งสินค้า

(๙) ไซโลเก็บผลิตผลทางการเกษตร

(๑๐) สถานีขนส่งผู้โดยสาร

(๑๑) กำจัดมูลฝอย

(๑๒) ซ่อมแซมเสวีสถู

ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการแจ้งให้เจ้าพนักงานทราบก่อนดำเนินการก่อสร้างแทนการขออนุญาตเพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว ปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ต่อมาในปี พ.ศ.2543 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการกำหนดมาตรการด้านการควบคุมเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร การป้องกันภัยอันเกิดจากการเล่นมหรสพ และสิ่งที่สร้างขึ้นใช้ในการขนส่งบุคคลในลักษณะกระเช้าไฟฟ้าหรือสิ่งที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นเครื่องเล่นในสวนสนุก หรือสถานที่อื่นใดเพื่อประโยชน์ในลักษณะเดียวกัน ให้ถือว่าสิ่งเหล่านั้นเป็นอาคารตามกฎหมายนี้³¹

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายควบคุมอาคารนั้น มีสภาพบังคับทั้งทางอาญา ทางแพ่ง และทางปกครอง โดยเป็นทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ³²

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนที่มุ่งรักษาประโยชน์ ความสงบสุข และความเป็นระเบียบเรียบร้อยของคนส่วนใหญ่ของสังคม โดยเน้นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปลูกสร้างอาคาร ข้อปฏิบัติของเจ้าของอาคาร การขออนุญาต การใช้งานอาคาร อำนาจหน้าที่ ของเจ้าพนักงาน คำสั่ง บทลงโทษ เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับโบราณสถานในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีนั้น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คือ เทศบาลเมืองลพบุรี ในมาตรา 9 และมาตรา 13 ประกอบกับพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 ออกเทศบัญญัติเรื่อง กำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง คัดแปลง หรือเปลี่ยนการใช้อาคารชนิดใดหรือประเภทใด ภายในเขตเทศบาลเมืองลพบุรี พ.ศ.2533

จากการสัมภาษณ์นายช่างผังเมืองระดับ 5 ของเทศบาลเมืองลพบุรี เห็นว่าการควบคุมสิ่งแวดล้อมโดยรอบโบราณสถานนั้น อาคารที่ก่อสร้างโดยรอบบริเวณนั้นควรมีสภาพที่กลมกลืนกับโบราณสถานแต่เนื่องจากอาคารต่าง ๆ ได้ก่อสร้างขึ้นก่อนเทศบัญญัติมีผลบังคับใช้ ดังนั้น เทศบัญญัติจึงไม่อาจใช้บังคับแก่กรณีนี้ได้ ทำให้อาคารในบริเวณเมืองเก่าลพบุรี เมื่อพิจารณาอาคารที่อยู่โดยรอบโบราณสถานแล้ว เห็นได้ว่าโบราณสถานกับอาคารที่ก่อสร้างแต่เดิมมีลักษณะไม่กลมกลืนกับโบราณสถาน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นความกลมกลืนในทางสถาปัตยกรรมหรือศิลปกรรม โดยแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี

³¹ สนิท สนั่นศิลป์. (2552). *พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (คำอธิบายพร้อมวิเคราะห์)*. หน้า 1-2.

³² สนิท สนั่นศิลป์. (2552). แหล่งเดิม. หน้า คำแนะนำ ข.

กรณีทีหนึ่ง คือ การปลูกสร้างอาคารก่อนเทศบัญญัติของเทศบาลเมืองลพบุรีซึ่งบังคับใช้ในปี พ.ศ.2533 โดยเทศบัญญัติเรื่องการควบคุมการก่อสร้างฯ พ.ศ.2533 เป็นกฎหมายที่ไม่มีผลย้อนหลังบังคับใช้แก่อาคารที่ก่อสร้างมาก่อนปี พ.ศ.2533 ทำให้เทศบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไม่สามารถบังคับกับอาคารที่ได้ปลูกสร้างก่อนหน้านี้ได้ ทั้งนี้อาคารส่วนใหญ่เป็นอาคารที่ได้ปลูกสร้างก่อนปี พ.ศ.2533 เกือบแทบทั้งสิ้น ทำให้อาคารบางแห่งในเขตพื้นที่เมืองเก่ามีความสูงเท่ากับโบราณสถานหรือสูงกว่าโบราณสถาน ส่งผลให้เกิดการบดบังทัศนียภาพการมองเห็นโบราณสถานในปัจจุบัน

กรณีที่สอง เป็นการปลูกสร้างอาคารภายหลังจากเทศบัญญัติบังคับใช้ เมื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของเทศบัญญัติแล้ว เห็นได้ว่าควบคุมเฉพาะความสูงของอาคารเท่านั้นไม่ควบคุมในเรื่องสีที่จะใช้กับภายนอกอาคารทำให้อาคารที่อยู่ในพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีมีสีอาคารที่ไม่กลมกลืนกับโบราณสถานทำให้เกิดทัศนอุจาด ทั้งนี้ การเป็นพื้นที่เมืองเก่าอาคารควรต้องมีสีเดียวกันเพื่อทำให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับโบราณสถาน ประกอบกับเทศบัญญัติไม่ครอบคลุมหากมีการก่อสร้างอาคารขึ้นใหม่ในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีซึ่งเทศบัญญัติไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบของอาคารที่ก่อสร้างจะต้องมีสภาพกลมกลืนกับโบราณสถานหรือไม่ ซึ่งจากการสัมภาษณ์นายช่างผังเมืองลพบุรี และการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการอนุรักษ์เมืองลพบุรีและประวัติเมืองลพบุรี เห็นว่าการควบคุมอาคารที่อยู่โดยรอบโบราณสถานนั้น ถ้าจะให้มีลักษณะกลมกลืนกับโบราณสถานควรจะต้องมีทั้งการควบคุมรูปแบบของอาคาร ความสูงของอาคาร และสภาพการซ่อมแซมภายนอกอาคารโดยคำนึงถึงสภาพความกลมกลืนกับโบราณสถานเพื่อคงความเป็นเมืองเก่าที่มีโบราณสถานอยู่หลายแห่งด้วยกัน

ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมเทศบัญญัติในเรื่องกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง คัดแปลงหรือเปลี่ยนการใช้อาคารชนิดใดหรือประเภทใด ภายในเขตเทศบาลเมืองลพบุรี พ.ศ.2533 ว่าการก่อสร้างอาคาร การคัดแปลง การเปลี่ยนการใช้อาคารชนิดใดหรือประเภทใดที่อยู่ในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรี จะต้องกำหนดรูปแบบของอาคาร นอกจากนี้เทศบัญญัติควรครอบคลุมถึงกรณีการซ่อมแซม³³ ทั้งนี้เนื่องจากเทศบัญญัติเดิมเป็นกฎหมายที่ห้ามเฉพาะการคัดแปลงอาคารเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันการซ่อมแซมอาคาร เช่น กรณีการทาสีก็ดี จะต้องคำนึงความกลมกลืนกับโบราณสถาน

³³ ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ซ่อมแซม” หมายความว่า ซ่อมหรือเปลี่ยนส่วนต่างๆ ของอาคารให้คงสภาพเดิม ส่วนคำว่า “คัดแปลง” หมายความว่า เปลี่ยนแปลง ต่อเติม เพิ่มลด หรือขยายซึ่งลักษณะขอบเขต แบบรูปทรง สัดส่วน น้ำหนัก เนื้อที่ ของโครงสร้างของอาคาร หรือส่วนต่างๆ ของอาคารซึ่งได้ก่อสร้างไว้แล้วให้ผิดไปจากเดิมและมีใช้การซ่อมแซมหรือการคัดแปลงที่กำหนดในกฎกระทรวง ดังนั้น การซ่อมแซมกับการคัดแปลงจึงมีความหมายและการปรับใช้ในบริบทที่ต่างกัน

และสภาพแวดล้อมรอบโบราณสถาน กับทั้งเทศบัญญัติควรมีมาตรการส่งเสริมและเพิ่มแรงจูงใจให้กับเอกชนที่มีอาคารอยู่ในพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีเกิดจิตสำนึกในการอนุรักษ์โบราณสถาน

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาและคุ้มครองโบราณสถานและสิ่งแวดล้อมโบราณสถานของประเทศอังกฤษพบว่าในการอนุรักษ์โบราณสถานจะมีการประกาศเขตอนุรักษ์ (Conservation Areas) ซึ่งเมื่อประกาศเป็นเขตอนุรักษ์แล้วจะมีการควบคุมให้เป็นไปตามข้อกำหนดขององค์กรผังเมืองท้องถิ่นซึ่งการก่อสร้างใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อลักษณะจำเพาะหรือลักษณะที่พึงปรากฏของเขตอนุรักษ์จะต้องถูกควบคุมโดยข้อกำหนดขององค์กรผังเมืองท้องถิ่น นอกจากนี้ยังมีการควบคุมการรื้อถอนอาคารในเขตอนุรักษ์ การซ่อมแซมอาคาร การควบคุมการทาสี การอนุรักษ์ต้นไม้โดยควบคุมการตัด ควบคุมการโฆษณา ควบคุมการพัฒนาที่ดินของรัฐและเอกชนที่ต้องได้รับอนุญาต โดยการอนุญาตให้มีการพัฒนาที่ดินได้ต่อเมื่ออาคารนั้นไม่สามารถรักษาต่อไปได้หรือการรื้อเพื่อสร้างใหม่บางส่วนทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันการตายของศูนย์กลางเมือง

กล่าวโดยสรุป มาตรการทางกฎหมายในการอนุรักษ์โบราณสถานของประเทศอังกฤษนั้นจะกำหนดเป็นเขตอนุรักษ์โดยควบคุมการพัฒนาต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อลักษณะจำเพาะหรือลักษณะที่พึงปรากฏของเขตอนุรักษ์ และยังให้ความสำคัญแม้กระทั่งควบคุมการตัดต้นไม้ การพัฒนาที่ดินของรัฐและเอกชนในเขตอนุรักษ์สามารถพัฒนาได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตและเพื่อป้องกันการตายของเมือง

4.2.2.2 กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มีเจตนารมณ์ต่อการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมศิลปกรรมและระบบนิเวศน์ทางธรรมชาติ โดยการคุ้มครองนั้นกระทำโดยการออกกฎกระทรวงให้พื้นที่ตรงนั้นเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม

จากการศึกษาในพื้นที่เมืองเก่าลพบุรี ผู้ศึกษาพบว่าองค์กรที่มีหน้าที่ในการอนุรักษ์โบราณสถาน คือ หน่วยอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรมท้องถิ่นจังหวัดลพบุรี มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี การทำงานจะเป็นการทำงานโดยการประสานงานร่วมกับสำนักศิลปากรที่ 4 จังหวัดลพบุรีซึ่งเป็นองค์กรหลัก และจากการสัมภาษณ์อาจารย์หัวหน้าหน่วยอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรมท้องถิ่นจังหวัดลพบุรี กล่าวว่าหน่วยอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรมท้องถิ่นจังหวัดลพบุรี จะดูแลเฉพาะสิ่งแวดล้อมที่อยู่โดยรอบโบราณสถานเช่น กรณีที่เทศบาลเคยนำถังขยะไปไว้ที่บริเวณริมรั้วด้านหลังของบ้านวิชาเยนทร์ อันเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อโบราณสถาน หรือกรณีที่น่ากลัวว่ามีการสร้างอาคารสูงบดบัง

โบราณสถาน หรือการก่อสร้างอาคารติดกับโบราณสถาน ผู้ศึกษาเห็นว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมยังไม่ได้มีการนำมาใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร



ภาพที่ 3.8 ป้ายถนนฝรั่งเศส



ภาพที่ 3.9 บริเวณถนนฝรั่งเศสจากประตูวังนารายณ์สู่บ้านวิชาเยนทร์ (บ้านหลวงรับราชทูต)



ภาพที่ 3.10 บริเวณด้านหลังวัดเสาชิงช้า



ภาพที่ 3.11 ถังขยะที่อยู่บริเวณด้านหลังวังนารายณ์

4.2.3 การกำหนดโทษและบังคับโทษ

ในการกำหนดโทษและบังคับโทษสำหรับการกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อโบราณสถาน ผู้ศึกษาพบว่ามีความหมายหลายฉบับและมีหน่วยงานที่รับผิดชอบหลายหน่วยงานที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์โบราณสถาน ดังนี้

4.2.3.1 กฎหมายว่าด้วยโบราณสถาน

จากการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายของพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 พบว่าในส่วนของการกำหนดโทษสำหรับบุคคลที่บุกรุกโบราณสถาน ทำให้เสียหาย ทำลาย หรือทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งโบราณสถานนั้น บทลงโทษดังกล่าวเป็นบทลงโทษสำหรับความรับผิดชอบทางอาญา กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น จะต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำมี “เจตนา” กระทำความผิดหรือไม่ หากผู้กระทำไม่รู้ว่าสถานที่แห่งนั้นเป็นโบราณสถานที่ได้รับควบคุมคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว ต้องถือว่าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด กรณีจึงถือได้ว่าผู้กระทำขาดเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 ศาลย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้

ส่วนหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 คือ กรมศิลปากร สังกัดกระทรวงวัฒนธรรม

4.2.3.2 กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม

จากการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ในการกำหนดโทษแล้วเห็นได้ว่ากรณีความรับผิดชอบทางแพ่งตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 นั้นถือได้ว่าเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดชอบโดยไม่ต้องพิจารณาถึงสภาพภายในจิตใจของผู้กระทำว่า ผู้กระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ดังนั้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยประการใด ๆ และความเสียหายนั้นสัมพันธ์กับการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยเป็นผลโดยตรงและไม่ไกลกว่าเหตุแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายให้แก่รัฐตามมูลค่าทั้งหมดของทรัพย์สินที่เสียหายไปนั้นทั้งหมด บุคคลที่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำนี้จะต้องเป็นรัฐเท่านั้น การฟ้องคดีของรัฐตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 รัฐไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของผู้กระทำซึ่งเห็นได้ว่าแตกต่างจากการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งรัฐมีภาระการพิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้น การฟ้องคดีโดยอาศัยพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 จึงเป็นประโยชน์มากกว่า

สำหรับกรณีความรับผิดชอบทางอาญานั้นมีความผิดอยู่สองความผิด คือ ความผิดเกี่ยวกับการบุกรุก ครอบครองที่ดินของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเข้าไปกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำลาย ทำให้สูญหาย หรือเสียหายแก่ศิลปกรรมอันควรแก่การอนุรักษ์ในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

สำหรับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 44 คือ มาตรการที่คุ้มครองการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อรักษาคุณค่าของสิ่งแวดล้อมศิลปกรรมและมาตรการห้ามการกระทำใด ๆ ที่อาจเป็นอันตรายหรือกิจกรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อคุณค่าของสิ่งแวดล้อมศิลปกรรม ส่วนมาตรา 45 คือ กรณีในพื้นที่ใดที่ได้มีการกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์แต่ปรากฏว่ามีสภาพปัญหาคุณภาพสิ่งแวดล้อมรุนแรงเข้าขั้นวิกฤตซึ่งจำเป็นจะต้องได้รับการแก้ไขโดยทันที และส่วนราชการที่เกี่ยวข้องไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่สามารถที่จะทำการแก้ไขปัญหาได้ ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเสนอต่อคณะรัฐมนตรีขออนุมัติเข้าดำเนินการเพื่อใช้มาตรการคุ้มครองอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างตามมาตรา ๔๔ ตามความจำเป็นและเหมาะสม เพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหาในพื้นที่นั้นได้ ดังนั้น หากพิจารณาแล้วจะเห็น

ได้ว่าความรับผิดชอบทางอาญานั้นจะทับซ้อนกับความผิดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504

สำหรับหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 คือ สำนักงานนโยบายและแผนพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นหน่วยงานระดับกรมสังกัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

4.2.3.3 กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง

กฎหมายผังเมืองเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดิน ในแต่ละเขตพื้นที่อย่างเป็นระบบ โดยการใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นไปตามผังเมืองรวม และผังเมืองเฉพาะ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษ³⁴ คือ การกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนการใช้ประโยชน์ในที่ดินผิดไปจากที่กำหนดไว้ในผังเมืองรวมหรือผังเมืองเฉพาะ อาจแบ่งออกได้ดังนี้

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญา คือ การที่ผู้กระทำให้ประโยชน์ในที่ดินไม่เป็นไปตามผังเมืองรวม และผังเมืองเฉพาะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนมาตรการทางปกครองนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถร้องขอต่อศาล ศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำผิดแก้ไขสภาพของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเปลี่ยนแปลงให้เป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในผังเมืองรวม หรือในผังเมืองเฉพาะ ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ หรือให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้เป็นไปตามผังเมืองรวมหรือผังเมืองเฉพาะนั้น และคิดเอาค่าใช้จ่ายจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามที่จ่ายจริงโดยประหยัด

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการบังคับโทษแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรการทางปกครองมีผลกระทบต่อผู้ฝ่าฝืนมากกว่ามาตรการทางอาญาโดยมาตรการทางอาญานั้นจำคุกเพียงหกเดือนเท่านั้น สำหรับหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายการผังเมือง คือ สำนักงานโยธาธิการและผังเมืองกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

³⁴ มาตรา 83 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 27 หรือมาตรา 48 มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นร้องขอ ศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำผิดแก้ไขสภาพของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเปลี่ยนแปลงให้เป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในผังเมืองรวม หรือในผังเมืองเฉพาะ ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ หรือให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้เป็นไปตาม ผังเมืองรวมหรือผังเมืองเฉพาะนั้น และคิดเอาค่าใช้จ่ายจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามที่จ่ายจริงโดยประหยัด”

4.2.3.4 กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

จากการศึกษาโบราณสถานเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคารนั้น อาศัยเทศบัญญัติของเทศบาลเมืองลพบุรีเรื่อง กำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง คัดแปลง หรือเปลี่ยนการใช้อาคารชนิดใด หรือประเภทใดภายในเขตเทศบาลเมืองลพบุรี พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยเทศบัญญัติดังกล่าวไม่มีบทกำหนดโทษไว้ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายต้องนำพระราชบัญญัติควบคุมอาคารพ.ศ.2522 มาบังคับใช้ซึ่งอาจทำให้ประชาชนในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีเข้าใจว่าเทศบัญญัติไม่มีบทกำหนดโทษได้

จากกรณีศึกษาในเขตพื้นที่กรุงรัตนโกสินทร์การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคารนั้น อาศัยข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง กำหนดบริเวณห้ามก่อสร้าง คัดแปลง ใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารบางชนิดหรือบางประเภทโดยข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ดังกล่าวไม่มีบทกำหนดโทษไว้ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายต้องนำพระราชบัญญัติควบคุมอาคารพ.ศ.2522 มาบังคับใช้เช่นเดียวกับในเขตพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีซึ่งอาจทำให้ประชาชนเข้าใจว่าไม่มีบทกำหนดโทษ

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการบังคับโทษแล้วจะเห็นได้ว่าการควบคุมการก่อสร้าง คัดแปลง หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร ต้องอาศัยกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ดังนั้น หากท้องถิ่นใดไม่มีข้อบัญญัติท้องถิ่นอาจทำให้มีการก่อสร้างอาคารโดยรอบโบราณสถานเป็นไปอย่างไม่มีการควบคุม อาคารที่ก่อสร้างในภายหลังอาจเป็นอาคารที่มีรูปลักษณะทางสถาปัตยกรรมซึ่งไม่สอดคล้องหรือกลมกลืนกับโบราณสถานทำให้เกิดทัศนียภาพดูขาดแก่โบราณสถานได้ นอกจากนี้ข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะไม่ใช้อย่นหลังไปบังคับกับอาคารที่ได้ก่อสร้างมาก่อนที่ข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีผลใช้บังคับ หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับโทษคือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดโทษและบังคับโทษสำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโบราณสถาน ผู้ศึกษาพบว่าการกระทำความผิดก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางแพ่งทางอาญา และบางกรณีอาจถูกบังคับโดยมาตรการทางปกครองอีกด้วย โดยการอาศัยกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์โบราณสถาน และหลายหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบ ทำให้ไม่มีหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบ

4.2.4 การส่งเสริมหรือจูงใจให้เกิดการอนุรักษ์โบราณสถาน

กรณีเจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ซึ่งอธิบดีกรมศิลปากรได้ประกาศขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถาน อธิบดีกรมศิลปากรต้องแจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทราบ หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่พอใจ ก็ให้ใช้สิทธิที่จะร้องขอต่อศาลภายใน 30 วัน นับแต่

วันที่อธิบดีแจ้งให้ทราบ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งระงับการขึ้นทะเบียนโบราณสถาน และหากศาลมีคำสั่งให้อธิบดีกรมศิลปากรระงับการขึ้นทะเบียน และ/หรือกำหนดเขตที่ดินให้เป็นโบราณสถาน ก็ให้อธิบดีกรมศิลปากรระงับการขึ้นทะเบียนหรือการกำหนดเขต หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่ได้ร้องขอต่อศาล หรือศาลมีคำสั่งคดีถึงที่สุดให้ยกคำร้องของเจ้าของหรือผู้ครอบครอง อธิบดีกรมศิลปากรมีอำนาจขึ้นทะเบียนได้

เมื่อมีการขึ้นทะเบียนอสังหาริมทรัพย์เป็นโบราณสถานแล้ว เจ้าของหรือผู้ครอบครองมีหน้าที่จะต้องแจ้งการชำรุด หักพัง หรือเสียหาย ไม่ว่าประการใดเป็นหนังสือไปยังอธิบดีกรมศิลปากรภายใน 30 วันนับแต่วันที่โบราณสถานนั้นชำรุด หักพัง หรือเสียหาย หากไม่แจ้งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และต้องยินยอมให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่ได้รับคำสั่งจากอธิบดีกรมศิลปากรเข้าทำการซ่อมแซม หรือกระทำการประการใด ๆ เพื่อการบูรณะ หรือรักษาให้คงสภาพเดิม และหากเจ้าของหรือผู้ครอบครองโบราณสถานจะเป็นผู้โอนโบราณสถานให้แก่บุคคลอื่นจะต้องแจ้งการโอนเป็นหนังสือ โดยระบุชื่อและที่อยู่ของผู้รับโอน และวันเดือนปีที่มีการโอนไปยังอธิบดีกรมศิลปากรภายใน 30 วัน นับแต่วันโอน และในกรณีที่เจ้าของเป็นผู้ได้รับกรรมสิทธิ์โบราณสถานโดยทางมรดกหรือพินัยกรรม ต้องแจ้งการได้รับกรรมสิทธิ์ไปยังอธิบดีกรมศิลปากร หากไม่แจ้งก็ถือว่ามีความผิด ซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของเอกชนในการใช้สอยทรัพย์สินอย่างปกติ ดังนั้น รัฐควรมีมาตรการที่จะมาส่งเสริมหรือจูงใจให้เอกชนเกิดความสนใจในการอนุรักษ์โบราณสถาน

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศพบว่ามีมาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมและจูงใจให้เกิดการอนุรักษ์โบราณสถานคือ มาตรการทางกฎหมายในการให้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากร ทั้งโดยการหักลดหย่อนภาษีอากร หรือการยกเว้นภาษีบางชนิดให้แก่เจ้าของอาคารหรือผู้ครอบครองโบราณสถานหรือผู้บริจาคเงินเพื่อการอนุรักษ์โบราณสถาน

มาตรการทางกฎหมายสนับสนุนทางการเงินแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองโบราณสถานที่ขึ้นทะเบียน โดยรัฐอาจช่วยเงินค่าซ่อมแซมร้อยละแปดสิบของค่าซ่อมแซมทั้งหมด ทั้งนี้เพื่อให้เอกชนจะได้เห็นถึงความสำคัญของโบราณสถานในฐานะเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ

ผู้ศึกษาของยกกรณีศึกษาตลาดน้ำอัมพวาที่เจ้าของเรือนไม้ขายที่ดินและเรือนไม้ให้กับนายทุนที่กำลังทำโครงการโรงแรมระดับห้าระดับ 4 ดาว ของนายชูชัย ชัยฤทธิเลิศ ประธานเจ้าหน้าที่บริหารบริษัท เจมพีช กรุ๊ป เจ้าของธุรกิจเพชรชื่อดัง ต่อมานายนายชูชัย ชัยฤทธิเลิศ ได้ซื้อเรือนไม้ ทำให้ชาวชุมชนตลาดน้ำอัมพวาต่อต้านในฐานะที่บ้านเรือนไม้เปรียบเสมือนวิถีชีวิตของชาวตลาดน้ำอัมพวาและเรือนไม้ซึ่งเป็นของที่อยู่กับตลาดน้ำ ถือเป็นเสน่ห์ของตลาดน้ำอัมพวา การที่รัฐไม่มาปกป้องเรือนไม้ที่อยู่คู่ตลาดน้ำอัมพวามีผลต่อวิถีชีวิตของชุมชนแห่งนี้ให้เกิดการ

เปลี่ยนแปลง สู้ค้ำทำรัฐอาจต้องสูญเสียมรดกทางวัฒนธรรมในรูปธรรมและมรดกทางวัฒนธรรม
ในนามธรรม

ดังนั้น การที่ชุมชนชาวอัมพวาต่อต้านการรื้ออาคารเรือนไม้ที่ชุมชนชาวอัมพวาถือว่า
เรือนไม้คือวิถีชีวิตของชุมชนที่อยู่คู่กับตลาดน้ำอัมพวา ย่อมแสดงให้เห็นว่าการที่รัฐจะอนุรักษ์สิ่ง
ซึ่งเป็นมรดกทางวัฒนธรรมให้อยู่คู่กับประเทศไทยได้นั้น รัฐจะใช้มาตรการทางกฎหมายในการ
อนุรักษ์อย่างเดียวโดยไม่มีการใช้มาตรการทางกฎหมายอย่างอื่นร่วมด้วย กรณีอาจส่งผลต่อการ
อนุรักษ์โบราณสถานในระยะยาวได้ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงควรใช้มาตรการทางกฎหมายที่จะส่งเสริมหรือ
จูงใจด้วยการช่วยเหลือเงินเพื่อการซ่อมแซมอาคารเรือนไม้ เพื่อให้ชุมชนเกิดความรักและหวงแหน
ในมรดกทางวัฒนธรรมซึ่งถือเป็นสมบัติของชาติ



ภาพที่ 3.12 กรณีศึกษาตลาดน้ำอัมพวา

4.3 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการส่งเสริมให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์โบราณสถาน

ในการศึกษาพื้นที่เมืองเก่าลพบุรีพบว่ายังขาดมาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมให้เอกชนหรือชุมชนมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์โบราณสถาน ทำให้การอนุรักษ์โบราณสถานเป็นเรื่องหน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบ ในขณะที่การอนุรักษ์โบราณสถานที่ทำโดยเอกชนนั้นจะอยู่ในรูปของชมรมอนุรักษ์โบราณวัตถุสถานและสิ่งแวดล้อมจังหวัดลพบุรี ทำให้ขาดการประสานงานและการแลกเปลี่ยนข้อมูลในการอนุรักษ์โบราณสถาน

นอกจากนี้ยังมีกรณีศึกษาพื้นที่ในกรุงรัตนโกสินทร์ โดยการสัมภาษณ์กรรมการชุมชนป้อมมหากาฬ พบว่าป้อมมหากาฬเป็นป้อมปราการหนึ่งในสองแห่งที่เหลืออยู่ในปัจจุบันจากเดิมที่สร้างขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ที่มีทั้งหมด 14 ป้อมปราการ โดยกรรมการท่านนั้นเห็นว่าแม้กฎหมายรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในการร่วมกันอนุรักษ์โบราณสถานก็ตาม แต่การออกกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิชุมชนในการอนุรักษ์โบราณสถานนั้นเป็นเรื่องยุ่งยากต้องผ่านขั้นตอนในรัฐสภาทำให้เป็นไปได้ยาก การที่กระทรวงหรือกรมศิลปากรจะออกกฎกระทรวงที่มีหลักเกณฑ์ให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์โบราณสถานนั้นสามารถทำได้ง่ายกว่า นอกจากนี้ยังเห็นว่าการอนุรักษ์โบราณสถานต้องมีส่วนร่วมจากชุมชนที่อยู่ใกล้เคียงกับโบราณสถาน รัฐไม่มีบุคลากรเพียงพอในการที่จะดูแลรักษาโบราณสถาน ทั้งนี้การให้ชุมชนมีส่วนร่วมกับการอนุรักษ์โบราณสถานนั้นจะทำให้ชุมชนเกิดความรักและหวงแหนในโบราณสถาน

จากการสัมภาษณ์ชาวบ้านที่อาศัยอยู่ที่ถนนจักรพรรดิพงษ์ แขวงวัดโสมมณีส เขตป้อมปราบศัตรูพ่าย กรุงเทพมหานคร พบว่าการอนุรักษ์อาคารที่อยู่บริเวณถนนจักรพรรดิพงษ์โดยรักษารูปแบบอาคารและการทำสีภายนอกอาคารให้เป็นสีโทนเดียวกันนั้นเกิดขึ้นจากการที่ชุมชนร่วมกับสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นเจ้าของอาคารตามโครงการบ้านสินมั่งคง โดยชุมชนตกลงร่วมกันที่จะมีการออมเงินกันเองเป็นประจำ แล้วย่นำเงินที่ได้จากการออมดังกล่าวมาใช้ในการปรับปรุงและดูแลรักษาอาคาร แสดงให้เห็นว่าการที่ชุมชนมีแนวคิดร่วมกันในการคิดและตัดสินใจ ส่งผลต่อการอนุรักษ์รูปแบบอาคารให้มีลักษณะอย่างเดียวกัน แสดงถึงความเป็นเอกลักษณ์ ความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความสวยงามของอาคาร การอนุรักษ์ดังกล่าวนอกจากจะเกิดผลดีในแง่ประหยัดงบประมาณของรัฐแล้ว ยังสามารถขยายผลการอนุรักษ์โบราณสถานไปยังชุมชนอื่นให้คิดและตัดสินใจร่วมกันอนุรักษ์ ทำให้เกิดรูปแบบการอนุรักษ์อาคารอย่างยั่งยืนและเหมาะสมต่อไปได้

ดังนั้น ในการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการส่งเสริมให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์โบราณสถาน จึงมีข้อควรพิจารณาดังนี้

กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุรักษ์โบราณสถาน ถือเป็นแนวความคิดเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชน (People Participation) ซึ่งเป็นแนวความคิดทางรัฐศาสตร์ในเรื่องการปกครองตนเอง (Self Government) ที่ต้องการจะเปิดโอกาสให้กับประชาชนได้เข้ามามีบทบาทร่วมกันกับภาครัฐที่มีฐานะเป็นผู้ปกครอง โดยที่รัฐจะได้เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจเพื่อการดำเนินการต่าง ๆ ที่มีความจำเป็น และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในหลายด้าน ๆ อาทิ ในเรื่องทางการเมือง การปกครอง การพัฒนาประเทศ เป็นต้น ซึ่งวิธีการหรือว่ารูปแบบของการเปิดโอกาสให้กับประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมกับภาครัฐในเรื่องต่าง ๆ นั้น มีการดำเนินการได้ในหลากหลายรูปแบบ ทั้งการใช้สิทธิเลือกตั้ง การไต่สวนสาธารณะ หรือว่าการทำประชาพิจารณ์ในโครงการต่าง ๆ เป็นต้น³⁵

สำหรับแนวความคิดในการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น ได้แบ่งการมีส่วนร่วมใน 2 ระดับ ดังต่อไปนี้ คือ³⁶

ระดับที่หนึ่ง การมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับต่ำ (Top-Down Approach) ซึ่งพิจารณาถึงบทบาทในการมีส่วนร่วมของประชาชนว่ามีรูปแบบในการมีส่วนร่วมที่ได้เริ่มต้นมาจากเบื้องบนหรือจากรัฐบาลกล่าวคือว่า ในกระบวนการความคิดริเริ่มหรือความเต็มใจที่จะทำกิจกรรมต่าง ๆ ของประชาชนนั้น ได้เกิดขึ้นมาจากการริเริ่ม สั่งการ การชักชวน หรือการขอความร่วมมือจากรัฐโดยที่รัฐจะมีบทบาทในกิจการต่าง ๆ ที่ต้องการให้เกิดขึ้นมาโดยการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยทั่วไปแล้วจะเกิดในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติตามแผนงานหรือโครงการที่ออกมาจากส่วนกลาง อาทิ แผนพัฒนาจังหวัดที่หน่วยราชการในส่วนกลางเป็นผู้กำหนดแนวทางการพัฒนาแล้วจึงสั่งการไปยังหน่วยราชการในส่วนภูมิภาคเพื่อให้ประชาชนได้ปฏิบัติตาม

ระดับที่สอง การมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับสูง (Bottom-Up Approach) การมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับสูงนี้ เกิดขึ้นจากความต้องการของประชาชนเอง ประชาชนมีความคิดริเริ่มและสมัครใจที่จะดำเนินการกิจกรรมต่าง ๆ เหล่านั้น ซึ่งการมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับสูงนี้ อาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะของการเข้าร่วมกำหนดนโยบาย ร่วมตัดสินใจ การควบคุม

³⁵ นิธิภัทร์ สถาปนาสุต. (2554). การคุ้มครองปะการัง:ศึกษามาตรการทางอาญาในการคุ้มครองและการควบคุมการใช้ประโยชน์จากปะการัง. หน้า 16.

³⁶ อภิษฎา คุณาพรธรรม. (2551). การจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของเครือข่ายองค์กรชุมชน:กรณีศึกษากลุ่มอนุรักษ์และพัฒนาป่าชายเลนบ้านเป็ดในจังหวัดตราด. หน้า 48-49 อ้างถึงในนิธิภัทร์ สถาปนาสุต. (2554). การคุ้มครองปะการัง:ศึกษามาตรการทางอาญาในการคุ้มครองและการควบคุมการใช้ประโยชน์จากปะการัง. หน้า 16-17.

ตรวจสอบ การรับผิดชอบต่อผลที่จะเกิดขึ้น ตลอดจนการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นมาจากการดำเนินกิจกรรมประเภทต่าง ๆ ร่วมกับภาครัฐ

สำหรับวิธีการที่รัฐจะเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถที่จะเข้าร่วมกับรัฐในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของรัฐได้ ก็โดยวิธีการต่างๆ ดังต่อไปนี้ คือ การให้ข้อมูลข่าวสาร การรับฟังความคิดเห็น การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยเสนอแนะแนวทางในการตัดสินใจ การให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรม เช่น การเป็นคณะกรรมการที่มีประชาชนเข้าร่วมเป็นกรรมการ หรือการให้ประชาชนมีบทบาทในระดับสูงที่สุดโดยการให้อำนาจแก่ประชาชนในการตัดสินใจ

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาของการมีส่วนร่วมโดยชุมชนแล้ว มีปัญหาดังต่อไปนี้

1) กระบวนการมีส่วนร่วมเป็นกระบวนการที่ไม่มีรูปแบบเกิดจากความสมัครใจ หรือเกิดจากจิตใจที่ต้องการเข้าร่วมในกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่ง โดยการมีส่วนร่วมนั้นเป็นการแสดงถึงเจตจำนงร่วมกันโดยภาคประชาชนที่มีบทบาทร่วมกับภาครัฐ และการมีส่วนร่วมนั้นต้องการให้เกิดสภาพบังคับในทางสังคม ซึ่งกระบวนการมีส่วนร่วมดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยการรับรองโดยกฎหมาย

2) ในรัฐธรรมนูญนั้น สิทธิชุมชนนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและอยู่บนรากฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานในการพัฒนาและแสวงหาความเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของปัจเจกชนแต่ละคนในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้วางหลักประกันสิทธิและเสรีภาพสำหรับพลเมืองแต่ละคนที่จะดำเนินชีวิตตามวิถีทางที่ตนเองเลือกได้อย่างอิสระ จึงอาจจัดได้ว่าสิทธิในการอนุรักษ์ฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นนี้เป็นสิทธิในบุคลลภาพของปัจเจกแต่ละคน(Right of Personality) ในขณะเดียวกันสิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองวิถีชีวิตของชุมชนตามจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น และวัฒนธรรมอันดีซึ่งกำลังตกอยู่ในอันตรายว่าจะสูญพันธุ์หรือถูกทำลายสิ้นไปไม่สามารถดำรงอยู่อย่างกลมกลืนกับการดำรงวิถีชีวิตของคนกลุ่มอื่น ๆ ที่อยู่ในสังคมโดยรวมได้ ดังนั้นสิทธิชนิดนี้ก็เป็นสิทธิรวมหมู่ของหมู่คณะบุคคล(Collective Rights)ซึ่งเอกชนแต่ละคนไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการให้บรรลุผลได้โดยลำพัง ต้องอาศัยหมู่คณะในการดำรงวิถีชีวิตเช่นนั้นไว้ และยังเป็นสิทธิทางสังคมที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของสังคมของคณะบุคคลที่เป็นฝ่ายข้างน้อยและยากที่จะได้รับโอกาสให้มีส่วนร่วมในการกำหนดเจตจำนงทางการเมืองในแง่วัฒนธรรมอีกด้วย³⁷

³⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2550). *สิทธิของบุคคลซึ่งรวมตัวเป็นชุมชน*. หน้า 131.

ดังนั้น การอนุรักษ์โบราณสถานโดยการมีส่วนร่วมของชุมชนนี้ หากพิจารณาจากสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว จะเห็นได้ว่ามีข้อจำกัดในแง่ที่ว่าสิทธิชุมชนนี้เอกชนแต่ละคนไม่สามารถรวมกันได้โดยล้าพังโอกาสที่จะร่วมกันเพื่อเจตจำนงของคณะบุคคลจึงเป็นไปได้ยากเพราะต้องอาศัยความสมัครใจของแต่ละคน และขาดการรับรองโดยกฎหมายเพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ

4.4 วิเคราะห์ปัญหาการประสานประโยชน์ในการอนุรักษ์โบราณสถานกับประโยชน์ของเอกชนในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์

แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้³⁸ พอสรุปได้ดังนี้

ในกฎหมายเอกชนถือว่าเอกชนต่างฝ่ายต่างมุ่งประโยชน์ส่วนตัวของตน กฎหมายจึงต้องถือว่าเอกชนเสมอภาคกันและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงต้องอาศัยความสมัครใจเข้าก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน แต่ในกฎหมายมหาชนมีการคิดค้น “รัฐ” ขึ้นมาเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ของคนหมู่มากในสังคมหรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ต้องให้รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะแทน โดยให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถบังคับเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ดังนั้นประโยชน์สาธารณะจึงเป็นหัวใจของกิจการ และเป็นวัตถุประสงค์ในการดำเนินการทุกอย่างขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กิจการของรัฐซึ่งดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การควบคุมโดยออกกฎเกณฑ์หรือคำสั่งให้คนในสังคมปฏิบัติตามเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองหรือที่เรียกว่าเป็น “การใช้อำนาจในการควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย” และการให้บริการตอบสนองความต้องการด้านต่าง ๆ ของคนในสังคมหรือที่เรียกว่า “การจัดทำบริการสาธารณะ”³⁹

³⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี*. หน้า 298-301.

³⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2547). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 61-68.

ข้อพิจารณาในการดำเนินงานเพื่อให้บรรลุประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน ซึ่งเป็นปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์เอกชน หากพิจารณาตามหลักนิติรัฐมีข้อพิจารณา 4 ประการ⁴⁰ ดังนี้

ประการที่ 1 ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์เอกชนสอดคล้องกันมากที่สุด กล่าวคือเป็นการทำให้ประโยชน์ของทั้งสองสิ่งประสานกลมกลืนกัน โดยประสานระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและอำนาจของส่วนรวมซึ่งเป็นการผาสุกโดยทั่วไปของประชาชน

ประการที่ 2 ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์เอกชน กล่าวคือประโยชน์สาธารณะเป็นประโยชน์ที่ทุกคนร่วมกันเป็นเจ้าของ ส่วนประโยชน์เอกชนเป็นประโยชน์ของแต่ละคน ดังนั้นในกรณีที่ประโยชน์ของทั้งสองสิ่งขัดแย้งกันก็ต้องเลือกประโยชน์สาธารณะมาก่อนประโยชน์เอกชน ทั้งนี้กฎหมายถือประโยชน์สาธารณะมีค่าเหนือกว่านั่นเอง

ประการที่ 3 ประโยชน์ของเอกชนพึงสละเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น แม้จะถือว่าประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์เอกชน แต่ก่อนที่จะอ้างความสูงสุดของประโยชน์สาธารณะไปตัดรอนประโยชน์เอกชน จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบที่จะไม่ทำให้เอกชนเสียเปรียบโดยไม่จำเป็น กล่าวคือจะใช้หลักนี้ต่อเมื่อมีกรณีเป็นปรปักษ์ระหว่างประโยชน์ทั้งสองอย่างแท้จริง และไม่มีทางประสานให้ประโยชน์ทั้งสองสิ่งลงรอยสอดคล้องกันได้จริง ๆ ตามหลักการประการแรก คือแม้จะปฏิบัติอย่างไรก็ต้องมีฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายเสมอ เมื่อไม่มีวิธีที่จะดำเนินงานมหาชนให้ลุล่วงไปโดยไม่กระทบสิทธิเอกชนแล้ว การดำเนินงานมหาชนที่ถูกต้องจะเลือกเอาวิธีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมซึ่งเป็นหลักการใช้อำนาจมหาชนที่เรียกว่า “หลักความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ” ดังนั้น การใช้อำนาจมหาชนจะต้องพิจารณาให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์เอกชน หลักการนี้สามารถนำไปพิจารณาทั้งในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายโดยเฉพาะการใช้อำนาจดุลพินิจ

ประการที่ 4 เอกชนผู้ต้องเสียสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะพึงได้รับค่าชดเชยความเสียหาย กล่าวคือเมื่อเอกชนยอมรับความเสียหายเป็นพิเศษเนื่องจากกิจการทำนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะมิใช่เพราะความผิดของตน แต่เพราะคุณค่าที่เหนือกว่าของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการให้เอกชนผู้เสียหายนั้นได้รับค่าชดเชย

จากการศึกษาพบว่าแนวคิดเรื่องการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะคือการอนุรักษ์โบราณสถานนั้น ได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างการคุ้มครองโบราณสถานและการคุ้มครอง

⁴⁰ สมยศ เชื้อไทย. (2552). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. หน้า 40-42.

สิทธิในทางทรัพย์สินของเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่รัฐออกกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์ในที่ดินของเอกชนเช่น การควบคุมการก่อสร้างอาคารภายในเขตโบราณสถาน การห้ามขุดค้นใด ๆ ภายในเขตโบราณสถาน เป็นต้น

นอกจากนี้แนวคิดในการอนุรักษ์โบราณสถานยังต้องขยายการคุ้มครองโบราณสถานในพื้นที่ต่อเนื่องจากเขตโบราณสถานเพื่อป้องกันการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่โบราณสถาน มีปัญหาว่าหากเอกชนมีที่ดินซึ่งไม่มีสิ่งปลูกสร้างในพื้นที่ต่อเนื่องกับเขตโบราณสถาน ต่อมารัฐได้ออกกฎหมายบังคับห้ามเอกชนก่อสร้างอาคารหรือโรงงานในที่ดินของตนเองทั้งนี้เพื่อการอนุรักษ์โบราณสถาน การกระทำของรัฐดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนถึงสิทธิในทางทรัพย์สินของเอกชน ทำให้เอกชนได้รับความเสียหาย ดังนั้นรัฐจะต้องคุ้มครองสิทธิในทางทรัพย์สินของเอกชนด้วย เพราะการจำกัดสิทธิดังกล่าวทำให้เอกชนผู้นั้นไม่สามารถนำที่ดินไปใช้ทำประโยชน์อะไรได้เลยต้องสูญเสียโอกาสทางเศรษฐกิจ ปัญหาดังกล่าวมีข้อพิจารณาดังนี้

1) เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้ในพื้นที่ซึ่งต่อเนื่องจากเขตโบราณสถาน

2) หากรัฐไม่ใช้มาตรการเวนคืนที่ดิน แต่รัฐควบคุมการก่อสร้างอาคารหรือโรงงานในพื้นที่ต่อเนื่องจากเขตโบราณสถานเพื่อการอนุรักษ์โบราณสถาน โดยไม่อนุญาตให้เอกชนสามารถก่อสร้างอะไรได้เช่นนั้น รัฐจำเป็นต้องใช้วิธีการประสานประโยชน์ในการอนุรักษ์โบราณสถานกับประโยชน์ของเอกชนในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยการกระทำของรัฐเสมือนการเวนคืนที่ดิน รัฐต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่เอกชนเสมือนรัฐได้เวนคืนที่ดินเพื่อการอนุรักษ์โบราณสถาน โดยรัฐอาจชดเชยความเสียหายให้แก่เอกชนเป็นค่าขาดประโยชน์ในที่ดินอันเนื่องจากเอกชนผู้นั้นต้องสูญเสียโอกาสในทางเศรษฐกิจ และสูญเสียรายได้จากการที่เอกชนสามารถนำที่ดินของตนเองมาหาประโยชน์

กล่าวโดยสรุป พื้นที่ต่อเนื่องจากเขตโบราณสถานเป็นพื้นที่ซึ่งรัฐสามารถขยายการคุ้มครองโบราณสถาน โดยรัฐอาจใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะกระทบสิทธิในที่ดินของเอกชนได้เท่าที่จำเป็นและต้องชดเชยเป็นค่าขาดประโยชน์ในที่ดินให้แก่เอกชน