

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทาง กำลังทหาร

ในบทที่ 2 นี้จะกล่าวถึงความเป็นมาของแนวคิดและวิวัฒนาการของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งต้องพิจารณาถึงกำเนิดและวิวัฒนาการของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นลำดับแรกว่าเป็นเช่นไร จึงก่อให้เกิดการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศและการให้คำจำกัดความของคำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” โดยจะทำการศึกษาถึงลักษณะสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งขอบข่ายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

1. กำเนิดและวิวัฒนาการของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

“วัฒนธรรม” หมายถึง ลักษณะที่แสดงออกถึงความเจริญงอกงาม ความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความกลมเกลียวก้าวหน้าของชาติ และศีลธรรมอันดีของประชาชน¹ ซึ่งวัฒนธรรมจึงเป็นเหมือนกับสิ่งที่มนุษย์เปลี่ยนแปลงปรับปรุง ประดิษฐ์ หรือผลิตสร้างขึ้นเพื่อความเจริญงอกงามในวิถีแห่งชีวิตของส่วนรวม โดยเมื่อมีสังคมก็ย่อมต้องเกิดวัฒนธรรมซึ่งคำว่าสังคมจะเน้นที่ภาพรวมขององค์ประกอบซึ่งเป็นตัวคนในสังคม ในขณะที่วัฒนธรรมคือสิ่งที่เป็กฎเกณฑ์ แบบแผน หรือสิ่งของที่คนในกลุ่มได้มีอยู่ร่วมกัน วัฒนธรรมจึงเป็นสิ่งที่แสดงความเจริญทั้งทางด้านจิตใจ ความคิด ความรู้สึกของคนกลุ่มหนึ่งๆ ในสมัยหนึ่งๆ อันมีลักษณะเฉพาะตนเอง

ในการศึกษาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมนั้น เราจึงต้องทำความเข้าใจก่อนว่าคำว่า “วัฒนธรรม” (Culture) นั้นแตกต่างจากคำว่า “ธรรมชาติ” (Nature) ซึ่งหมายถึงทุกสิ่งบนโลกที่ไม่ได้ถูกสร้างโดยมนุษย์ ดังนั้นจึงควรต้องแยกแยะสิ่งที่เป็นทรัพย์สินที่มนุษย์สร้างขึ้น ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นวัฒนธรรมที่มีคุณค่าและตกทอดผ่านระยะเวลา กับสิ่งที่ธรรมชาติสร้างขึ้นมาแยกออกจากกันเพื่อให้เกิดความเข้าใจและเพื่อให้การพิจารณาให้ความคุ้มครองทรัพย์สินเหล่านี้สามารถปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง ดังเช่นที่องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติได้แยก

¹ คำนิยามของ “วัฒนธรรม” ตามพระราชบัญญัติวัฒนธรรม พ.ศ. 2485

ประเภทในการขึ้นบัญชีการเป็นมรดกโลกระหว่างมรดกโลกทางวัฒนธรรม กับมรดกโลกทางธรรมชาติออกจากกัน ตามที่อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ปี ค.ศ. 1972 หรือที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายว่า “อนุสัญญามรดกโลก” (World Heritage Convention) ได้ให้คำนิยามของ “มรดกทางวัฒนธรรม” ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึงสิ่งต่างๆ ดังนี้²

- อนุสรณ์สถาน : ผลงานทางสถาปัตยกรรม ผลงานทางประติมากรรม หรือจิตรกรรม ส่วนประกอบหรือโครงสร้างของโบราณคดีธรรมชาติ จารึก ถ้ำที่อยู่อาศัย และร่องรอยที่ผสมผสานกันของสิ่งต่างๆ ข้างต้น ซึ่งมีคุณค่าโดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์

- กลุ่มอาคาร : กลุ่มของอาคารที่แยกจากกัน หรือเชื่อมต่อกันโดยลักษณะทางสถาปัตยกรรม หรือโดยความสอดคล้องกลมกลืน หรือโดยสถานที่จากสภาพภูมิทัศน์ซึ่งมีคุณค่าโดดเด่นในระดับสากลในมิติทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์

- แหล่ง : ผลงานที่เกิดจากมนุษย์ หรือผลงานที่เกิดจากมนุษย์และธรรมชาติ และบริเวณอันรวมถึงแหล่งโบราณคดี ซึ่งมีคุณค่าโดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางประวัติศาสตร์ สุนทรียศาสตร์ ชาติวงศ์วิทยา หรือมานุษยวิทยา

ทั้งนี้สำหรับในส่วนของ “มรดกทางธรรมชาติ” มีความหมายครอบคลุมถึงสิ่งต่างๆ ดังนี้³

- สภาพธรรมชาติที่ประกอบด้วยลักษณะทางกายภาพและทางชีวภาพ หรือกลุ่มของสภาพธรรมชาติดังกล่าวซึ่งมีคุณค่าโดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางสุนทรียศาสตร์ หรือวิทยาศาสตร์

- สภาพองค์ประกอบทางธรณีวิทยา หรือธรณีฐาน หรือบริเวณที่พิสูจน์ทราบอย่างชัดเจนว่าเป็นถิ่นที่อยู่อาศัยของสายพันธุ์สัตว์และพืชที่กำลังได้รับการคุกคาม ซึ่งมีคุณค่าโดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางวิทยาศาสตร์ หรือการอนุรักษ์

² มาตรา 1 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ปี ค.ศ. 1972

³ มาตรา 2 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ปี ค.ศ. 1972

- สภาพธรรมชาติ หรือบริเวณที่พิสูจน์ทราบอย่างชัดเจนว่ามีคุณค่าโดดเด่นในระดับสากล ในมิติทางวิทยาศาสตร์ การอนุรักษ์ และความมั่งคั่งตามธรรมชาติ

ทั้งนี้เมื่อมนุษย์เรานั้นได้เริ่มเห็นความสำคัญของการสงวนรักษาศิลปะโบราณวัตถุซึ่งเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็ด้วยสาเหตุจากการที่ได้เห็นการทำลายล้างอันเนื่องมาจากการทำสงครามไม่ว่าจะเป็นสงครามกลางเมือง สงครามระหว่างเผ่าพันธุ์ สงครามทางศาสนา หรือสงครามโลก ซึ่งเป็นเหตุให้หลักฐานทางโบราณคดีและศิลปวัตถุที่มีคุณค่ามากมายได้ถูกทำลายลงและสูญหายเป็นจำนวนมากประชาคมโลกจึงเริ่มต้นตัวในการพิทักษ์รักษาและสงวนไว้ซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม⁴

ตลอดมาในประวัติศาสตร์เกิดสงครามระหว่างกลุ่มชนต่างๆ นับครั้งไม่ถ้วน สงครามหรือในปัจจุบันหันมาใช้คำว่า กรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้น ได้ก่อให้เกิดความเสียหายจากการทำลายล้างอย่างกว้างขวาง อันเนื่องมาจากในสมัยโบราณไม่มีกฎเกณฑ์ใดๆที่จะป้องกันกองทัพจากการทำลายล้างประเทศที่ปราชัยหรือการยึดทรัพย์สินของผู้แพ้ ส่วนหนึ่งของจุดมุ่งหมายของการสงครามก็คือ ทรัพย์สินซึ่งมีการยึดไปจากการชนะสงครามซึ่งมาจากแนวคิด Right to booty โดยหลักการนี้มีแนวคิดที่ว่า “มันเป็นกฎหมายสากลและกฎหมายภายในว่าทุกสิ่งทุกอย่างทั้งประชาชนหรือทรัพย์สินในเมืองซึ่งถูกยึดโดยศัตรูในรัฐอันเกิดสงครามจะตกเป็นของผู้มีชัยชนะ”⁵

ในยุคสมัยกรีกได้มีแนวคิดในการเคารพต่อสถานที่เคารพและทรัพย์สินทางศาสนาเนื่องจากมีความเชื่อมโยงกับแนวคิดเกี่ยวกับความศักดิ์สิทธิ์ทางธรรมชาติ แม้ว่าจะไม่มีคุณค่าทางศิลปะก็ตาม สถานที่เหล่านี้ เช่น วิหาร และทรัพย์สินภายในวิหาร รูปเคารพของเทพเจ้า รูปปั้นเทพ นักประวัติศาสตร์ชาวกรีกได้บันทึกว่า “อย่างไรก็ดีกฎหมายและสิทธิแห่งสงครามนั้นผูกพันผู้ชนะในการยึด ทำลายเมือง ประชาชน เรือ ทรัพย์สิน และวัตถุของศัตรูอื่นๆ เพื่อแสดงความเข้มแข็งของผู้ชนะ แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่าจะเกิดผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว แต่ไม่มีผู้ใดทำลายอย่างไม่มีจุดหมาย หากผู้ใดทำลายวิหาร วัด หรือ วัตถุศักดิ์สิทธิ์นั้น ผู้ใดทำลายผู้นั้นคือคนบ้า”⁶ จะ

⁴ UNESCO, The Protection of movable cultural property I, Compendium of legislative texts, (France, 1984), pp.9-10.

⁵ Sharon A. Williams, The International Protection of Movable Cultural Property A Comparative Study (New York: Oceana Publications, Inc, 1978), p. 5.

⁶ Jiri Toman , The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, (Hamshire : Dartmount, 1996), p. 4.

เห็นได้ว่าแนวคิดของกรีกในการคุ้มครองสถานที่ศักดิ์สิทธิ์และทรัพย์สินทางศาสนานั้นก็ยังคงมีข้อยกเว้นให้กับการทำลายที่มีความหมาย

ในยุคสมัยโรมัน กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้หายไป โดยมีการยึดถือว่าผู้พิชิตไม่จำเป็นต้องปราณีต่อการทำลาย ไม่ยกเว้นแม้แต่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ซึ่งนอกเหนือจากสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ชาวโรมันเคารพ

ในยุคกลาง หรือ ยุคมีดในสงครามครูเสด และสงครามโดยอนารยชนเยอรมานิก ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินวัฒนธรรมในทุกที่กองทัพเดินผ่าน แม้นักบุญออกัสติน (St. Augustin) จะมีคำสอนว่า “ การยึดทรัพย์สินจากสงครามเป็นบาป ” แต่ก็ไม่สามารถประสบผลสำเร็จในการห้ามการยึดทำลาย ต่อมาพระเจ้าจักรพรรดิเฟเดอริกที่ 1 (ค.ศ. 1152 - ค.ศ. 1194) แห่งจักรวรรดิเยอรมันได้ออกประกาศห้ามทำลาย หรือ ยึดโบสถ์วิหารทางศาสนาในปีค.ศ. 1158

แนวความคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้เฟื่องฟูขึ้นอีกครั้งในยุคสมัยของการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ ซึ่งปรัชญาและศิลปะต่างๆ ได้มีการรื้อฟื้นวัฒนธรรมแบบกรีก-โรมันขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง และในคริสต์ศตวรรษที่ 16-17 ได้เริ่มมีงานเขียนเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศของนักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Jacob Przymusiński ซึ่งมีแนวความคิดที่ว่าไม่ควรมีการการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่างๆต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และควรให้ความเคารพต่องานศิลปะ ไม่จำกัดเฉพาะแต่เพียงแต่ทรัพย์สินทางศาสนาเท่านั้น เช่นเดียวกับ Hugo Grotius ที่ได้เสนอแนวคิดที่ว่าควรห้ามกระทำการรุนแรงต่อประชากรศัตรู และทรัพย์สินของชาติศัตรูรวมถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมด้วย⁷ ซึ่งในกฎหมายสงคราม (Law of War) ในสมัยนี้ จะเห็นได้ว่ามีแนวความคิดในการแยกสถานะทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของศัตรูให้แตกต่างออกไปจากสถานะของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของเอกชน

โดยในสนธิสัญญาสันติภาพ (The Peace of Westphalia) ในปีค.ศ. 1648 ได้มีข้อความกำหนดให้มีการรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ ณ แหล่งกำเนิดของมัน ได้แก่ บรรณสารต่างๆ และงานศิลปะซึ่ง Emmerich de Vattel ได้เขียนไว้ใน กฎหมายนานาชาติหรือหลักกฎหมายธรรมชาติว่า “ไม่ว่าสาเหตุใดก็ตามที่ประเทศถูกทำลาย อาคารบางส่วนควรถูกรักษาเพื่อเกียรติของความเป็นมนุษย์และซึ่งไม่เป็นปัจจัยในการเพิ่มพลังของฝ่ายปรปักษ์ เช่น วัด หลุมศพ อาคารสาธารณะและคฤหาสน์ซึ่งมีความสวยงาม หากทำลายสิ่งเหล่านี้โดยไม่มีประโยชน์ในการทำลายแล้ว จะเป็นการกระทำอันเป็นศัตรูต่อความเป็นมนุษย์” ซึ่งการจัดทำสนธิสัญญาสันติภาพดังกล่าวนี้ นับเป็นพัฒนาการที่ก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศในการสร้างกฎเกณฑ์คุ้มครอง

⁷ Ibid., pp. 2-5.

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยการแยกทรัพย์สินของรัฐ โดยเฉพาะทรัพย์สินของรัฐของประเทศที่ถูกยึดครองออกจากทรัพย์สินของเอกชนซึ่งจะไม่สามารถยึดเอาไปได้

ส่วนในทางด้านตะวันออกนั้น การคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการทหารได้ปรากฏในประเทศญี่ปุ่น ในรัชสมัยของจักรพรรดิโกดากะ ในปี ค.ศ.1139 ซึ่งได้มีพระราชโองการห้ามกองทัพเผาศาลเจ้าและวัดในการปราบกบฏ

ภายใต้กฎหมายอิสลามได้กล่าวว่า “หน้าที่ในการแบ่งแยกทรัพย์สินของพลเรือนและทรัพย์สินของกองทัพเป็นกฎบังคับชัดเจนไม่มีการยกเว้น” ซึ่งจะเห็นได้จากท่านกาหลิบอบูบัคร์ (Abu Bakr) ได้มีพระราชโองการห้ามทำลายต้นปาล์ม เหาที่พำนัก ไร่ข้าวโพด ตัดต้นไม้ผล ฆ่าสัตว์เลี้ยง และห้ามแตะต้องวิหาร โดยการโจมตีต้องกำหนดเป้าหมายทางทหารอย่างเคร่งครัดโดยหมายถึงวัตถุซึ่งโดยลักษณะและลักษณะการใช้สอยที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการโจมตี

ในสมัยต่อมาในยุคที่เกิดสงครามกลางเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ.1861 - 1865 พัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศในภาคสงครามนั้นมีมากขึ้น เมื่อ Francis Lieber ได้ร่าง “ประมวลกฎว่าด้วยความประพฤติของคู่สงคราม” (Code of Conduct by Belligerent Forces in War) หรือที่เรียกกันย่อๆว่า “Lieber Code” ในปี ค.ศ. 1863⁸ ซึ่งมีทั้งหมด 153 มาตรา เพื่อประกาศใช้กับสงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกา ระหว่างรัฐฝ่ายเหนือและรัฐฝ่ายใต้โดยเป็นข้อปฏิบัติในสนามรบสำหรับทหารแห่งกองทัพสหรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับดังกล่าวระหว่างอยู่ในสมรภูมิ โดยข้อปฏิบัติส่วนใหญ่นั้นก็จะเป็นกฎเกณฑ์ในการสู้รบ กฎเกณฑ์ในการปะทะ ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 34 ถึง มาตรา 36 โดยในมาตรา 34⁹ ได้กล่าวไว้ว่า ทรัพย์สินที่ใช้เพื่อการศึกษา ทรัพย์สินของวัด โรงพยาบาล สถาบันการ

⁸ Taylor, Foreword, *In the Law of War : A Documentary History*, (Friedman, ed.), p. 15

⁹ Article 34 of Lieber Code 1863

“ As a general rule, the property belonging to churches, to hospitals, or other establishments of an exclusively charitable character, to establishments of education, or foundations for the promotion of knowledge, whether public school, universities, academies of learning or observatories, museums of fine arts, or of a scientific character – such property is not to be considered public property....but it may be taxed or used when the public service may require it.”

กุศล และพิพิธภัณฑ มีใช่เป็นทรัพย์สินสาธารณะ ผลก็คือคู่สงครามต้องเคารพในสิทธิการใช้ทรัพย์สินของเอกชนผู้เป็นเจ้าของอยู่ก่อน มิให้เข้าไปสอดในสิทธิของเจ้าของหรือผู้ใช้อำนาจแทนเจ้าของ รวมทั้งในมาตรา 35¹⁰ ของ Lieber Code บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าศิลปวัตถุทั้งหลายได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เป็นภาระของคู่สงครามทั้งสองฝ่ายที่ต้องป้องกันความเสียหายทั้งหลายอันจะมีเกิดขึ้นได้เพราะสงคราม ซึ่งในมาตรานี้ยังกำหนดภาระเพิ่มขึ้นอีกว่าแม้คู่กรณีจะได้นำศิลปวัตถุไปเก็บไว้ในบ่อน้ำค้ำไต้ที่ถูกทิ้งระเบิด หรือ ยิ่งถล่มก็ยังมิภาระหน้าที่เช่นนั้นอยู่ต่อไป¹¹ ซึ่งมาตราดังกล่าวถือว่าได้วางกฎเกณฑ์ในการหลีกเลี่ยงการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมว่าเมื่อมีการสู้รบเกิดขึ้น แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะตั้งอยู่ในฐานที่มั่นหรือบ่อน้ำค้ำไต้ซึ่งอาจจะถือว่าเป็นเป้าหมายทางทหารได้ก็ตาม ผู้ที่เป็นฝ่ายในการสู้รบก็ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องหลีกเลี่ยงการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และในมาตรา 36¹² ที่กล่าวไว้ว่า ผู้ที่ชนะสงครามหรือผู้ยึดครองดินแดนจะสามารถโยกย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมออกไปเป็นของรัฐตนได้ ก็ต่อเมื่อการโยกย้ายนั้นไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และในทุกกรณีห้ามมิให้มีการขายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มาจากการสู้รบหรือนำเอามาเป็นสมบัติส่วนตัวหรือ

¹⁰ Article 35 of Lieber Code 1863

“ Classical work of art, libraries, scientific collections, or precise instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded. ”

¹¹ Andrea Cuning, “The Safeguarding of Cultural Property in Time of War & Peace”, Tulsa Journal of Comparative and International Law, Fall 2003, p. 215.

¹² Article 36 of Lieber Code 1863

“ If such works of art,belonging to a hostile nation or government can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace. In no case shall they be sold or given away, if captured by armies of the United states nor shall they ever be privately appropriated, or wantonly sedstroyed or injured. ”

ทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างไรเหตุผล นอกจากนี้ในมาตรา 45 ยังกล่าวไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ชนะสงครามทำการยึดหรือลักขโมยทรัพย์สินของผู้ที่ชนะสงคราม

Lieber Code นี้เป็นจุดแรกที่กฎหมายว่าด้วยการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินวัฒนธรรมมีความสำคัญได้รับการยอมรับในฐานะเป็นกฎแห่งความประพฤติของคู่สงคราม แต่อย่างไรก็ตามปัญหาของ Lieber Code ก็คือไม่มีค่าบังคับ (authority) ที่จะผูกพันคู่สงครามอื่นให้ปฏิบัติตามโดยมีผลบังคับใช้จำกัดอยู่แต่ในเฉพาะการสู้รบของกองทัพแห่งสหรัฐเท่านั้น ไม่ได้เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ Lieber Code เองก็มีอิทธิพลอย่างมากต่อกฎหมายสงครามในสมัยต่อมา รวมทั้งส่งผลต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในยุคปัจจุบันด้วย

ต่อมาได้มีความพยายามในการจัดทำประมวลกฎหมายสงครามขึ้นมา โดยได้มีการจัดการประชุมขึ้นระหว่างวันที่ 27 กรกฎาคม ถึงวันที่ 27 สิงหาคม ในปีค.ศ. 1874 ณ กรุงบรัสเซลส์ ประเทศเบลเยียม โดยมี “ ประกาศกรุงบรัสเซลส์ ” (Declaration of Brussels) ซึ่งประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมในการประชุมในครั้งนั้นก็มีการรับเอาข้อบท ข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ อีกทั้งมีการยอมรับในข้อตกลงแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบันแก่ร่างข้อตกลงดังกล่าว จึงเป็นผลทำให้ร่างข้อตกลงนี้ไม่มีผลใช้บังคับ โดยในร่างข้อตกลงนี้เอง ได้มีการบัญญัติถึงหลักการใหม่ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร ยกตัวอย่างเช่น ในมาตรา 8 กล่าวไว้ว่า “ การยึดหรือเจตนาทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มาจากการสู้รบนั้น จะต้องถูกดำเนินคดีโดยผู้ที่มีอำนาจ ” ในมาตราดังกล่าวได้กำหนดให้ศิลปวัตถุนั้นไม่อาจยึด ทำให้เสียหาย หรือ ทำลายได้ ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดต้องถูกลงโทษโดยรัฐคู่สงครามที่รับผิดชอบ¹³ ซึ่งหลักการดังกล่าว ถือเป็นมาตรการในการลงโทษ โดยมีการนำตัวขึ้นสู่กระบวนการทางศาล อีกทั้งยังกล่าวถึงการกันทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ในอาคารหรือสถานที่ที่ปลอดภัยจากการโจมตีทางทหาร เป็นต้น

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1899 จึงมีกติกาสัญญานานาชาติว่าด้วยสงครามภาคพื้นดิน (Convention with Respect to the Laws and Customs of War on land) หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า Hague II 1899 ซึ่งในมาตรา 56 ได้บัญญัติคุ้มครองศิลปวัตถุไว้มิให้ถูกทำลาย และมีให้ถูกยึดเป็นสมบัติส่วนตัว ซึ่งกติกานี้จึงเป็นกติกาสัญญาระหว่างประเทศฉบับแรกที่ยอมรับ

¹³ สุธรรม อยู่ในธรรม, “ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการสงวนรักษาศิลปโบราณวัตถุ “ , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 2, ปีที่ 12 (2531), น. 18.

หลักการพิทักษ์รักษาศิลปวัตถุอย่างจริงจัง และด้วยหลักนี้เอง จึงเป็นจุดเริ่มต้นที่นักกฎหมายใช้ในการสอบถามที่มาของการพิทักษ์รักษาทrophyสินค้าวัฒนธรรมในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายระหว่างประเทศในระยะแรกเกี่ยวกับการคุ้มครองTrophyสินค้าวัฒนธรรมนั้น ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายอันเกี่ยวกับสงครามและในการรวบรวมและการจัดเอาไว้เป็นหมวดหมู่ของหลักกฎหมายต่างๆของชาติ กฎเกณฑ์ซึ่งได้นำมาผนวกไว้ในอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ในปี ค.ศ. 1907 ได้มีบทบัญญัติห้ามการทำลายเมืองและมีการเสนอแนะมาตรการที่จะดำเนินการสงวนไว้ซึ่งอาคารสำคัญทางศาสนา ศิลปะและวิทยาศาสตร์ อนุสรณ์สถานทางประวัติศาสตร์

ต่อมาได้มีความพยายามในการประมวลหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองTrophyสินค้าวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารเป็นการเฉพาะ คือ ในสนธิสัญญาสนธิสัญญา Pan-American ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสถาบันทางศิลปะและวิทยาศาสตร์รวมทั้งอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ (The Pan-American Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments) หรือที่เรียกกันว่า “Roerich Pact”¹⁴ โดยได้รับการยอมรับ เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ.1935 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาภูมิภาคระหว่างรัฐอเมริกันที่วางมาตรการในการคุ้มครองTrophyสินค้าวัฒนธรรมจากอันตรายของสงครามแต่คำจำกัดความนั้นก็ได้ขยายความไปถึงTrophyสินค้าเคลื่อนที่ได้หรือศิลปวัตถุแต่อย่างใด และก็เป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งจำกัดอยู่เฉพาะในภาคพื้นทวีปอเมริกาเหนือและอเมริกาใต้ และค่อนข้างหมดความสำคัญลงไป ไม่มีผู้ใดยึดถือในช่วงหลัง¹⁵

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งบรรดาTrophyสินค้าวัฒนธรรมได้ถูกทำลายลงเป็นอย่างมาก อย่างเช่น ในกรุงเบอร์ลิน ของประเทศเยอรมันที่ถูกระเบิดทำลายล้างอันเป็นผลทำให้อนุสาวรีย์ สถานที่ศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา รวมทั้งหอสมุดแห่งชาติถูกทำลายลงไป จนกระทั่งเมื่อได้มีการก่อตั้งองค์การศึกษาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติหรือ UNESCO ขึ้น ในปี ค.ศ.1945 โดยมีความมุ่งหมายหนึ่งในการคุ้มครองวัฒนธรรม ซึ่งหมายรวมถึงTrophyสินค้าวัฒนธรรม อันจะเห็นได้ชัดเจนจากการเกิดขึ้นของอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการคุ้มครองTrophyสินค้า

¹⁴ Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Monuments, April 15, 1935

¹⁵ E. Alexandrov, The Roerich Pact and the International Protection of Cultural Institutions and treasures, (Sofia, 1978)

ทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ปีค.ศ.1954 รวมทั้งพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ¹⁶ ด้วยตระหนักว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น มีความสำคัญต่อมวลมนุษยชาติและไม่ควรถูกทำลายลงด้วยสงครามหรือกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร ความเป็นมาหรือแรงจูงใจในการจัดทำอนุสัญญาฉบับนี้เกิดขึ้นเนื่องมาจากในสมัยนาซีเยอรมันทำสงครามยึดครองประเทศต่างๆ ได้มีการปล้นหรือขโมยสังหาริมทรัพย์ที่เป็นงานศิลปะที่สำคัญของประเทศที่ถูกยึดครองไปเป็นจำนวนมาก รวมทั้งผลของการทำสงครามได้สร้างความเสียหายให้แก่สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมเป็นจำนวนมาก ทำให้ประเทศต่างๆ ทำความตกลงกันจัดทำเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อบังคับใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทรัพยากรประวัติศาสตร์และโบราณคดีในยามสงคราม ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ได้วางมาตรการในการให้ความคุ้มครองไว้หลายประการ ตัวอย่างเช่น กำหนดให้รัฐภาคีต้องมีมาตรการอย่างเพียงพอในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในยามสงบของดินแดนของตน

การสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมจำเป็นต้องมีกระบวนการทางนิติบัญญัติเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้รอดพ้นต่อการเสี่ยงภัยต่างๆ ทั้งในยามสันติและในยามสงคราม UNESCO เองก็ได้ตระหนักและให้ความสำคัญกับเรื่องนี้ และได้มีการบัญญัติไว้ในธรรมนูญถึงการที่จะสงวนรักษาและคุ้มครองมรดกสากล เช่น หนังสือ ผลงานทางศิลปะ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ รวมทั้งผลประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์โดยได้ดำเนินการจัดตั้งเครือข่ายในระดับระหว่างประเทศในการที่จะกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองโดยให้ครอบคลุมไปถึงองค์ประกอบต่างๆ ของมรดกเหล่านี้ ซึ่งมาตรการเหล่านี้ประกอบไปด้วย เครื่องมือระหว่างประเทศที่แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดเจน 2 ประการ คือ อนุสัญญาและข้อเสนอแนะ (Convention and Recommendations) ซึ่งแตกต่างกันในรูปแบบของสถานภาพทางกฎหมาย กล่าวคือ อนุสัญญาในส่วนที่รัฐทั้งหลายได้ให้สัตยาบันหรือเข้าเป็นภาคี (ภาคยานุวัติ) จำต้องยินยอมตามบทบัญญัติของอนุสัญญานั้น ส่วนข้อเสนอแนะได้ถูกยอมรับร่างโดยที่ประชุมใหญ่ของ UNESCO จะไม่มีผลผูกพันรัฐสมาชิก เพียงแต่เป็นการเชื้อเชิญให้รัฐสมาชิกรับมาตรการที่จะทำให้หลักการและมาตรฐานต่างๆ เกิดผลตามที่ได้กำหนดไว้

หลักการและมาตรฐานต่างๆ ที่ได้วางรูปแบบไว้ในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศนี้ ได้มีเจตนาที่จะต้องการให้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทางนิติบัญญัติของชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าจะมองในระดับระหว่างประเทศ โดยหลักแล้วบรรดาอนุสัญญาระหว่างประเทศก็จะมี

¹⁶ Andrea Cunning, *supra* note 8 pp. 218 – 220.

จุดมุ่งหมายที่แตกต่างกันไปในสถานการณ์ที่แตกต่างกันไป ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีสงคราม หรือกรณีที่มีการส่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อมีการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับอาณาเขตของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ หรือทรัพย์สินได้ตั้งอยู่ในรัฐนั้นแต่ก็ยังคงต้องการความร่วมมือและการเข้าแทรกแซงของรัฐอื่นๆ

ในปัจจุบันเนื่องจากได้มีการจัดทำตราสารระหว่างประเทศขึ้นหลายฉบับเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยเฉพาะอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นในกรอบของ UNESCO ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่าก่อนการพัฒนามาเป็นกรอบการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารตามอนุสัญญาปีค.ศ.1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารในปัจจุบัน ก่อนหน้านั้นนั้นหลักกฎหมายนี้มีพัฒนามาจากแนวความคิดเกี่ยวกับการยกเว้น การโจมตี ทำลาย และยึดตามสิทธิของผู้ชนะต่อสถานที่และทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ สถานที่เคารพและทรัพย์สินทางศาสนา ต่อมาได้ขยายมาถึงงานศิลปะ จนในที่สุดก็มีพัฒนาการโดยรวมความหมายของสิ่งที่คุ้มครองเป็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารในที่สุด

2. คำจำกัดความของคำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม”

2.1 คำจำกัดความของคำว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกฎข้อบังคับระหว่างประเทศ

ก.อนุสัญญาภาษีศุลกากรระหว่างประเทศ (The International Customs Convention) ที่ได้ลงนาม ณ กรุงบรัสเซลส์ เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ.1950 และได้ถูกปรับปรุงแก้ไขโดยพิธีสารเพื่อการแก้ไข เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.1955 ได้ให้คำนิยามของคำว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ว่า คือ กลุ่มงานศิลปะ ของสะสมและโบราณวัตถุที่ถูกกำหนดแบ่งแยกประเภทไว้อย่างแน่ชัดภายใต้ 6 หัวข้อ ดังนี้¹⁷

¹⁷ Article 5 of The International Customs Convention 15 December 1950 modified by the protocol of amendment of 1 July 1955

“ Cultural Property are groups works of art, collection pieces and antiquities in clearly specified categories, under six headings:

(1) Pictures, paintings and drawings done entirely by hand, other than industrial drawings and hard-decorated manufactures articles

- (1) รูปภาพ ภาพเขียนและภาพร่างที่ได้ทำขึ้นโดยมือทั้งหมด มิใช่โดยทางอุตสาหกรรม หรือวัตถุที่ผลิตขึ้นโดยเครื่องจักร และนำมาประดับตกแต่งด้วยมือภายหลัง
 - (2) ภาพแกะสลัก รูปภาพหรือลวดลายที่พิมพ์ด้วยแม่พิมพ์ รูปที่เกิดจากแม่พิมพ์หิน ซึ่งเป็นของต้นกำเนิด
 - (3) ตัวอย่างอันเกิดจากต้นกำเนิดของรูปสลักและประติมากรรมไม่ว่าจะทำจากวัสดุใด ๆ ก็ตาม
 - (4) ดวงตราไปรษณียหรือดวงตราที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน อักษรแสดมป์หรือแสดมป์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ทั้งที่ถูกยกเลิกไปแล้วและยังไม่ได้ยกเลิก แต่ไม่ได้ใช้หรือเจตนาที่จะไม่ใช้กันแพร่หลายอีกต่อไปในประเทศที่เป็นจุดหมายปลายทาง
 - (5) ของสะสมหรือตัวอย่างของสะสมที่มีค่าทางสัตวศาสตร์ และพฤกษศาสตร์วิชาแร่ และกายวิภาค ของสะสมที่มีค่าในทางประวัติศาสตร์ โบราณคดี ทางวิชาที่ว่าด้วยพืชและสัตว์ดึกดำบรรพ์ (Palaeontological)ชาติพันธุ์วิทยา (Ethnographic) และการศึกษาที่ว่าด้วยเรื่องเหรียญโบราณ (Numismatic Interest)
 - (6) โบราณวัตถุที่มีอายุเกิน 100 ปีขึ้นไป
- แต่อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาภาษีศุลกากรระหว่างประเทศนั้น ก็ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแต่อย่างใด และรายการทรัพย์สินที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ได้แจกแจงรายละเอียดมาเกินไป ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการภาษีศุลกากรตามจุดหมายหมายของอนุสัญญานั้นเอง

(2) Original engravings, prints and lithographs

(3) Original example of statuary and sculpture in all materials.

(4) Postage and similar stamps, duty and similar stamps, cancelled or uncanceled, but no longer current or intended to have currency in the country of destination.

(5) Collections and specimens for collections of Zoology and botany, mineralogy and anatomy, collection items of historical, archaeological, palaeontological, ethnographic and numismatic interest.

(6) Antiquities over one hundred years old.

ข. ข้อตกลงว่าด้วยเรื่องการสิ้นสุดการยึดครองอย่างเป็นทางการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (The Agreement Concerning the End of the Official Occupation of the Federal Republic of Germany) ที่ได้ลงนาม ณ กรุงปารีส เมื่อวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ.1954 ได้มีการบัญญัติไว้ในบทที่ว่าด้วยเรื่องการใช้ค่าเสียหายไว้ว่า¹⁸ คำว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หมายถึง สิ่งหรือทรัพย์สินที่มีค่าในทางศาสนา ศิลปะ การเอกสาร การศึกษา หรือทางประวัติศาสตร์ หรือสิ่งที่มีค่าเท่าเทียมกัน ซึ่งคำจำกัดความนี้ครอบคลุมไปถึงบรรดาวัตถุที่อยู่ในพิพจน์ อยู่นในความครอบครองของรัฐหรือเอกชน ห้องสมุด หรือหอเก็บเอกสารทางประวัติศาสตร์อีกด้วย

ค. ข้อเสนอแนะที่ว่าด้วยเรื่องวิธีการในการห้ามและป้องกันการส่งออกการนำเข้า และการโยกย้ายความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import Export and Transfer of Ownership of Cultural Property) ซึ่งได้รับการยอมรับโดยที่ประชุมใหญ่ UNESCO ในการประชุมสมัยที่ 13 เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ.1964 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ไว้ในมาตรา 1 ของข้อเสนอแนะว่า¹⁹ หมายถึง สิ่งหรือทรัพย์สินที่มี

¹⁸ The Agreement Concerning the End of the Official Occupation of the Federal Republic of Germany 1954, chapter on external restitution.

“The term “ cultural property “refers to movable property of religious, artistic, documentary, educational or historical interest, or the equivalent and those normally found in museums, public or private collections, libraries or historical archives.”

¹⁹ Article 1 of Recommendation on the Means of Prohibiting and preventing the Illicit import export and transfer of ownership of cultural property, 19 November 1964

“1. For the purpose of this recommendation, the term “ cultural property ” means movable and immovable property of great importance to the cultural heritage of a country, such as works of art and architecture, manuscripts, books and other property of artistic, historical or archaeological interest, ethnological documents, type specimens of flora and fauna, scientific collections and important collections of books and archives, including musical archives

ความสำคัญอย่างใหญ่หลวงต่อมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศ ยกตัวอย่างเช่น งานศิลปะและสถาปัตยกรรม เอกสารหนังสือ และทรัพย์สินอื่นๆที่มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์และโบราณคดี เอกสารทางชาติพันธุ์วิทยา ตัวอย่างของพันธุ์ไม้ดอกและดอกไม้ ของสะสมทางวิทยาศาสตร์และหนังสือสำคัญและเอกสารสำคัญที่ได้เก็บสะสมไว้ รวมทั้งเอกสารสำคัญทางการดนตรี

ข้อเสนอแนะฉบับนี้ วัตถุประสงค์ก็คือ เพื่อให้ตระหนักถึงหน้าที่ของทุกรัฐในการที่จะคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่อยู่ในดินแดนของตน และได้ประกอบขึ้นเป็นมรดกของชาติ โดยจะต่อต้านภัยอันตรายทั้งปวง อันเป็นผลมาจากการส่งออก การนำเข้าและการโยกย้ายความเป็นเจ้าของด้วยกฎหมาย คำจำกัดความของคำว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในข้อเสนอแนะฉบับนี้ก็เป็ คำจำกัดความที่กว้างโดยได้กำหนดว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นจะต้องมีความสำคัญอย่างใหญ่หลวงต่อมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศ แต่ก็ไม่ได้มีบรรทัดฐานใดที่จะมาวัดว่าทรัพย์สินประเภทไหนจะเหมาะสมและมีความสำคัญเพียงพอที่จะเข้ากับคำจำกัดความตามข้อเสนอแนะดังกล่าว

ง. อนุสัญญาว่าด้วยวิธีการห้ามและป้องกันการนำเข้า การส่งออก และการโยกย้ายกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import Export and Transfer of Ownership of Cultural Property) ของ UNESCO ในการประชุมสมัยที่ 16 ณ กรุงปารีส ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ไว้ในมาตรา 1 ความว่า

โดยจุดมุ่งหมายของอนุสัญญานี้ คำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” หมายถึง ทรัพย์สินไม่ว่าจะโดยทางศาสนาหรือทางโลก ได้ถูกกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงโดยรัฐแต่ละรัฐในฐานะที่มีความสำคัญในทางโบราณคดีช่วงก่อนประวัติศาสตร์ ช่วงประวัติศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ และซึ่งได้อยู่ในประเภท ดังต่อไปนี้²⁰

2. Each Member State should adopt whatever criteria it deems most suitable for defining which items of cultural property within its territory should receive the protection envisaged in this recommendation by reason of their great importance.”

²⁰ Article 1 of The UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 1970

(1) ของสะสมที่หายากและตัวอย่างของพืชพันธุ์ ดอกไม้ แร่ธาตุ และกายวิภาค รวมทั้งวัตถุที่มีคุณค่าทางวิชาที่ว่าด้วยพืชและสัตว์ดึกดำบรรพ์ (Palaeontological)

(2) ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ รวมทั้งประวัติศาสตร์ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีการทหารและประวัติศาสตร์ทางสังคม ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของผู้นำชาติ นักคิด นักวิทยาศาสตร์และศิลปิน และทรัพย์สินที่เกี่ยวกับเหตุการณ์สำคัญของชาติ

“ Cultural property means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, pre history, literature...

(1) Rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of paleontological interest ;

(2) Property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of natural leaders, thinkers, scientists and artists and to event of national importance ;

(3) Products of archaeological excavations...

(4) Elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered ;

(5) Antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals ;

(6) Objects of ethnological interest ;

(7) Property of artistic interest...

(8) Rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest...

(9) Postage, revenue and similar stamps...

(10) Archives, including sound, photographic and cinematographic archives ;

(11) Articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.”

(3) ผลผลิตที่ได้จากการขุดค้นทางโบราณคดี (รวมทั้งการขุดค้นอย่างธรรมดาและการลักลอบขุดค้น) หรือผลผลิตที่ได้จากการค้นพบทางโบราณคดี

(4) ส่วนประกอบของอนุสรณ์สถานทางศิลปะหรือทางโบราณคดีหรือแหล่งขุดค้นทางโบราณคดี ซึ่งได้ถูกแบ่งแยกออกไป

(5) โบราณวัตถุที่มีอายุกว่า 100 ปีขึ้นไป ยกตัวอย่างเช่น จารึกเหรียญ และตราที่แกะสลัก (Engraved Seals)

(6) วัตถุที่มีคุณค่าทางชาติพันธุ์วิทยา

(7) ทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางศิลปะ ยกตัวอย่างเช่น รูปภาพ ภาพเขียนและภาพร่างที่ได้ทำขึ้นโดยมือทั้งหมดไม่ว่าจะโดยความช่วยเหลือใดๆ และวัสดุใดๆ (ไม่รวมถึงรูปแบบทางอุตสาหกรรมและสิ่งของที่ผลิตขึ้นโดยเครื่องจักรและนำมาประดับตกแต่งด้วยมือในภายหลัง), ต้นกำเนิดของรูปสลักและประติมากรรม ไม่ว่าจะทำขึ้นจากวัสดุใดก็ตาม, ต้นกำเนิดของงานแกะสลักภาพพิมพ์ และแม่พิมพ์หิน และต้นกำเนิดการรวบรวมงานทางศิลปะ และ Original Artistic Assemblages and Montages in any material)

(8) เอกสารหายาก และ Incunabula หนังสือเก่า เอกสารและสิ่งตีพิมพ์ที่มีคุณค่าพิเศษทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ วิทยาศาสตร์ วรรณคดี และอื่นๆ ไม่ว่าจะขึ้นเดียวหรือสะสมไว้หลายชิ้น

(9) ดวงตราไปรษณีย์ อักษรแสตมป์ หรือแสตมป์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันไม่ว่าจะขึ้นเดียวหรือสะสมไว้หลายชิ้น

(10) เอกสารสำคัญ (Archives) ซึ่งรวมทั้งเสียง รูปภาพ และภาพยนตร์

(11) บรรดาเครื่องตกแต่งบ้านที่มีอายุกว่า 100 ปีขึ้นไป และเครื่องดนตรีเก่า

คำจำกัดความตามอนุสัญญาปีค.ศ.1970 ของ UNESCO นี้ได้ให้หลักเกณฑ์ของคำว่า “ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ” ไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งไม่เพียงแต่กำหนดไว้ในเรื่องความสำคัญทางประวัติศาสตร์ โบราณคดีหรือศิลปะเท่านั้น ยังกำหนดความสำคัญทางด้านวิทยาศาสตร์ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้อีกด้วย และเป็นที่น่าสังเกตว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญานี้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดของแต่ละรัฐ ภายใต้ประเภทต่างๆ ที่อนุสัญญาได้แจกแจงเป็นหัวข้อไว้อย่างกว้างๆ ดังนั้น จึงเป็นลักษณะการกำหนดแบบเฉพาะตัวและพิจารณาเองในแต่ละกรณีไปว่าทรัพย์สินอะไรจะมีความสำคัญเพียงพอที่จะถือว่าเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

จากกฎข้อบังคับระหว่างประเทศที่ได้ให้คำจำกัดความของทรัพย์สินวัฒนธรรมดังกล่าวข้างต้นนั้น สามารถแยกระบบของการให้คำจำกัดความได้ ดังนี้

1. แจกแจงถึงชนิดของวัตถุเหล่านั้นโดยเฉพาะเจาะจง เช่น เป็นสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับชาติพันธุ์วิทยา เกี่ยวกับวิชาที่ว่าด้วยพืชและสัตว์ดึกดำบรรพ์ เป็นต้น
2. แบ่งแยกประเภทด้วยคำอธิบายทั่วไปที่ครอบคลุมชนิดของสิ่งของนั้นอย่างกว้างๆ เช่น สิ่งหัตถ์และสิ่งหัตถ์ที่มีความสำคัญของชาติ เป็นต้น
3. กำหนดรายชื่อของสิ่งของ เช่น แสตมป์ เครื่องตกแต่งบ้าน เครื่องดนตรีเก่า เป็นต้น
4. กำหนดอายุของวัตถุ รวมทั้งสถานที่ที่วัตถุนั้นได้กำเนิดขึ้นไว้

การที่คำจำกัดความเหล่านี้ได้แตกต่างกันออกไปก็เพราะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่ได้วางจุดมุ่งหมายและความต้องการในการใช้บังคับต่างกัน จนสามารถเห็นได้ชัดว่าไม่มีขอบเขตที่แน่นอนว่าจะไรคือวัฒนธรรมที่แท้จริงของทรัพย์สินดังกล่าว

ความเห็นของ Geoffrey Lewis ผู้อำนวยการพิพิธภัณฑ์ศึกษาของมหาวิทยาลัย Leicester ได้กล่าวว่า²¹ “ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ได้แสดงออกในรูปแบบที่แน่นอนว่าเป็นหลักฐานของต้นกำเนิดและวิวัฒนาการของมนุษย์ ขนบธรรมเนียม ศิลปะและความสำเร็จทางวิทยาศาสตร์ของมนุษย์ รวมทั้งสภาพแวดล้อมโดยทั่วไปที่เขาได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งอยู่ และเป็นความจริงที่ว่าวัตถุนั้นมีความสามารถในการที่จะสื่อสารไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ซึ่งทิศทางแห่งความเป็นจริงที่นอกเหนือระยะเวลาที่จะทำให้วัตถุนั้นมีความสำคัญเป็นพิเศษ และในที่สุดก็จะเป็นสิ่งที่ควรจะได้รับแสงและพิทักษ์รักษาไว้ ” และตามเอกสารของ Mr. Salah Stetie ผู้แทนจากเลบานอนและประธานคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลของ UNESCO ในเรื่องการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ ไว้ในการประชุมครั้งที่ 1 ในปีค.ศ.1980 ว่า²² วัตถุทางวัฒนธรรมไม่เพียงแต่เป็นวัตถุชนิดใดก็ได้เท่านั้น ในคำจำกัดความที่ได้กำหนดขึ้นโดยคณะกรรมการระหว่างรัฐบาล ได้เป็นทั้งคำจำกัดความที่มีข้อจำกัด (Restrictive) และในขณะเดียวกันก็มีส่วนที่สามารถขยายได้ (Extensive) กล่าวคือ วัตถุที่มีลักษณะกระตุ้นเตือนให้มีการเรียกร้องในการเรียกคืนหรือชดใช้ความเสียหาย เป็นวัตถุที่ถูกกำหนดว่ามีความสำคัญอย่างสูงส่งในทางวัฒนธรรมหรือทางธรรมชาติและการเคลื่อนย้ายวัตถุนี้จากจุดกำเนิดทางวัฒนธรรมจะ

²¹ Journal of the Royal Society of Arts, Proceedings, June 1981, p. 436.

²² UNESCO, The Cultural Heritage of Mankind : A shared Responsibility, May 1982, p. 68.

เป็นการปลดปล่อยวัฒนธรรมจากที่นั้นอย่างไม่สามารถจะเอากลับคืนได้ อันเนื่องมาจากการสูญเสียตัวเชื่อมสำคัญในขอบข่ายทางวัฒนธรรม ทำให้ไม่สามารถที่จะเข้าใจตัวเองในเหตุผลทางธรรมชาติเกี่ยวกับความเจริญและวิวัฒนาการของตัวเอง และนอกจากนั้นสิ่งที่อยู่ในระหว่างการเสี่ยงก็คือ การสูญเสียนั้นไม่ใช่เป็นการสูญเสียแต่ความเป็นเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์ แต่เป็นการสูญเสียความสำคัญของวัฒนธรรมนั้นๆ ด้วยส่วนหนึ่ง และเพราะวัตถุทางวัฒนธรรมนี้เอง ที่การสร้างสรรคและบุคลิกภาพทางจิตวิญญาณของมนุษย์ชาติพันธุ์ สายเลือด ศาสนา หรือชุมชนที่ประกอบกันเป็นชาติได้ถูกถ่ายทอดออกมา และเป็นชุมชนซึ่งวัตถุนี้ได้กลายเป็นสัญลักษณ์พื้นฐานในการแสดงออกของชุมชน

จากความเห็นของ Geoffrey และ Mr. Salah Stetie ประธานคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลในการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ได้พยายามที่จะกล่าวถึงความสำคัญของตัวทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งมีได้หมายความว่าโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุทุกชิ้นทุกอันนั้น จะเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเสมอไป หากแต่ควรจะมีบรรทัดฐานที่เป็นเครื่องกำหนดถึงขอบเขตของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

นอกจากนั้น คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลได้ตระหนักถึงคำจำกัดความของคำว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ปรากฏอยู่โดยทั่วไปนั้น สามารถที่จะตีความไปได้หลายรูปแบบ จึงได้มีการพิจารณาคำว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยให้หมายความถึงทรัพย์สิน ซึ่งเป็นตัวแทนอย่างพิเศษต่อเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชาติที่ให้กำเนิด (Property which is Particularly Representative of the Cultural Identity of a Given Nation) คำจำกัดความนี้ได้ถูกกำหนดไว้อย่างธรรมดาโดยไม่มีข้อความที่ยากแก่การตีความ ทั้งนี้ก็เพื่อง่ายในทางปฏิบัติ ซึ่งจากคำจำกัดความของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามที่กล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า ขอบเขตของคำจำกัดความของคำว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จึงไม่แน่นอนตายตัวและมีความหมายที่กว้างที่สามารถครอบคลุมได้ถึงทรัพย์สินที่ต้องการจะคุ้มครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสามารถที่จะแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ ศิลปวัตถุ (Art Object) และโบราณวัตถุ (Archaeological Object) ส่วนเงื่อนไขเรื่องอายุของทรัพย์สิน ความสำคัญของทรัพย์สินเป็นเรื่องที่องค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ต่างก็กำหนดกันเอง ทั้งนี้เพื่อเป็นบรรทัดฐานในการคุ้มครองและพิทักษ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นต่อไป

2.2 ความหมายของ “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” ตามอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะขัดกันทางการทหาร

อนุสัญญากรุงเฮกได้มีการลงนาม ณ กรุงเฮกในปีค.ศ.1954 โดยได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” ไว้ในมาตรา 1 ของอนุสัญญา ดังนี้²³

“...เพื่อจุดมุ่งหมายของอนุสัญญานี้ คำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” โดยไม่คำนึงถึงจุดกำเนิดหรือความเป็นเจ้าของ ย่อมจะรวมไปถึง

(1) สิ่งหริมทรัพย์และสิ่งหริมทรัพย์ที่มีความสำคัญอย่างใหญ่หลวงต่อมรดกทางวัฒนธรรมของประชาชนทุกคน เช่น อนุสรณ์สถานทางสถาปัตยกรรม ศิลปะ หรือประวัติศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นทางศาสนาหรือทางโลกแหล่งขุดค้นทางโบราณคดี กลุ่มของอาคาร ซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ หรือทางศิลปะโดยส่วนรวม บรรดางานศิลปะเอกสาร หนังสือ หรือวัตถุทางศิลปะอื่นๆ ที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์และทางโบราณคดี เช่นเดียวกับบรรดาของที่สะสมทาง

²³ Articles 1 of The International Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954

“ For the purposes of the present Convention, the term “ cultural property” shall cover, irrespective of origin or ownership:

(a) movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people, such as monuments of architecture, art or history, whether religious or secular; archaeological sites; groups of buildings which, as a whole, are of historical or artistic interest; works of art; manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest; as well as scientific collections and important collections of books or archives or of reproductions of the property defined above;

(b) buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit the movable cultural property defined in subparagraph (a) such as museums, large libraries and depositories of archives, and refuges intended to shelter, in the event of armed conflict, the movable cultural property defined in subparagraph (a);

(c) centres containing a large amount of cultural property as defined in subparagraphs (a) and (b), to be known as “centres containing monuments”

วิทยาศาสตร์ รวมทั้งหนังสือและเอกสารสำคัญหรือแบบจำลอง (Reproductions) ของทรัพย์สินที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นด้วย

(2) บรรดาอาคารซึ่งโดยจุดประสงค์หลักและแท้จริง คือการใช้เพื่ออนุรักษ์หรือจัดแสดงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เคลื่อนที่ได้ตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ (1) ยกตัวอย่างเช่น พิพิธภัณฑ์ หอสมุด สถานที่เก็บเอกสาร รวมทั้งสถานที่ที่จัดตั้งขึ้นในยามสงคราม โดยมีเจตนาที่จะคุ้มกันทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เป็นสิ่งหาปริมาณตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ (1)

(3) ศูนย์กลางที่เป็นที่เก็บรวบรวมทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ตามข้อ (1) และข้อ (2) ว่าเป็นจำนวนมาก โดยถือว่าเป็น “centres Containing Monuments”

เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความของคำว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ตามอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ.1954 ข้างต้นแล้ว สามารถแบ่งการจำแนกออกเป็น

การจำกัดความทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างกว้าง

ก. สิ่งหาปริมาณวัฒนธรรม

สิ่งหาปริมาณวัฒนธรรม (Movable Cultural Property) คือ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งสามารถเคลื่อนย้ายได้โดยมีองค์ประกอบคือ

(1) มีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ

“ ความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ ” เป็นองค์ประกอบซึ่งอนุสัญญาได้เปิดโอกาสให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของแต่ละรัฐ เนื่องจากวัฒนธรรมของแต่ละรัฐไม่สามารถได้รับการตัดสินจากรัฐอื่นว่ามีความสำคัญต่อวัฒนธรรมหรือไม่ เพราะเหตุว่าวัฒนธรรมแต่ละวัฒนธรรมย่อมมีความเป็นเอกลักษณ์ซึ่งมีความแตกต่างกันไป ดังนั้น ความสำคัญยิ่งต่อมรดกทางวัฒนธรรมจึงต้องอาศัยการจำกัดความขององค์กรภายในและเป็นหน้าที่ขององค์กรภายในของแต่ละรัฐซึ่งจะเป็นผู้กำหนดความสำคัญของทรัพย์สินใดๆ ซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยการบ่งชี้ด้วยเครื่องหมายลักษณะเฉพาะซึ่งมีการกำหนดเอาไว้ในอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ.1954

โดยในอนุสัญญาได้กำหนดตัวอย่างไว้ว่าความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ ได้แก่ อนุสาวรีย์ทางสถาปัตยกรรม อนุสาวรีย์ทางศิลปกรรม อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ เป็นต้น

(2) เป็นทรัพย์สินทางศาสนาหรืออาณาจักร

องค์ประกอบนี้เป็นการกำหนดว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมอาจเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นการสร้างเพื่ออุทิศทางศาสนา ได้แก่ วัตถุเคารพทางศาสนา เช่น พระพุทธรูป รูปเคารพ หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งไม่ได้เป็นการสร้างเพื่อศาสนา ได้แก่ ชูดรับแขก หรือเครื่องกระเบื้องซึ่งมีคุณค่า เป็นต้น

ข. อสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม

อสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม (Unmovable Cultural Property) คือ ทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ โดยมีองค์ประกอบคล้ายกับสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม ดังนี้

(1) มีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ต้องอาศัยมาตรการภายในของแต่ละรัฐในการกำหนดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

(2) เป็นทรัพย์สินทางศาสนาหรืออาณาจักร กล่าวคือ สถานที่ดังกล่าวอาจเป็นสถานที่ทางศาสนา ได้แก่ โบสถ์ วิหาร ไม่ว่าจะเป็นศาสนาใดหรือเป็นทรัพย์สินทางอาณาจักร ได้แก่ ตำหนัก คฤหาสน์ส่วนบุคคล เป็นต้น

การจำกัดความเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมอย่างเฉพาะเจาะจง

การจำกัดความประเภtnี้นี้เป็นการระบุชนิดของทรัพย์สินวัฒนธรรมเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ทรัพย์สินใดบ้างที่จะเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยเป็นการกำหนดแยกต่างหากจากการจำกัดความอย่างกว้าง การจำกัดความอย่างเฉพาะเจาะจงนี้ ได้แก่

ก. ทำเลที่ตั้งโบราณคดี (Archaeological Sites)

ทำเลที่ตั้งโบราณคดี ตามบันทึกประกอบการประชุมถูกจำกัดความให้เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชนิดหนึ่ง เนื่องจากผู้แทนของสาธารณรัฐอิสราเอลได้เสนอความเห็นที่ “ไม่เป็นการสมเหตุสมผลในการคุ้มครองพิพิธภัณฑสถาน แต่จะงดเว้นต่อการคุ้มครองที่มาของทรัพย์สินในพิพิธภัณฑสถาน ซึ่งถือว่าเป็นแหล่งกำเนิดทางประวัติศาสตร์ด้วยตัวของมันเอง ซึ่งอาจจะถูกทำลายลงได้ในยามสงคราม”²⁴ นอกจากนี้ยังรวมถึงหลุมศพโบราณ เช่น หลุมศพของชนเผ่า Hittites ในดินแดนอนาโตเลีย (Anatolia) ซึ่งบรรดาหลุมศพโบราณเหล่านี้ถือเป็นพื้นที่ขุดค้นทางโบราณคดีชนิดหนึ่ง

²⁴ Jiri Toman, *supra* note 3, p. 51.

ข. หมู่อาคารซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์หรือศิลปะ (Groups of buildings)

บรรดาหมู่อาคารซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ เป็นทรัพย์สินซึ่งพิจารณาคุณค่าทางประวัติศาสตร์เป็นหลักสำคัญ โดยมากแล้วคุณค่าทางประวัติศาสตร์มักจะถูกกำหนดโดยอายุของสถานที่หรือความสำคัญของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นต่อหมู่อาคารดังกล่าว ส่วนคุณค่าทางศิลปะอาจได้รับการพิจารณาจากลักษณะทางสถาปัตยกรรมหรือลักษณะทางศิลปะซึ่งเห็นว่าควรทรงคุณค่าโดยไม่คำนึงถึงอายุของสถานที่

ค. ศิลปกรรม (Works of Art)

การจำกัดความทรัพย์สินวัฒนธรรมชนิดนี้เป็นการจำกัดความอย่างกว้างๆ โดยหมายถึงงานศิลปะแขนงต่างๆ ได้แก่ งานศิลปะตกแต่ง งานศิลปะที่เป็นจิตรกรรม ประติมากรรม การปั้น การแกะสลัก โดยหมายรวมถึงงานแสดงผลงานศิลปะ พิพิธภัณฑสถานศิลปะ และประดิษฐ์กรรมในทางศิลปะจากยุคสมัย หรือดินแดนต่างๆ

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ศิลปกรรมเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งคำนึงถึงคุณค่าในทางศิลปะ ไม่ว่าจะมียุแกหรือใหม่แต่หากเป็นศิลปกรรมย่อมได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาเช่นเดียวกัน

ง. หัตถสาร หนังสือ หรือวัตถุต่างๆ ซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี²⁵

หัตถสาร หมายถึง งานเขียนต้นฉบับซึ่งถูกเขียนขึ้นด้วยมือ หรืองานที่สำเนาด้วยมือ งานพิมพ์ซึ่งไม่ได้พิมพ์ด้วยเครื่องพิมพ์ หัตถสารเหล่านี้จะถูกคุ้มครองเมื่อมีคุณค่าทางศิลปะ หรือประวัติศาสตร์

หนังสือ ประกอบด้วย ความเรียงซึ่งเขียน หรือพิมพ์ขึ้น หรือชุดของความเรียงซึ่งประกอบขึ้นด้วยแผ่นกระดาษ หรือวัตถุอื่นที่ถูกผูกมัดรวมไว้ด้วยกัน ไม่ได้จำกัดถึงวัสดุที่นำมาใช้ในการพิมพ์ หรือเขียน และมีความหมายถึงหัตถสารด้วย

ในกรณีนี้รวมถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับงานสะสมหัตถสาร หรือการเก็บหนังสือด้วย ได้แก่ หอจดหมายเหตุ ที่เก็บหนังสือโบราณ หรือห้องสมุดที่เก็บหนังสือหายาก ส่วนห้องสมุดทั่วไปจะได้รับความคุ้มครองในการจำกัดความอื่น

²⁵ *Ibid.*, pp. 51-52.

วัตถุอื่นๆ ซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี เป็นการนิยามอย่างกว้างๆ ไม่จำกัดแต่เพียงหัตถสาร หรือหนังสือเท่านั้น เพราะมีจุดมุ่งหมายให้สามารถบังคับใช้ได้ อย่างไม่มีช่องว่างทางกฎหมาย

จ. การเก็บรวบรวมทางวิทยาศาสตร์²⁶

การเก็บรวบรวมทางวิทยาศาสตร์ มีที่มาของการนิยามจากการที่ต้องการให้มีการคุ้มครองหนังสือวิทยาศาสตร์ด้วย ไม่เพียงแต่หนังสือที่มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดีเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดียังรวมถึงวัตถุอื่นๆอันเกี่ยวกับทางวิทยาศาสตร์ แต่อย่างไรก็ดี ข้อจำกัดของการเก็บรวบรวมทางวิทยาศาสตร์นี้ไม่รวมถึงการเก็บรวบรวมส่วนบุคคลเพราะอาจจะถูกใช้เพื่อความมุ่งหมายทางทหารได้

ฉ. การเก็บรวบรวมหนังสือหรือบรรณสาร²⁷

การคุ้มครองนี้ถูกให้แก่การเก็บรวบรวมหนังสือที่สำคัญ และบรรณสาร โดยไม่คำนึงว่า จะมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ โบราณคดี หรือวิทยาศาสตร์ ดังนั้น สิ่งสะสมในห้องสมุด หรือหอสมุดต่างๆย่อมได้รับความคุ้มครองนี้ในความหมายหนังสือที่ถูกเก็บรวบรวม เนื่องจากเหตุผลเพื่อคุ้มครององค์ความรู้ของมวลมนุษยชาติ

ช. สิ่งทำเทียมหรือการจำลองแบบของทรัพย์สินซึ่งได้กล่าวมาแล้ว

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่สิ่งที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ โบราณคดี แต่ยังรวมถึงสิ่งซึ่งมีการจำลองแบบขึ้น เช่น การจัดทำไมโครฟิล์มเอกสารที่สำคัญ การทำสำเนารูปวาดที่มีชื่อเสียง เป็นต้น

ทรัพย์สินซึ่งเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจากความสำคัญของสิ่งที่เก็บรักษาอยู่

ในกรณีนี้ทรัพย์สินซึ่งถูกจัดให้เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่ได้มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดีโดยคุณค่าของทรัพย์สินเอง แต่มีคุณค่าในแง่ของสถานที่เก็บรักษา ทรัพย์สินดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ได้แก่

ก. อาคารซึ่งมีความมุ่งประสงค์ที่จะป้องกันรักษาสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม

อาคารซึ่งมีความมุ่งประสงค์ในการป้องกันรักษาสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม ได้แก่ ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ อาคารซึ่งเป็นคลังเก็บสิ่งของที่สำคัญ หรือที่หลบภัยซึ่งมีความมุ่งหมาย

²⁶ *Ibid.*, p. 52.

²⁷ *Ibid.*, p. 53.

ในการกำบังทรัพย์สินวัฒนธรรม

ข. อาคารซึ่งมีความมุ่งประสงค์ที่จะแสดงทรัพย์สินวัฒนธรรม เช่น พิพิธภัณฑ์ หอแสดงภาพ

ศูนย์กลางซึ่งมีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจำนวนมาก

สถานที่ซึ่งมีทรัพย์สินวัฒนธรรมที่ได้กล่าวมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นสิ่งหาทรัพย์สินวัฒนธรรมหรืออสังหาทรัพย์สินวัฒนธรรมเป็นจำนวนมากในสถานที่ใกล้เคียงกัน อนุสัญญาได้จำกัดความให้เป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมที่เรียกว่า “ศูนย์กลางที่มีอนุสาวรีย์” ได้แก่ นครรัฐวาติกัน ซึ่งประกอบด้วยอาคารซึ่งทรงคุณค่าทางศาสนาซึ่งอยู่รวมกันเป็นหมู่ใหญ่

จะเห็นได้ว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” ตามที่ได้จำกัดความตามอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ.1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร สามารถแบ่งออกได้เป็นประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

1. ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม ได้แก่ สิ่งหาทรัพย์สินหรืออสังหาทรัพย์สินซึ่งมีความสำคัญต่อมรดกวัฒนธรรม ศิลปกรรม ทำเลที่ตั้งทางโบราณคดี เป็นต้น

2. ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่าเนื่องจากเป็นที่เก็บรักษาทรัพย์สินวัฒนธรรม เช่น พิพิธภัณฑ์ หอสมุด หอแสดงภาพ เป็นต้น

จากคำจำกัดความของคำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ.1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร ดังกล่าวข้างต้นนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองสิ่งหาทรัพย์สินและอสังหาทรัพย์สินจากภัยอันตรายอันเกิดจากสงครามในกรณีที่มีการทำลายสถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ มาตรการคุ้มครองทรัพย์สินดังกล่าว จึงถูกกำหนดให้มีขึ้นโดยเฉพาะต่อทรัพย์สินที่มีความสำคัญอย่างใหญ่หลวง (Great Importance) รวมทั้งบรรดาอาคารที่เป็นที่เก็บรวบรวมทรัพย์สินเหล่านั้นด้วย คำจำกัดความของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ.1954 ได้ให้ความหมายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้อย่างกว้างๆ โดยคำนียามนี้มีขอบเขตที่กินความถึงสิ่งหาทรัพย์สินและอสังหาทรัพย์สิน แต่บรรทัดฐานที่สำคัญที่อนุสัญญานี้ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ก็คือ ทรัพย์สินเหล่านั้นจะต้องมีความสำคัญอย่างใหญ่หลวงต่อมรดกทางวัฒนธรรมของประชาชนทั้งหมด

3. ขอบข่ายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

จากการวิเคราะห์ถึงขอบข่ายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในบรรดากฎข้อบังคับระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น อาจถูกพิจารณาถึงขอบข่ายความสำคัญของคุณค่าทรัพย์สินวัฒนธรรมได้เป็น 2 ขอบข่าย ดังนี้

3.1 ทรัพย์สินวัฒนธรรมในฐานะที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรม (Cultural Heritage)

เป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและรักษาไว้ ดังจะเห็นได้จากทั้งสนธิสัญญาในระดับภูมิภาคและในระดับระหว่างประเทศที่ได้มีการทำขึ้น เช่น ในอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ.1899 และปีค.ศ.1907 ว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก รวมทั้ง Washington Pact ปี ค.ศ. 1935 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทนำของอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ. 1954 ซึ่งได้กล่าวว่า²⁸

²⁸ Preamble of The International Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954

“ The High Contracting Parties,

Recognizing that cultural property has suffered grave damage during recent armed conflict and that, by reason of the developments in the technique of warfare, it is in increasing danger of destruction;

Being convinced that damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind, since each people makes its contribution to the culture of the world;

Considering that the preservation of the cultural heritage is of great importance for all peoples of the world and that it is important that this heritage should receive international protection

Guided by the principles concerning the protection of cultural property during armed conflict, as established in the Conventions of the Hague of 1899 and of 1907 and in the Washington Pact of 15 April, 1935:

“เนื่องด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าทางทหาร รัฐภาคีอนุสัญญาต่างก็ได้ตระหนักดีว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมได้ถูกทำลายอย่างแสนสาหัสในระหว่างสงครามด้วยเหตุผลของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของสงคราม อันเป็นผลอันตรายและความเสียหายนั้นส่งผลให้การทำลายล้างเกิดเพิ่มมากขึ้น เชื่อว่าความเสียหายที่มีต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมที่เป็นของใครคนใดคนหนึ่งนั้นหมายถึง ความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมของบรรดามวลมนุษยชาติ นับตั้งแต่มนุษย์ได้ทำให้สิ่งเหล่านั้นแพร่หลายต่อวัฒนธรรมของโลก ซึ่งควรพิจารณาว่าการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมนั้นเป็นความสำคัญอย่างยิ่งใหญ่หลวงต่อประชาชนทั้งหมดในโลก และเป็นสิ่งที่สำคัญว่ามรดกเหล่านี้สมควรจะได้รับการป้องกันในระดับระหว่างประเทศ โดยได้รับแนวทางจากหลักที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในระหว่างสงครามที่ได้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1907 และใน Washington Pact ปี ค.ศ. 1935 มีความเห็นร่วมกันว่า ความคุ้มครองเหล่านี้จะไม่สามารถเกิดผลได้เลย ถ้าไม่มีมาตรการระดับในประเทศและระหว่างประเทศคอยควบคุมในเวลาสันติ และการวางนโยบายในการที่จะใช้ขั้นตอนที่เป็นไปได้ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม”

จากการพิจารณาเห็นว่า อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการป้องกันทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าทางทหารปีค.ศ.1954 เป็นผลต่อเนื่องมาจากอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ.1907 ว่าด้วยเรื่องกฎหมายและพิธีศาลการในสงครามภาคพื้นดิน ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่ในอนุสัญญานับนี้ได้มีการจัดให้มีรูปแบบเบื้องต้นในการคุ้มครองในทางระหว่างประเทศ โดยมีเนื้อหาสาระที่เน้นไปทางด้านศิลปะ วิทยาศาสตร์ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ ซึ่งเมื่อได้ศึกษาในอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ.1954 จะเห็นได้ว่า แนวความคิดหลักของอนุสัญญานับนี้มองว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นรูปแบบของมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษยชาติที่ทุกรัฐจะต้องร่วมมือกันในการพิทักษ์รักษาในยามที่เกิดกรณีขัดกันทางการค้าทางทหาร ทั้งนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีความปฏิบัติและมาตรการในการคุ้มครองรวมทั้งเคารพต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่รัฐจำเป็นจะต้องปฏิบัติในยามสู้รบเพื่อป้องกันมิให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกทำลายเนื่องจากผลของกรณีขัดกันทางการค้าทางทหาร

Being of the opinion that such protection cannot be effective unless both national and international measures have been taken to organize it in time of peace;

Being determined to take all possible steps to protect cultural property; ...”

3.2 ทรัพย์สินวัฒนธรรมในฐานะเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของรัฐ (Cultural Identity)

จากการพิจารณาในอนุสัญญาปีค.ศ.1970 ว่าด้วยวิธีการห้ามและป้องกันการนำเข้าและส่งออก และการโยกย้ายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย²⁹ ในส่วนของบทนำซึ่งมีเนื้อหาสาระที่มีส่วนกระตุ้นให้บรรดาพิพิภภัณฑ์ หน่วยงาน และสถาบันต่างๆ ที่รับผิดชอบในการสงวนรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมหลักเล็งในการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มีการนำเข้าหรือส่งออกหรือโอนกรรมสิทธิ์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในบทนำของอนุสัญญานี้ได้กล่าวไว้ว่า

“...โดยพิจารณาถึงว่าการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมระหว่างชาติ โดยจุดมุ่งหมายในทางวิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม และการศึกษา เป็นการเพิ่มพูนความรู้ในเรื่องความเจริญรุ่งเรืองของมนุษย์ เสริมสร้างชีวิตทางวัฒนธรรมของประชาชนทั้งหมดและก่อให้เกิดความเคารพและความชื่นชมร่วมกันในระหว่างชาติ

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นได้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบพื้นฐานของความเจริญรุ่งเรืองและวัฒนธรรมของชาติ และคุณค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะได้รับการชื่นชมได้ ก็เฉพาะที่เกี่ยวกับข้อมูลที่เป็นไปได้อย่างมากที่สุดในเรื่องจุดกำเนิด ประวัติศาสตร์ และสถานที่ตั้งตามประเพณีดั้งเดิม...”

โดยพิจารณาว่าเป็นหน้าที่ของบรรดารัฐทั้งหลายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีอยู่ภายในดินแดนของตนต่อภัยอันตรายอันเกิดจากการโจรกรรม การลักลอบขุดค้น และการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการป้องกันภัยอันตรายเหล่านี้จึงมีความจำเป็นที่รัฐทุกรัฐจะต้องเพิ่มสำนึกในหน้าที่ทางศีลธรรมในการเคารพมรดกทางวัฒนธรรมของตนและของทุกชนชาติ ทั้งนี้ พิพิภภัณฑ์ หอสมุด และหอเอกสารในฐานะที่เป็นสถาบันทางวัฒนธรรม จะต้องมั่นใจว่าของสะสมที่ตนเองมีอยู่นั้น ได้จัดให้มีขึ้นด้วยหลักศีลธรรมที่ได้รับการยอมรับอย่างสากล

จะเห็นได้ชัดเจนว่า อนุสัญญาปีค.ศ.1970 ได้เน้นถึงความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่รัฐมีอยู่ในดินแดนและคุ้มครองเพื่อให้รอดพ้นจากภัยอันตรายต่างๆ โดยนำหลักศีลธรรมมาช่วยในการกำหนดหน้าที่และขอบเขตที่รัฐนั้นจะต้องกระทำการ ดังนั้นอนุสัญญานี้ จึงมองว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของแต่ละรัฐในการป้องกันไม่ให้เกิดภัยอันตราย

²⁹ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970

ใดๆ โดยเน้นหนักไปในเรื่องความเป็นชาติมากกว่าอนุสัญญาปีค.ศ.1954 ที่เน้นในเรื่องความเป็นระหว่างประเทศ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงขอบข่ายของทรัพย์สินวัฒนธรรมแล้ว ทรัพย์สินวัฒนธรรมจึงมีทั้งคุณค่าสำหรับรัฐที่เป็นแหล่งกำเนิด เนื่องจากเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมและมีคุณค่าในทางสากล เนื่องจากเป็นสิ่งที่บ่งบอกความเจริญของมวลมนุษยชาติและเป็นองค์ความรู้ที่สำคัญ การคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารจึงมีเนื้อหาไม่เพียงแต่จะคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมภายในรัฐภาคีของอนุสัญญาเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐอื่นด้วย

4. ลักษณะสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาจากนิยามคำจำกัดความ “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” ทั้งจากกฎข้อบังคับระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องและจากอนุสัญญากรุงเฮกปีค.ศ.1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร รวมทั้งพิจารณาถึงขอบข่ายของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแล้ว จะเห็นได้ว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครองนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะ คือ

1. ทรัพย์สินซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ ไม่ว่าจะเป็นสิ่งสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม หรืออสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรมซึ่งทำให้สามารถกำหนดกรอบของทรัพย์สินวัฒนธรรมให้สามารถครอบคลุมต่อความหมายของทรัพย์สินวัฒนธรรมในแต่ละรัฐได้โดยอาศัยมาตรการภายในของแต่ละรัฐในการพิจารณากำหนดกรอบและขอบเขตของทรัพย์สินวัฒนธรรมเอง

2. ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ คุณค่าทางศิลปะ คุณค่าทางโบราณคดี อีกทั้งยังรวมถึงการสะสมทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินทางศาสนาหรือทรัพย์สินอื่นๆ ทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่ถูกจำกัดด้วยคุณลักษณะทางเวลา

3. บรรดาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งจะพิจารณาครอบคลุมไปถึงสถานที่ซึ่งใช้เก็บรักษาหรือแสดงทรัพย์สินวัฒนธรรม ซึ่งแม้ว่าอาคารหรือสถานที่จะไม่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมด้วยตัวของมันเอง แต่ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เนื่องจากมีความสำคัญในฐานะเป็นที่เก็บรักษาหรือสถานที่ซึ่งแสดงทรัพย์สินวัฒนธรรม และ

4. บรรดาอสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม ซึ่งต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งอุทิศเพื่อศาสนา วิทยาศาสตร์ ศิลปะ การกุศล และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์โดยอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องไม่ได้ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารและมีการบ่งชี้ด้วยเครื่องหมายที่เห็นได้ในระยะไกล

5. กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการทหาร

ในสมัยก่อนการใช้กำลังทางทหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนอกจากจะเป็นเครื่องมือและมาตรการปกติที่รัฐมักจะใช้ในการรักษาเอกราชและอธิปไตยของตน ปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของชาติ และเป็นมาตรการสำหรับใช้ในการบีบบังคับให้รัฐอื่นเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายและพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ได้ทำเอาไว้แล้ว รัฐมักจะใช้สงครามเป็นเครื่องมือในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ รวมทั้งใช้ในการขยายอาณาเขตของตนเอง ยังผลให้มีการทำสงครามระหว่างประเทศเสมอมาในประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติในอดีต เช่น เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐ ย่อมต้องการหาหนทางที่จะยุติความขัดแย้งในรูปแบบต่าง นั่นคือ กฎซึ่งกำหนดให้ผู้ที่แข็งแกร่งกว่าย่อมอยู่รอด ดังนั้นการใช้กำลังของผู้ที่ตระหนักดีว่าตนเองมีกำลังเหนือกว่าฝ่ายตรงข้ามก็ย่อมถูกนำมาใช้ ก็คือการก่อให้เกิดสงครามโดยที่การทำสงครามหรือการใช้กำลังในอดีตไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอยู่ในลักษณะของการใช้กฎป่า (Law of the Jungle) รัฐมีเสรีภาพที่จะใช้กำลังในกรณีใดเมื่อใดในลักษณะใดก็กระทำได้โดยไม่มีข้อห้ามสิทธิในการทำสงคราม ถือว่าเป็นสิทธิสำคัญอันหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐ

ในคริสต์ศตวรรษที่ 13 - 14 ได้มีนักนิติศาสตร์สองท่านในยุคนั้น คือ Saint Thomas และ Saint Augustin ได้ให้ความเห็นว่าเหตุผลยุติธรรมซึ่งทำให้สงครามเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเป็นการทำสงครามด้วยเหตุผล 4 ประการ คือ

- (1) เพื่อรุกรานการตอบโต้ของศัตรู
 - (2) เอาทรัพย์สินที่ถูกเอาไปโดยมิชอบกลับคืน
 - (3) เพื่อลงโทษการกระทำที่ไม่ยุติธรรม
 - (4) เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มี
- ชอบ

ในคริสต์ศตวรรษที่ 16 Grotius ก็ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่าสงครามเป็นสิ่งที่ต้องกับธรรมชาติและชีวิตในสังคมและเป็นสิทธิของรัฐที่จะทำสงครามได้ สงครามที่เป็นธรรมนั้นจะต้องเป็นสงครามที่ชอบธรรมในฐานะที่เป็นการใช้กำลังต่อต้านกับความอยุติธรรม ส่วนอะไรเป็นความยุติธรรมนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) คือ ความสำนึกร่วมกันของมนุษย์ในความถูกต้อง และความมีเหตุผลนั่นเอง³⁰

การทำสงครามที่จะถือว่าเป็นการทำสงครามที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องเป็นสงครามยุติธรรม (just war) โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1. ต้องมีการประกาศโดยผู้มีอำนาจ (just title)
2. ต้องมีมูลเหตุจูงใจเพื่อความยุติธรรมและต้องทำไปไม่เกินสัดส่วนของความรุนแรงที่ตนได้รับ (just cause)
3. จะกระทำได้ต่อเมื่อจำเป็น คือ ไม่มีวิถีทางอื่นใดแล้ว เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรม (necessity)
4. ต้องกระทำไปในลักษณะที่ยุติธรรม เพื่อก่อตั้งระเบียบของสังคมขึ้นมาใหม่ (just conduct)

ดังนั้น การทำสงครามใดที่ไม่เข้าเงื่อนไข 4 ประการดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำสงครามที่ไม่ยุติธรรม (unjust war)³¹

ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ถึงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับผลประโยชน์อันสำคัญยิ่ง โดยแต่ละรัฐเป็นผู้ตัดสินโดยตนเองแต่ผู้เดียวว่าผลประโยชน์อะไรที่เป็นผลประโยชน์สำคัญยิ่ง แนวความคิดนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับความถูกต้องตามกฎหมายสงคราม แต่ถือว่าเป็นข้ออ้างในทางการเมืองที่นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองโฆษณาชวนเชื่อ กฎเกณฑ์จารีตประเพณีที่มีอยู่มิได้จำกัดเกี่ยวกับสิทธิของรัฐที่จะทำสงคราม

หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 จบสิ้นลง ผลลัพธ์ของสงครามได้ถูกเปิดเผยให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงความรุนแรง ความทารุณโหดร้าย และความสูญเสียทั้งชีวิตและทรัพย์สินเป็นอันมาก จะ

³⁰ อรุณ ภาณุพงศ์, “กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการใช้กำลัง”, เอกสารประกอบการสอนวิชา กฎหมายระหว่างประเทศกับปัญหาการเมืองปัจจุบัน ระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, น. 3.

³¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “หลักการห้ามการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ใน รพี 38 จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : 2538), น. 1.

ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับสงคราม โดยเห็นได้จากการมีผลใช้บังคับของกติกา สันนิบาตชาติในปี ค.ศ.1920 และกติกากรุงปารีส ค.ศ.1928 จนกระทั่งในปี ค.ศ.1945 ได้มี บทบัญญัติใน มาตรา 2 อนุมาตรา 4³² แห่งกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่สำคัญ ของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันเกี่ยวกับหลักการห้ามใช้กำลังรวมถึงการห้ามใช้กำลังทาง ทหารในทุกรูปแบบซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า สงคราม เพราะความจริงที่ว่ารัฐอาจจะกระทำ การเป็นศัตรูต่อกันโดยที่ต่างฝ่ายต่างก็ปฏิเสธว่าไม่ได้อยู่ในสงคราม เช่น กรณีเหตุการณ์ปะทะ ชายแดนเล็กๆน้อยๆ ไปจนกระทั่งถึงปฏิบัติการทางทหารขนาดใหญ่

สงครามได้มีวิวัฒนาการมาโดยตลอด จนในปัจจุบันการทำสงครามระหว่างรัฐได้ กลายเป็นสงครามเบ็ดเสร็จ คือ รัฐคู่สงครามต่างมุ่งหมายที่จะทำลายล้างกันมีการต่อสู้ที่กระทำทุก วิถีทางโดยรัฐคู่สงครามจะใช้ทรัพยากร อาวุธ และเครื่องมือทุกชนิดที่มีโดยไม่มีข้อจำกัด เพื่อ ทำลายล้างฝ่ายตรงข้าม ซึ่งในอดีตนั้นกฎหมายสงครามจะปรับใช้ได้เฉพาะกับกรณีที่ได้รับ การรับรองจากฝ่ายต่างๆในสงครามเท่านั้น จะกระทั่งในปัจจุบันการปรับใช้ในทางปฏิบัติที่จะชี้ชัด ได้ยากว่าอยู่ในสถานะสงครามหรือไม่ จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้แนวคิดจากกฎหมายสงครามเปลี่ยน มาเป็นกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งเกิดจาก

1. รูปแบบของการสู้รบที่เปลี่ยนแปลงไป

วิวัฒนาการของสงครามตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันนั้น รูปแบบของสงครามจะต้องเป็น การต่อสู้ระหว่างรัฐอย่างน้อย 2 รัฐขึ้นไปโดยใช้กำลังของกองทัพ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ แสดงถึงความเป็นศัตรูระหว่างกันโดยจุดมุ่งหมายของรัฐที่กระทำสงครามคือ ผลประโยชน์ของชาติ แต่ปัจจุบันเมื่อมีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีทำให้การพิจารณาว่าอยู่สถานะสงคราม หรือไม่ ไม่อาจกำหนดได้แน่นอนเหมือนเช่นในอดีต การกระทำเหล่านั้นบางครั้งเป็นเพียงการ ขัดกันทางกำลังทหาร ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการนิยามคำว่า สงคราม มาเป็นการ ขัดกันทางกำลังทหารเพื่อให้มีขอบเขตที่กว้างขวางขึ้นในปัจจุบัน³³

³² มาตรา 2 อนุมาตรา 4 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ บัญญัติว่า “ ในความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจะต้องละเว้นการคุกคาม หรือการใช้กำลังต่อบูรณภาพแห่งอาณา เขต หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับ ความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ “

³³ Christab Meindersma, “ Violations of Common Article 3 of the Geneva Convention as Violations of the Laws or Customs of war under Article 3 of the Statue of

2. ขอบเขตของการสู้รบเปลี่ยนแปลงไป

จากเหตุการณ์ของสงครามโลกครั้งที่ 1 การทำสงครามระหว่างรัฐที่มีลักษณะเป็นสงครามแบบเบ็ดเสร็จ รัฐคู่สงครามต่างมุ่งหมายที่จะทำลายล้าง วิธีการสู้รบที่มีการขยายตัวมากขึ้น เช่น การทิ้งระเบิดจากเครื่องบิน การใช้แก๊สพิษ จนมาถึงยุคของสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่มีการใช้อาวุธนิวเคลียร์ต่อกัน ทำให้มีพลเรือนและทหารถูกสังหารเป็นจำนวนมาก

กฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารหรือกฎหมายสงครามนั้น เรียกอีกอย่างว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งมีความเหมือนกัน แต่ในองค์กรระหว่างประเทศมหาวิทยาลัยรวมทั้งบรรดารัฐต่างๆ ล้วนแต่นิยมเรียกกฎหมายนี้ว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

5.1 คำจำกัดความของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศภาคสงครามเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณีเพื่อใช้ปกป้องและช่วยเหลือผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออันเกิดจากการสู้รบด้วยเหตุผลทางด้านมนุษยธรรมเพื่อจำกัดสิทธิของฝ่ายที่พิพาทกันในการใช้วิธีสู้รบและปกป้องบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการสู้รบ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงเป็นกฎหมายซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่มุ่งคุ้มครองผู้ที่ไม่สามารถสู้รบได้และมุ่งในการจำกัดวิธีการและปัจจัยแห่งการสู้รบ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงหมายถึง กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอันมาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งนำมาปรับใช้กับสถานการณ์พิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ หรือกรณีไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ เพื่อจำกัดสิทธิของคู่พิพาทในการกำหนดวิธีการและอาวุธในการโจมตี และคุ้มครองบุคคลรวมไปจนถึงทรัพย์สินที่ถูกกระทบหรืออาจถูกกระทบในกรณีพิพาทนั้น

จากวิวัฒนาการทางด้านมนุษยธรรมระหว่างประเทศนั้น เป็นการวิวัฒนาการถึงความสมดุลระหว่างความจำเป็นทางด้านการทหารและความจำเป็นทางด้านมนุษยธรรม โดยในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศสามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 สาขา คือ³⁴

ก. กฎหมายเจนีวา

จุดเริ่มต้นของหลักกฎหมายที่เรียกกันว่า กฎหมายของกรุงเจนีวา (Geneva Law) นั้น คือ อนุสัญญาเจนีวาเพื่อปรับปรุงสถานะของทหารที่บาดเจ็บในสนามรบให้ดีขึ้น ค.ศ.1864 (The Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded in armed forces in the field) โดยอนุสัญญานี้มีจุดประสงค์ในการพยายามปกป้องทหารที่บาดเจ็บหรือป่วยในสนามรบ รวมทั้งรถฉุกเฉิน โรงพยาบาลทหาร แพทย์ และบุคลากรทางการแพทย์อื่นๆ ด้วยซึ่งกฎหมายของกรุงเจนีวานั้นถูกบัญญัติขึ้นจากมุมมองของเหยื่อของสงคราม ผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย เรืออับปาง นักโทษสงคราม และพลเรือน กฎหมายของกรุงเจนีวาได้บัญญัติขึ้นเพื่อทำให้เกิดความแน่ใจว่าจะมีการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมกับผู้ที่มีโชคร้ายและผู้ที่เป็ทหารรวมทั้งเพื่อปกป้องบุคคลบางประเภท อีกทั้งยังเพื่อลดความทารุณโหดร้ายของสงครามลงด้วย³⁵ ในปีค.ศ.1929 ได้มีการแก้ไขอนุสัญญานี้ขึ้นมาเป็นอนุสัญญาเจนีวาว่าด้วยผู้บาดเจ็บ และป่วย (The Geneva Convention on wounded and sick) และได้มีการสร้างอนุสัญญาเพิ่มขึ้นอีกฉบับ คือ อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ค.ศ.1929 (The Geneva Convention relation to the treatment of prisoner of war) ซึ่งให้การปกป้องแก่เชลยศึก จนกระทั่งในปีค.ศ.1949 สาระของกฎหมายสงครามนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งในทางปฏิบัติมีผลผูกพันรัฐทั้งปวงในทางระหว่างประเทศกล่าวคือ

1. อนุสัญญากรุงเจนีวา ฉบับที่ 1 เพื่อการปรับปรุงเงื่อนไขของผู้ได้รับบาดเจ็บและเจ็บป่วยของกองทัพในสนามรบ (The Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field)

³⁴ เบอ์นาค โอเบอ์สัน, คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศตอบคำถามคุณ, แปลโดยประสิทธิ์ เอกบุตร, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา), น. 5.

³⁵ Jean Pictet, “ The need to restore the laws and customs relating to armed conflict”, The Review of International Commission of Jurists 10 (March 1969), p.23.

2. อนุสัญญากรุงเจนีวา ฉบับที่ 2 เพื่อการปรับปรุงเงื่อนไขของผู้ได้รับบาดเจ็บและเจ็บป่วยและเรืออับปางของสมาชิกของกองทัพในทะเล (The Geneva Convention for the amelioration of the condition of wounded, sick and shipwrecked members of the armed force)

3. อนุสัญญากรุงเจนีวา ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อนักโทษสงคราม (The Geneva Convention relative to the treatment of prisoner of war)

4. อนุสัญญากรุงเจนีวา ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในภาวะสงคราม (The Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of War)

อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับข้างต้นมีรัฐเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาเป็นจำนวนมาก โดยเนื้อหาส่วนใหญ่ของอนุสัญญาเหล่านี้ก็ได้รับการยอมรับกันทั่วไปว่ามีลักษณะเป็นการประกาศกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญาดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับกับรัฐที่ยังไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญา แต่ก็ต้องผูกพันในฐานะที่กฎเกณฑ์มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นับว่าอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ.1949 ทั้ง 4 ฉบับนี้ เป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้ประมวลไว้ซึ่งการปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบที่สำคัญที่สุดในปัจจุบัน โดยอนุสัญญาแต่ละฉบับไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในการกำหนดหรือเคร่งครัดในเรื่องการดำเนินการสู้รบ แต่มีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องทางด้านมนุษยธรรมเท่านั้น และต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1977 ได้มีการออกพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาถึง 2 ฉบับด้วยกัน โดยพิธีสารเพิ่มเติมฉบับแรกเป็นเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองมากขึ้นแก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 1977 (1977 Protocol Additional to the Geneva Convention relating to the protection of victims of international armed conflict) หรือที่มักเรียกกันว่า “พิธีสารฉบับที่ 1” หรือ “Protocol I” และยังมีพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองมากขึ้นแก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบที่ไม่ใช่การสู้รบระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977 (1977 Protocol Additional to the Geneva Convention relating to the protection of victims of non – international armed conflict) หรือที่เรียกว่า “พิธีสารฉบับที่ 2” หรือ “Protocol II”

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงเป็นระบบที่มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การให้มนุษย์ได้รับการคุ้มครองจากการคุกคามและจากภัยอันตรายต่างๆ ของการขัดกันทางกำลังทหาร

หรือจากสถานการณ์ต่างๆ ของการใช้ความรุนแรงของมนุษย์เพื่อที่จะคุ้มกันบูรณภาพของบุคคล และรวมไปจนถึงสิ่งแวดล้อมทั้งหลายของบุคคลด้วย³⁶

ข. กฎหมายเฮก

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายกรุงเฮกก็มีลักษณะทำนองเดียวกันกับกฎหมายของกรุงเจนีวา คืออยู่ในรูปของอนุสัญญากรุงเฮกหลายฉบับ แต่ได้รับการรับรองกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอนุสัญญาซึ่งทำขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้สู้รบ และจำกัดขอบเขตวิธีการและปัจจัยในการสู้รบเพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามได้รับความเสียหาย ซึ่งได้มีการตกลงและลงนามกัน ณ นครเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ โดย Law of Hague นี่เป็นผลของการประชุมกรุงเฮกครั้งแรก ในปีค.ศ.1899 ซึ่งได้มีการออกปฏิญญาแห่งกรุงเฮกฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1899 เกี่ยวกับการห้ามยิงกระสุนหรือทิ้งระเบิดมาจากบอลลูนและการแพร่กระจายของแก๊สที่ทำให้สลบ หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ รวมทั้งการประชุมที่เฮกครั้งที่ 2 ในปีค.ศ.1907 ที่ประชุมก็ได้รับเอาอนุสัญญาถึง 13 ฉบับซึ่งเป็นการแก้ไขและขยายขอบเขตของ The Hague Declaration 1899

1. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ฉบับที่ 1 ว่าด้วยการจัดการสันติภาพเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ บนพื้นฐานของการเคารพกฎหมาย (1907 Hague Convention I relating to the pacific settlement on the basis of respect for laws)
2. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ฉบับที่ 2 ว่าด้วยการจำกัดกำลังเพื่อกำหนดหนี้สินตามสัญญาฉบับคืนมา (1907 Hague Convention II for the limitation of force for the recovery of contractual debts)
3. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ.1907 ฉบับที่ 3 เกี่ยวกับการเริ่มการสู้รบ (1907 Hague Convention III relating the opening of hostilities)
4. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 4 ว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก (1907 Hague Convention IV respecting the laws and customs of war on land)

³⁶ คริสตอฟ สวินนาร์สกี, “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับสิทธิมนุษยชน”, แปลโดย ประสิทธิ์ เอกบุตร, วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 27 ปีที่ 4 น. 1171 (ธันวาคม 2540)

5. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 5 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของประเทศเป็นกลางในสงครามทางบก (1907 Hague Convention V respecting the law and duties of neutral powers and persons in case of war on land)
6. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 6 ว่าด้วยสถานะของเรือสินค้าศัตรูเมื่อเกิดสงคราม (1907 Hague Convention VI relating to the status of enemy merchant ships at the outbreak of hostilities)
7. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 7 ว่าด้วยการเปลี่ยนเรือสินค้าเป็นเรือรบ (1907 Hague Convention VII relating to the conversion of merchant ships into warships)
8. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 8 ว่าด้วยการวางทุ่นระเบิดใต้น้ำชนิดกระทบแล้วระเบิด (1907 Hague Convention VIII relative to laying of automatic submarine contact mines)
9. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 9 ว่าด้วยการระดมยิงโดยกองเรือในเวลารบ (1907 Hague Convention IX concerning bombardment by naval forces in time of war)
10. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 10 เกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ของอนุสัญญาเจนีวาในสงครามทางทะเล (1907 Hague Convention X for the adaptation to maritime warfare of the principles of the Geneva Convention of 1864)
11. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 11 ว่าด้วยข้อจำกัดในการใช้สิทธิจับกุมในสงครามทางทะเล (1907 Hague Convention XI relative to certain restrictions with regard to the exercise of the right of capture in naval war)
12. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 12 ว่าด้วยการจัดตั้งศาลทรัพย์สินเชลยศึกระหว่างประเทศ (1907 Hague Convention XII for creating an international prize court)
13. อนุสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 13 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่เป็นกลางในสงครามทางทะเล (1907 Hague Convention XIII concerning the rights and duties of neutral powers in naval war)

อันเนื่องมาจากผลของสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่มีการปฏิบัติต่อคู่สงครามอย่างไร้มนุษยธรรม เพื่อเป็นการปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบจากความทารุณโหดร้ายของสงคราม คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศจึงได้พยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ จนกระทั่งได้มีการจัดทำอนุสัญญาเจนีวาในปี ค.ศ. 1949 เพื่อปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบจากภัยสงครามจำนวน 4 ฉบับ โดยในอนุสัญญาเจนีวา 3 ฉบับแรก เป็นการขยายกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่มีอยู่ให้กว้างขวางขึ้น คือ การปกป้องผู้ป่วย และผู้ได้รับบาดเจ็บในกองทัพ และบุคคลที่มีสถานะเดียวกันในทะเล เรืออับปาง และนักโทษสงคราม ส่วนในอนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 ได้วางพื้นฐานในการปกป้องพลเรือนในดินแดนศัตรู และในดินแดนที่ถูกยึดครอง ซึ่งเมื่อครั้งสงครามโลกครั้งที่ 2 ดินแดนเหล่านี้ได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายมนุษยธรรมกันมาก ถือเป็นการขยายเพิ่มเติมอย่างมากของการปกป้องที่ยังจำกัดอยู่ในระเบียบกฎหมาย Hague ค.ศ. 1907 ฉบับที่ 3 จึงนับว่าอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับนี้ เป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศที่ได้ประมวลไว้ซึ่งการปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบที่สำคัญที่สุดในปัจจุบัน โดยอนุสัญญาแต่ละฉบับไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในการกำหนดหรือเคร่งครัดในเรื่องการดำเนินการสู้รบ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องทางด้านมนุษยธรรมเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎระเบียบของกฎหมาย Hague ค.ศ. 1907 ได้ประมวลขึ้นเกี่ยวกับการสู้รบบนพื้นดิน ในขณะที่ที่อนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ค.ศ. 1949 ได้วางบทบัญญัติทางด้านมนุษยธรรมในการปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการสู้รบ

ความแตกต่างระหว่างกฎหมายเฮกและกฎหมายเจนีวา คือ กฎหมายเฮกเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สงครามในการดำเนินการทำสงครามรวมทั้งจำกัดสิทธิของคู่สงครามในการเลือกวิธีและวิถีทางในการทำสงครามเพื่อให้ฝ่ายตรงข้ามได้รับความเสียหาย ส่วนกฎหมายเจนีวาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อทำให้เกิดความแน่ใจว่าจะมีการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมกับผู้ที่ไม่ใช่ทหารและผู้ที่เป็ทหาร รวมทั้งปกป้องบุคคลบางประเภท อีกทั้งยังเพื่อลดความทารุณโหดร้ายจากสงครามลงด้วย

ในความเป็นจริงกฎหมายทั้งสองนี้ก็ได้แยกจากกันโดยเด็ดขาดในทางปฏิบัติ เนื่องจากผลของกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลเกี่ยวพันกัน เพราะกฎเกณฑ์บางกฎเกณฑ์ของกฎหมาย Hague มีผลในการคุ้มครองเหยื่อในการสู้รบคล้ายกันกับหลักในกฎหมาย Geneva และในทางเดียวกันกฎเกณฑ์ของกฎหมาย Geneva บางข้อก็มีผลในการจำกัดการกระทำของผู้ที่สู้รบเช่นกัน

โดยในเวลาต่อมาได้มีการรวมเอากฎหมายทั้งสองฉบับนี้เอาไว้ด้วยกันอย่างชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น กฎหมายผสมผสาน ได้แก่ อนุสัญญาปี ค.ศ.

1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า พินิจสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1954 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1977

5.2 ลักษณะของการขัดกันทางการค้า

กฎบัตรสหประชาชาติได้หลีกเลี่ยงคำว่า “สงคราม” (War) โดยใช้คำว่า “การคุกคามหรือใช้กำลัง” (Threat or Use of Force) แทนที่คำว่า “สงคราม” ซึ่งนักกฎหมายระหว่างประเทศมีความเห็นที่สอดคล้องกันว่า คำว่า “สงคราม” ยังอาจไม่ครอบคลุมสถานการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ และมุ่งที่จะให้สถานการณ์ดังกล่าวได้รับความคุ้มครอง หรือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์และข้อบังคับว่าด้วยสงครามเช่นกัน ดังนั้น ในการประชุมเพื่อยกร่างอนุสัญญาเจนีวาทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศได้จัดขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1945 ถึงปี ค.ศ. 1948 ซึ่งมีผู้เชี่ยวชาญจากหลากหลายประเทศ³⁷ ได้ใช้คำว่า “การขัดกันทางการค้า” (Armed Conflict) เพื่อประกอบสถานการณ์ ซึ่งมีใช้สงครามที่ได้มีการประกาศ หรือ ในกรณีที่การพิพาททางการค้า อันมิได้มีลักษณะเป็นกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นในอาณาเขตของอำนาจอธิปไตยโดยมาตรา 2 วรรค 1 ของอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 บัญญัติว่า “ อนุสัญญาจะนำมาใช้บังคับแก่บรรดากรณีสงครามที่ได้มีการประกาศ หรือกรณีพิพาททางการค้าอื่นใด ซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างอำนาจอธิปไตยทั้งสองฝ่าย หรือกว่านั้นขึ้นไป แม้ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะมีได้รับรองว่ามีสถานสงครามก็ตาม ” ซึ่งแสดงว่าสงครามที่ได้มีการประกาศ เป็นเพียงตัวอย่างอันหนึ่งของการพิพาททางการค้าเท่านั้นเอง³⁸ ซึ่งการเปลี่ยนจากคำว่า “สงคราม” มาเป็น “กรณีขัดกันทางการค้า” มีความสำคัญในการนำมาใช้ในอนุสัญญาเจนีวา และนอกจากอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 และพินิจสารเพิ่มเติมอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ที่ใช้คำว่า “กรณีขัดกันทางการค้า” ในมาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า ก็ใช้คำเช่นเดียวกันกับข้อมติของสหประชาชาติ³⁹ ที่ได้คำว่า การเคารพสิทธิมนุษยชนในกรณีขัดกันทางการค้ารวมทั้งมาตรา 3 รวมของอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ที่

³⁷ Adam Roberts and Richard Guelff, Documents on the laws of War (Oxford : Clarendon Press, 1982), p. 169.

³⁸ Rudolf Dolzer, “ Armed Conflict ”, Encyclopedia of Public International Law : Use of Force War and Neutrality Peace Treaties (A-M) 3 (1982), pp. 25-26.

³⁹ *Ibid.*, p. 26.

ได้กำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานอย่างต่ำที่จะเคารพในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร อันมีลักษณะซึ่งไม่เป็นระหว่างประเทศ เช่นเดียวกัน

การใช้คำว่า “กรณีขัดกันทางกำลังทหาร”⁴⁰ เป็นแนวความคิดเพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านกฎหมายมนุษยธรรม การขัดกันทางกำลังทหารที่สำคัญที่สุดในกฎหมายระหว่างประเทศหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คือกรณีขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ และกรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

5.2.1 กรณีขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ (International Armed Conflict)

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) ซึ่งเป็นกฎหมายซึ่งนำมาปรับใช้กับกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร ได้รับกรอบกรณีของการขัดกันทางกำลังทหารไว้ 2 กรณี ซึ่งพิจารณาถึงข้อแตกต่างของทั้งสองกรณีนั้นจากเส้นแบ่งพรมแดนของรัฐ ซึ่งหากกรณีการขัดกันทางกำลังทหารนั้นเกิดขึ้นจากแต่ละฟากของเส้นแบ่งพรมแดนก็นับเป็นกรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ⁴¹ การนำเอากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมาบังคับใช้ก็ต่อเมื่อมี “สถานะสงคราม” ระหว่างรัฐ การต่อสู้ระหว่างรัฐที่แสดงให้เห็นถึงสถานะสงครามนั้น ผู้เป็นฝ่ายในการสู้รบจะต้องมี “เจตนาทำสงคราม” ซึ่งอาจแสดงออกโดยผู้เป็นฝ่ายในสงครามเพียงฝ่ายเดียวก็ถือว่าเป็นการเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงเจตนาซึ่งกันและกันตามหลักการในกฎหมายระหว่างประเทศถือว่าสถานะสงครามเกิดขึ้นและต้องนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสงครามมาบังคับใช้ในเมื่อมีการปฏิบัติการทางทหารต่อประเทศหนึ่งประเทศใด แม้ว่าประเทศดังกล่าวนี้จะไม่ได้ใช้มาตรการทางกำลังอย่างใดอย่างหนึ่งตอบโต้ก็ตาม ซึ่งการประกาศสงครามหรือการยื่นคำขาดให้มีการปฏิบัติตามคำขาดแล้วรัฐผู้รับคำขาดไม่ปฏิบัติตามแสดงให้เห็นถึงเจตนาทำสงคราม

เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ซึ่งได้กำหนดขอบข่ายการบังคับแล้วสามารถพิจารณาได้ว่า กรณีการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศนี้ ได้แก่ บรรดากรณีสงครามที่ได้มีการประกาศ กรณีการขัดกันทางกำลังทหารอย่างอื่นใดซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐสอง

⁴⁰ Robert L. Bledsoe, Boleslaw A. Boczed, “ Armed Conflict : International ” *The International Law Dictionary* (1987), p. 349.

⁴¹ Deitrich Schindler, “ The Different Types of Armed Conflict According to the Geneva Conventions and Protocols”, *RCDAI* 163, No. II, pp.117-163.

ฝ่ายหรือมากกว่านั้น แม้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะไม่ได้รับรองสถานะสงคราม กรณีที่มีการยึดครองอาณาเขตบางส่วน หรือทั้งหมดของรัฐ แม้ว่าการยึดครองนี้จะไม่ได้มีการต่อต้านด้วยกำลังทหาร และตามความในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 เกี่ยวกับการคุ้มครองเหยื่อจากกรณีการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติทั่วไปส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทั่วไปและขอบข่ายแห่งการบังคับใช้พิธีสาร โดยอ้างอิงถึงมาตรา 2 ร่วมในอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949⁴² ให้รวมกรณี “ข้อพิพาททางกำลังทหารซึ่งประชาชนต่างๆ กำลังต่อสู้เพื่อต่อต้านการปกครองแบบอาณานิคม และการครอบครองโดยชนต่างด้าวและเพื่อต่อต้านระบบที่แบ่งผิว ทั้งนี้โดยการใช้สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองดังที่ได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ...”

เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 รวมทั้งพิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 สามารถที่จะแยกกรณีขัดกันทางกำลังทหารออกได้ ดังต่อไปนี้

- 1) กรณีสงครามที่ได้มีการประกาศระหว่างรัฐ
- 2) กรณีการขัดกันทางกำลังทหารอื่นใดที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐ แม้จะไม่ได้มีการรับรองสถานะสงคราม
- 3) กรณีการยึดครองอาณาเขตบางส่วน หรือ ทั้งหมดของรัฐ แม้จะไม่ได้มีการตอบโต้ด้วยกำลังก็ตาม

⁴² มาตรา 2 ร่วมในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ทั้ง 4 ฉบับ บัญญัติว่า “ นอกจากบทบัญญัติที่จะต้องบังคับในยามสงบแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้จะใช้บังคับในกรณีสงครามที่ได้มีการประกาศ หรือกรณีพิพาทกันด้วยอาวุธ ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างภาคีผู้ทำสัญญาสองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไป แม้ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะมิได้รับรองว่ามีสถานะสงครามก็ตาม

อนุสัญญาฉบับนี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดากรณีการยึดครองอาณาเขตบางส่วน หรือทั้งหมดของภาคีผู้ทำสัญญาด้วย แม้ว่าการยึดครองดังกล่าวจะมีได้ประสพต่อการต่อต้านทางทหารก็ตาม

ถ้าประเทศที่พิพาทกันประเทศหนึ่ง มิได้เป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ ประเทศที่เป็นภาคี ยังคงมีความผูกพันกันตามอนุสัญญานี้ ในความสัมพันธ์ระหว่างกันและกันยิ่งกว่านั้น บรรดาประเทศดังกล่าวยังต้องมีความผูกพันตามอนุสัญญานี้ในความสัมพันธ์กับประเทศที่มีได้เป็นภาคีนั้นด้วย หากว่าประเทศนั้นยอมรับและใช้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญานี้ “

- 4) กรณีการขัดกันทางกำลังซึ่งประชาชนต่อสู้เพื่อต่อต้าน การปกครองแบบอาณานิคม การปกครองโดยชนต่างด้าว ระบอบการแบ่งผิว

โดยสรุปกรณีการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศนั้น นอกเหนือที่มุ่งไปยังผู้กระทำอันเป็นรัฐ ยังอาจหมายความว่ารวมถึงผู้กระทำอื่นๆ หรือ กลุ่มกองกำลังติดอาวุธ บ้างแยกชน ซึ่งมีองค์ประกอบคือ เป็นกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร และเกิดขึ้นแต่ละฟากของเส้นแบ่งเขตแดนโดยการครอบครองดินแดนต่างประเทศโดยกองกำลังอาวุธแม้ว่าไม่มีการต่อต้านด้วยอาวุธก็ตาม

5.2.2 กรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non – International Armed Conflict)

เนื่องจากไม่มีคำนิยามทั่วไปของคำว่า กรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ (Non – International Armed Conflict) จึงได้มีความพยายามที่จะอธิบายคำนิยามของสถานการณ์เช่นนี้ ซึ่งกรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่เป็นระหว่างประเทศ มีความแตกต่างจากกรณีขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศ เพราะว่าสถานะทางกฎหมายของศัตรูซึ่งเป็นฝ่ายตรงข้าม ซึ่งเป็นฝ่ายที่พิพาทกันไม่ใช่รัฐอธิปไตยและเป็นการพิพาทกันด้วยอาวุธระหว่างสองฝ่าย หรือ มากกว่าสองฝ่าย ภายในดินแดนของรัฐเดียวกัน แต่ก็มีข้อยกเว้น คือ เหตุการณ์ซึ่งประชาชนลุกขึ้นต่อสู้อำนาจอาณานิคมในการกำหนดอนาคตของตนเอง ซึ่งได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1977 ซึ่งการเน้นคำว่า “กรณีขัดกันทางกำลังทหาร” (Armed Conflict) เป็นการชี้ให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ที่สำคัญ คือการมีอยู่ของการสู้รบระหว่างกองกำลังติดอาวุธ ซึ่งจัดเป็นองค์กระระดับมากหรือน้อย ดังนั้น ความยุ่งยากภายในและความตึงเครียดภายใน เช่น การกระทำที่รุนแรงเป็นครั้งคราว จึงไม่ถือว่าเป็นการขัดกันทางกำลังทหาร ในความหมายในทางกฎหมาย แม้ว่ากองกำลังของรัฐบาลจะใช้หน่วยตำรวจหรือทหารเพื่อรักษาไว้ซึ่งกฎหมาย และความสงบเรียบร้อย ด้วยคำจำกัดเหล่านี้ การขัดกันทางกำลังทหารซึ่งมีลักษณะไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ จึงหมายถึง สถานการณ์ซึ่งเป็นการสู้รบที่เกิดขึ้นระหว่างกองกำลังติดอาวุธ หรือ กลุ่มติดอาวุธที่จัดเป็นองค์การภายในดินแดนของรัฐเดียว⁴³ โดยจากการพิจารณาตามพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1954 ฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1977 ได้

⁴³ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann, Commentary of the Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (Geneva : Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 1319.

ให้คำนิยามว่า หมายถึง การขัดกันทางกำลังทหารที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐระหว่างกองทัพของตน กับของฝ่ายที่แตกแยกหรือกับกลุ่มที่ติดอาวุธ โดยมีระบบซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ และสามารถควบคุมส่วนหนึ่งของดินแดนของประเทศนั้น ถึงขนาดที่ทำให้กลุ่มติดอาวุธเหล่านั้น สามารถดำเนินการปฏิบัติการทางกำลังทหารที่คงอยู่ และร่วมกันโดยสามารถที่จะบังคับใช้พิธีสารนี้ ซึ่งคำนิยามของคำว่า กรณีขัดกันทางกำลังทหารตามพิธีสารฉบับที่ 2 นี้จะต้องมีระดับการขัดกันที่มีความรุนแรงสูง ถึงขนาดที่สามารถควบคุมดินแดนได้อย่างถาวร รัฐทั้งหลายจึงมักจะไม่วินิจฉัยว่ามี กรณีขัดกันทางกำลังทหาร ว่ามีอยู่ในดินแดนของตนเองตามพิธีสารฉบับที่ 2 ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว รัฐจึงมักจะนำกฎเกณฑ์พื้นฐานทางด้านมนุษยธรรมตามบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ร่วม ของอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 มากกว่าเพราะระดับของกรณีขัดกันทางกำลังทหารตามมาตรา 3 ร่วมนั้น ครอบคลุมถึงกรณีการขัดกันทางกำลังทหารทุกชนิด ที่มีระดับต่ำกว่าพิธีสารฉบับที่ 2

เมื่อพิจารณาจากพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 2 ปี 1977 ได้กำหนดไว้ในข้อขยายการบังคับใช้พิธีสารต่อกรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะ ดังต่อไปนี้⁴⁴

- 1) กรณีการขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่ใช่กรณีการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ปี ค.ศ. 1977 หรือ กรณีที่การใช้กำลังต่อสู้เพื่อต่อต้านการปกครองแบบอาณานิคม และการครอบครองโดยชนต่างด้าว และเพื่อต่อต้านระบอบที่แบ่งผิว
- 2) เป็นกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในดินแดนของอำครภาคี ระหว่างกองทัพของรัฐ และกองกำลังของฝ่ายต่อต้าน หรือ กลุ่มกองกำลังอื่นๆ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาที่รับผิดชอบ และสามารถควบคุมอาณาเขตส่วนหนึ่งของรัฐภาคีนั้นเป็นเหตุให้สามารถปฏิบัติการทางทหารได้โดยต่อเนื่องและพร้อมเพรียง
- 3) ไม่รวมถึงกรณีสถานการณ์ยุ่งยากภายในและความตึงเครียดต่างๆ เช่น การก่อการจลาจล การใช้กำลังรุนแรงเป็นครั้งคราวและไม่ต่อเนื่อง และการกระทำอื่นที่คล้ายกับดังที่กล่าวมานี้

⁴⁴ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากการขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977, ข้อ 1 (1)-(2)

ดังนั้น จากการพิจารณาแล้ว จึงสามารถที่จะแยกองค์ประกอบของกรณีขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศออกได้ ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นกรณีพิพาทด้วยอาวุธ
- 2) ระหว่างกองทัพของรัฐฝ่ายหนึ่ง และกองกำลังของฝ่ายต่อต้าน หรือ กองกำลังอื่นๆ
- 3) กองกำลังดังกล่าวผู้นั้นอยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาที่เป็นระบบ
- 4) กองกำลังดังกล่าวสามารถควบคุมอาณาเขตส่วนหนึ่งของรัฐนั้น และ
- 5) กองกำลังดังกล่าวสามารถปฏิบัติการทางกำลังทหารได้อย่างต่อเนื่องและโดยพร้อมเพรียง

สำหรับกรณีการขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนี้ อาจมีการเรียกชื่อที่แตกต่างกันออกไป เช่น สงครามกลางเมือง (Civil War) สงครามแบ่งแยกดินแดน (Separatist War) และสงครามปฏิวัติ (Revolutionary War) เป็นต้น⁴⁵

สงครามกลางเมือง (Civil War) ถือว่าเป็นแบบดั้งเดิมของกรณีการขัดกันทางกำลังทหารซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในสมัยอดีต เป็นกรณีการขัดกันทางกำลังทหารระหว่างสองฝ่าย หรือ มากกว่าของบรรดาพลเมืองภายในรัฐเดียวกัน เพื่อควบคุมรัฐบาลของรัฐนั้นเอาไว้เพราะมีความต้องการในการที่จะแบ่งแยกดินแดนออกไป นอกจากนั้นแล้ว สงครามกลางเมืองยังเป็นการต่อสู้ด้วยอาวุธระหว่างกลุ่มชนซึ่งอาจเป็นกองทหาร หรือ ประชาชนของรัฐนั้นกับรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการล้มล้างการปกครอง และเพื่อให้ได้มาซึ่งการปกครองของรัฐนั้น⁴⁶

สงครามแบ่งแยกดินแดน (Separatist War) คือ กลุ่มฝ่ายตรงข้ามที่ไม่อาจล้มล้างรัฐบาลได้ แต่มีเป้าหมายที่จำกัดเพื่อแสวงหาอิสรภาพในดินแดนหนึ่งโดยเฉพาะ ในกรณีขัดกันนี้ กลุ่มที่กระทำการต่อต้านรัฐบาลไม่ประสงค์ที่จะทำลายอำนาจของรัฐบาลทั่วประเทศทั้งหมด แต่

⁴⁵ เฉลียว นครจันทร์, “การนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ : ศึกษาเฉพาะกรณีไทยและฟิลิปปินส์”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น. 14.

⁴⁶ เฟื่องอ้าง, น. 15.

เป็นการต่อต้านเพียงส่วนหนึ่งที่อ้างว่าตนเองควรมีสติดีกว่า เป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้อิปไตยเหนือดินแดนเพียงบางส่วน มิใช่ทั้งหมด⁴⁷

สงครามปฏิวัติ (Revolutionary War) คือ สงครามที่มีวัตถุประสงค์ในการล้มล้างรัฐบาลที่มีอยู่และแทนที่โดยรัฐบาลอื่น

5.3 วัตถุประสงค์และหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการทหาร

ปัญหาเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในยามสงครามนั้น นับเป็นปัญหาที่มีมาช้านานแล้ว โดยเราจะเห็นได้ว่าในยามสงครามนั้น ทรัพย์สินวัฒนธรรมได้ถูกทำลายล้างลงไปอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ในเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศในแถบยุโรปตะวันออก เช่น ในสหภาพโซเวียตเดิมนั้น พิพิธภัณฑสถานกว่า 427 แห่งถูกทำลาย และโบสถ์ของนิกายกรีก-ออร์ทอดอกซ์จำนวน 1,670 แห่ง รวมทั้งโบสถ์ของนิกายโรมัน-คาทอลิกอีกกว่า 237 แห่งถูกทหารฝ่ายนาซีทำลายลง⁴⁸ ด้วยเหตุนี้ทำให้การค้นคว้าวัฒนธรรมดั้งเดิมของมนุษยชาติอาจสูญหายไป โดยเมื่อวัฒนธรรมของชาติใดชาติหนึ่งถูกกระทบก็อาจจะส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมร่วมกันของมนุษยชาติ ทำให้ร่องรอยทางวัฒนธรรมถูกทำลายลงไปอย่างน่าเสียดาย

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศจึงถือเป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งจำกัดและลดความเสียหายจากสงครามลงให้มากที่สุดโดยการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สงครามในการปฏิบัติการทางทหารเพื่อรักษาพลเรือน ทรัพย์สินของพลเรือน ผู้วางอาวุธ เหยื่อยศ หรือ ผู้เจ็บป่วยจากความเลวร้ายของปฏิบัติการทางทหารในกรณีขัดกันทางการทหาร และจำกัดผลความเสียหายให้เกิดขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นในการบรรลุผลสำเร็จของกรณีขัดกันทางการทหาร

แนวความคิดว่าด้วยการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินวัฒนธรรมในยามสงครามพัฒนาขึ้นมาจากการประสบการณ์ที่มนุษย์ได้พบเห็น สงครามได้ทำลายอารยธรรมต่างๆ ลงไปเสียมาก ยิ่งความเสียหายทั้งแก่มนุษย์และศิลปะ ทำให้เห็นว่าสงครามที่ได้ชัยชนะโดยฝ่ายตรงข้ามไม่มีอะไรเหลือไว้เลย (total destruction) เป็นสงครามที่ไม่มีเกียรติภูมิ การทำสงครามที่มีเกียรติในความคิดเช่นนี้เป็นการทำสงครามที่เอาชนะทั้งด้านรูปธรรมและนามธรรม ซึ่งผู้ชนะสงครามมักจะได้รับการถ่ายทอดเอาวัฒนธรรม ความรุ่งเรืองของผู้แพ้ ในโลกแห่ง Law of War

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น. 16.

⁴⁸ John C. Johnson, "Under new management : the obligation to protect cultural property during military occupation", *Military Law Review*, Spring 2007, p. 124.

โดยกฎเกณฑ์ที่กล่าวได้ว่าแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักร่วมทางวัฒนธรรม (Common Cultural Heritage) ก็คือ อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการทหาร ซึ่งได้กล่าวไว้ในคำปรารภของอนุสัญญาว่า “ความเสียหายที่มีต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมไม่ว่าเป็นของใครคนใดคนหนึ่งนั้น ย่อมหมายถึง ความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษย (cultural Heritage of all Mankind) นับตั้งแต่มนุษย์นั้นได้ทำให้สิ่งเหล่านั้นแพร่หลายต่อวัฒนธรรมโลก”⁴⁹ โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการยอมรับในขบวนการของสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง UNESCO ซึ่งมีความพยายามที่จะส่งเสริมให้มีการคุ้มครองในแง่ของทรัพย์สินวัฒนธรรม เพื่อให้เห็นร่องรอยของมรดกวัฒนธรรมร่วมกันของมนุษยชาติให้ยังคงมีอยู่ต่อไป ไม่ถูกทำลายสูญหายจากผลของสงคราม ซึ่งอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 นี้เกิดขึ้นมาจากบทเรียนในสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้เห็นถึงความจำเป็นในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในระดับสากล ซึ่งในสมัยการประชุมครั้งที่ 4 ในปี ค.ศ. 1949 ประเทศเนเธอร์แลนด์ ก็ได้นำเสนอร่างอนุสัญญาเพื่อป้องกันการทำลายทรัพย์สินวัฒนธรรมในเหตุการณ์ที่มีการขัดกันทางการทหาร โดยได้นำเสนอหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมเพื่อไม่ให้ถูกทำลายล้าง ซึ่งในอนุสัญญาดังกล่าวนี้อีกมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอยู่ 5 หลักการ ดังต่อไปนี้

- 1) คู่สงครามจะต้องให้การเคารพและปกป้องทรัพย์สินวัฒนธรรมทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ
- 2) จัดทำทะเบียนสถานที่ปลอดภัยจากการสู้รบและจัดทำศูนย์ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินวัฒนธรรมทั้งหลาย และนำข้อมูลเหล่านี้ไปจดทะเบียนไว้กับสำนักทะเบียนทรัพย์สินวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจัดตั้งขึ้นภายใต้อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในภาวะขัดกันทางการทหาร โดยเมื่อนำไปจดทะเบียนแล้วทรัพย์สินเหล่านี้ก็จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามอนุสัญญา
- 3) การติดเครื่องหมายคุ้มครองพิเศษ โดยเป็นสถานที่สำคัญอย่างยิ่งซึ่งปรากฏตามอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954

⁴⁹ Chip Colwell – Chanthaphonh, John Piper, “War and Cultural Property : The 1954 Hague Convention and the Status of U.S. Ratification”, *International Journal of Cultural Property*, No.2 Vol. 10, 2001, pp.225 -226.

- 4) จัดตั้งหน่วยทหารพิเศษสำหรับทำหน้าที่คุ้มกันทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยตรง โดยกำหนดให้บรรดารัฐภาคีมีหน่วยทหารไว้ดูแลคุ้มครองไม่ให้ผู้ใดเข้าไปทำลายได้
- 5) ลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดอนุสัญญา

นอกจากหลักการสำคัญ 5 ประการข้างต้นแล้ว บรรดารัฐภาคีในอนุสัญญาก็ยังจะต้องจัดให้มีการจัดกิจกรรมส่งเสริมการปฏิบัติตามอนุสัญญาสำหรับกลุ่มเป้าหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น บรรดาทหารในเหล่าทัพ หรือ เจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่และต้องบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น

เมื่อพิจารณาแล้ว กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันทางกำลังทหารนั้น เป็นกฎหมายซึ่งมุ่งจำกัดผลของการทำลายล้างกันในกรณีการขัดกันหรือในสงครามต่างๆ ซึ่งการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นแม้ว่าจะตั้งอยู่ในบริเวณที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ก็มีผลสำคัญและมีคุณค่าทางวัฒนธรรม เช่น เป็นแหล่งกำเนิดของอารยธรรมโลก หรือ เป็นต้นกำเนิดของศาสนาสำคัญของโลก ซึ่งถือได้ว่าเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของมนุษยชาติ จึงต้องมีการอนุรักษ์ให้รอดพ้นจากผลของการทำสงคราม ดังตัวอย่างเช่น นครวัดในประเทศกัมพูชา การให้ความคุ้มครองให้ครอบคลุมไปยังทรัพย์สินซึ่งมีความสำคัญทางวัฒนธรรม ก็เนื่องมาจากทรัพย์สินวัฒนธรรมเป็นทรัพย์สินซึ่งแสดงถึงเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของแต่ละกลุ่มชนและเป็นสิ่งอันเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ ซึ่งไม่ควรถูกทำลายจากภัยในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

โดยต่อมาแนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมนี้ได้พัฒนาก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศในรูปแบบของความตกลงระหว่างประเทศ เกิดเป็นตราสารทางกฎหมายที่สำคัญขึ้นหลายฉบับทั้งที่เป็นการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารโดยเฉพาะเจาะจงในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 และรวมไปจนถึงความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ซึ่งก่อให้เกิดระบบกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีทั้งอนุสัญญาและพิธีสาร ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ซึ่งจะได้กล่าวไว้ในบทต่อไป