

บทที่ 3

ระบบกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกัน ทางการค้า

การคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะขัดกันทางการค้าในระบบกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีตราสารทางกฎหมายที่สำคัญที่กล่าวถึงการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอยู่หลายฉบับ โดยตราสารทางกฎหมายที่สำคัญที่สุดและเกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะขัดกันทางการค้านั้นก็คือ อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าและพิธีสารฉบับที่ 1 รวมทั้งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ในปี ค.ศ. 1999 ทั้งนี้จากการพิจารณาถึงตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น พบว่าในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระยะ คือ ก่อนที่จะเกิดอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 และหลังจากที่เกิดอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ซึ่งในบทนี้จะกล่าวถึงตราสารทางกฎหมายที่สำคัญในระบบกฎหมายระหว่างประเทศตามลำดับดังต่อไปนี้

1. ที่มาของกฎหมายการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก่อนการเกิดอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

ในระยะแรกก่อนที่จะเกิดอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้านั้น หลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศได้มีการพัฒนามาในลักษณะหนึ่ง ซึ่งถ้าย้อนไปพิจารณาพัฒนาการของกฎหมายจะเริ่มเห็นถึงการปกป้องและคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้อย่างชัดเจนขึ้น ในยุคสงครามกลางเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1861 ถึงปี ค.ศ. 1865 โดยในช่วงระยะเวลาของสงครามกลางเมืองดังกล่าวได้มีการจัดทำประมวลลีเบอ์ (The Lieber Code) ขึ้นในปี ค.ศ. 1863 โดยได้มีการบัญญัติข้อปฏิบัติในสนามรบสำหรับทหารแห่งกองทัพสหรัฐที่จะต้องปฏิบัติในเวลาทำสงคราม

โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้น¹อยู่ในมาตรา 34 ซึ่งกล่าวไว้ว่า “ทรัพย์สินซึ่งใช้เพื่อการศึกษา ทรัพย์สินของวัด โบสถ์ โรงพยาบาล สถาบันการกุศล และพิพิธภัณฑ์ มิได้ถือว่าเป็นทรัพย์สินสาธารณะแต่เป็นทรัพย์สินซึ่งใช้เพื่อการบริหารสาธารณะได้ โดยคู่สงครามต้องให้ความเคารพต่อทรัพย์สินดังกล่าว” และ ในมาตรา 35 ที่กล่าวไว้ว่า “เมื่อมีการสู้รบเกิดขึ้น แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะตั้งอยู่ในฐานที่มั่นหรือป้อมปราการที่อาจถือได้ว่าเป็นเป้าหมายทางการทหารก็ตาม คู่สงครามก็ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องหลีกเลี่ยงจากการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเหล่านั้น” และในมาตรา 36 ได้วางกฎเกณฑ์ไว้ว่า “ห้ามมิให้มีการขายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้มาจากการสู้รบ และให้นำเอาทรัพย์สินดังกล่าวมาเป็นสมบัติส่วนตัว หรือทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างไร้เหตุผล” ซึ่งประมวลสิทธิเบอร์กี้ได้ส่งผลไปถึงพัฒนาการของกฎหมายทางการทหารในหลายๆ ประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน อังกฤษ อิตาลี ญี่ปุ่น รัสเซีย และ สเปน²

ทั้งนี้นักวิชาการ Jean Gaspar Bluntschi ได้ตีพิมพ์งานเขียนขึ้นในปี ค.ศ. 1868 โดยเป็นงานเขียนซึ่งเป็นการสรุปกระบวนการในการพัฒนาของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยได้กล่าวไว้ในงานเขียนว่า “การขนย้ายสิ่งของ หรือบรรดาเอกสารอันมีคุณค่าทางศิลปะนั้น ถึงแม้ว่าจะมีการปฏิบัติกันจนเป็นประเพณีตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นยุคสงครามปฏิวัติแล้วก็ตาม แต่ก็มีความเห็นส่วนรวมว่า การกระทำนั้นถือเป็นการทำลายทรัพย์สินและเป็นการทำลายวัฒนธรรมและศิลปะวรรณคดีของชาติอื่น เพราะบรรดางานวิจิตรศิลป์ซึ่งมีคุณค่าเหล่านี้ แม้จะไม่ได้มีผลโดยตรงต่อจุดมุ่งหมายในการทำสงครามก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นการทำลายอนุสรณ์ และสิ่งที่ส่งเสริมความรู้ความเจริญก้าวหน้าของชาตินั้นๆ ที่มีมาอย่างยาวนาน”³ นอกจากนี้ Bluntschi ได้มีการกล่าวถึงประมวลสิทธิเบอร์กี้ไว้ว่า “เป็นหน้าที่ของหัวหน้าในการสั่งห้ามมิให้มีการกระทำความรุนแรงต่อบรรดาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และยังมีหน้าที่ในการปกป้องการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่

¹ Andrea Cunning, “The Safeguarding of Cultural Property in Time of War & Peace”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Fall 2003, pp. 215 - 216

² Jiri Toman, *The protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, (Hamshire : Dartmount, 1996), p.7 quoted in Pietro Verri, “The condition of cultural property in armed conflict (II)”, in *International Review of Red Cross* (Geneva), No.246, May – June 1985, p. 127.

³ Jiri Toman, *The protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, (Hamshire : Dartmount, 1996), p. 8.

มีคุณค่าต่อมนุษยชาติ โดยการทำลายวัตถุดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สามารถให้อภัยได้ เราจะเห็นได้จากการที่บรรดาเหล่าทหารทูลทำลายกำแพงผนังศิลปะ งานศิลป์ ทำลายภาพวาด หรืออนุสรณ์สถาน อนุสาวรีย์ต่างๆ ซึ่งบางคนมีความคิดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการบ่งบอกและแสดงถึงการไม่มีผลของการบังคับใช้กฎหมาย หรือกฎระเบียบของกองทัพ ซึ่งการจะเอาชนะกรณีดังกล่าวได้ ต้องมีการเผยแพร่ความคิดในการปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้เห็นว่าไม่ได้เป็นแต่เพียงทฤษฎีทางความคิดเท่านั้น” ในขณะเดียวกันก็เป็นที่ยอมรับว่า หากทรัพย์สินเป็นของสาธารณะย่อมจะได้รับการปกป้องเช่นเดียวกับทรัพย์สินของเอกชน ผู้ที่เป็นฝ่ายชนะในสงครามไม่ได้แสดงว่าเขามีสิทธิในบรรดาอาคารซึ่งเป็นของฝ่ายศัตรู แต่สำหรับบรรดาอาวุธและม้า ซึ่งใช้ในการทำศึกสงครามของเหล่าทหาร ซึ่งโดยพื้นฐานถือว่าเป็นทรัพย์สินของเอกชนและถือว่าเป็นสิ่งที่ใช้ในการทำสงครามจะตกเป็นรางวัลของผู้ชนะ อย่างไรก็ตามก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควร และขัดแย้งกับหลักการของกฎหมายสงครามของชาติพัฒนาแล้ว โดยในสงคราม Franco – Prussian ในปี ค.ศ. 1870 ถึง ปี ค.ศ. 1871 ซึ่งได้มีการกระตุ้นจากความเห็นของคนส่วนใหญ่โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่โบสถ์ และห้องสมุด ณ เมือง Strasbourg ได้ถูกทำลาย

ท่านอังรี ดูนังต์ ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศก็ได้มีมติต่อการกระทำที่เป็นการคุกคาม และทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยท่านได้นำความคิดของท่านเขียนลงไว้ในบันทึกซึ่งเป็นการเตือนอนุชนรุ่นต่อไปว่า “บรรดางานศิลป์ซึ่งมีคุณค่าและสำคัญ เช่น พระราชวัง ปราสาท ท่าเรือ สะพาน อาคาร อนุสรณ์สถาน และอนุสาวรีย์ จงจำไว้ว่าบรรดาสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่บ่งบอกและแสดงถึงความเจริญก้าวหน้า เป็นความภาคภูมิใจของชนชาติ การทำลายซึ่งสิ่งนั้นของชนชาติหนึ่ง สู้ทำลายการกระทำดังกล่าวก็ย่อมส่งผลกระทบต่อชนชาติของท่านอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เราทุกคนควรให้ความสนใจและเห็นคุณค่ากับงานศิลปะซึ่งแสดงออกผ่านมายังความเป็นอิสระ ความเจริญ การค้า อุตสาหกรรม การเกษตร และความสงบสุขภายในรัฐ ซึ่งเป็นสิ่งที่เราต้องรักษาเอาไว้ให้ดี”⁴

ต่อมาจากการเริ่มต้นของท่านอังรี ดูนังต์ และความคิดริเริ่มของพระเจ้าชาร์ อเล็กซานเดอร์ที่ 2 แห่งรัสเซีย ได้มีการจัดการประชุมทางการทูตที่จัดทำขึ้นที่บรัสเซลส์ระหว่างวันที่ 27 กรกฎาคม ถึงวันที่ 27 สิงหาคม ค.ศ. 1874 ซึ่งมีการรับเอาข้อบทบัญญัติระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมาย และจารีตประเพณีของสงคราม แต่ไม่ได้มีการให้สัตยาบันเนื่องจากรัฐบาลที่เข้าร่วม

⁴ *Ibid.*, pp. 8-9.

ประชุมบางประเทศลงใจที่จะเข้าผูกพันตามปฏิญญา แต่ทั้งนี้ร่างปฏิญญาบรัสเซลส์ก็เป็นก้าวสำคัญในการประมวลและรวบรวมกฎหมายสงครามขึ้น ซึ่งในมาตรา 8 ของร่างดังกล่าวได้ระบุไว้ว่า “การยึด หรือเจตนาทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น อนุสาวรีย์ งานศิลป์ ที่ได้มาจากการสู้รบจะต้องถูกดำเนินคดีโดยผู้มีอำนาจ” ซึ่งถือเป็นมาตรการลงโทษต่อผู้กระทำผิด นอกจากนี้การประชุมบรัสเซลส์ได้ขยายร่างไปโดยเพิ่มเติม มาตรา 16 (ซึ่งปัจจุบันคือ มาตรา 17 ในร่างสุดท้ายของปฏิญญา)ว่า “เป็นการระงับที่ของเหล่าทหารที่จะต้องระบุตำแหน่งของอาคารซึ่งเป็นที่มียุทธภัณฑ์พิเศษอันแสดงว่าเป็นศาสนสถาน อาคารทางศิลปะวิทยาการ หรือมีลักษณะเช่นว่า โดยทั้งศาสนสถานซึ่งไม่ใช่ของคริสเตียน เช่น สุเหร่าของอิสลาม โบสถ์ของยิว โดยต้องทำสัญลักษณ์ให้ฝ่ายตรงข้ามรับทราบ และต้องทำการปกป้องบรรดาทรัพย์สินดังกล่าวอันมีคุณค่าไว้ ห้ามมิให้ทำลายตามมาตรา 8 ของปฏิญญาบรัสเซลส์นี้” กระบวนการในการพัฒนากฎระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะสงครามนั้น ก็ได้ถูกระบุลงไว้ในคู่มือของการก่อตั้งกฎหมายระหว่างประเทศ หรือที่เรียกกันว่า กฎหมายและจารีตประเพณีเกี่ยวกับสงครามทางบก โดยมีการยอมรับ ณ เมืองออกซ์ฟอร์ด เมื่อปี ค.ศ. 1864 ซึ่งถือเป็นการทบทวนร่างปฏิญญาบรัสเซลส์ โดยคู่มือดังกล่าวก็ยังคงระบุไว้ใน มาตรา 84 ว่า “ในกรณีของผู้ที่ทำละเมิดกฎระเบียบเกี่ยวกับการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมว่ามีความรับผิดชอบและต้องถูกลงโทษตามกฎหมายอาญา ” ซึ่งจากตรรกะทางกฎหมายตามที่กล่าวข้างต้นถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แต่ก็มีตรรกะทางกฎหมายที่สำคัญที่ต้องกล่าวถึงก่อนที่จะเกิดอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

1.1 อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1864 และปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก

ในการประชุมสันติภาพซึ่งจัดขึ้นทั้งสองครั้งในปี ค.ศ. 1864 และปี ค.ศ. 1907 เป็นที่มาให้เกิดอนุสัญญาที่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีของวิธีการทำสงครามซึ่งได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของภาคีในการทำสงคราม โดยนานาชาติได้เห็นความสำคัญของการที่จะมีประมวลกฎหมายว่าด้วยการทำสงคราม ซึ่งในการประชุมสันติภาพ ณ กรุงเฮก ครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1864 อนุสัญญาได้รับการทบทวนและปรับปรุง เรียกว่า “อนุสัญญากรุงเฮก ฉบับลงวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1907” โดยในอนุสัญญานี้มีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ

1. การหลีกเลี่ยงสงคราม เป็นสิ่งที่ต้องพยายามยึดถือเป็นแนวปฏิบัติ

2. ถ้าหากมีกรณีใดที่การสงครามไม่อาจหลีกเลี่ยงเสียได้ ก็จำเป็นต้องยอมรับแต่เพียงเพื่อให้สามารถระงับกรณีพิพาทระหว่างประเทศได้ต่อไปเท่านั้น และถ้าหากจำเป็นต้องทำสงครามกันแล้ว ก็ให้คู่สงครามยึดหลักมนุษยธรรมไว้เป็นสำคัญ

แม้ว่าอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1907 จะระบุให้ผูกพันเฉพาะภาคีเท่านั้น แต่กฎของสงครามน่าจะต้องมีผลบังคับใช้ แม้แต่กับชาติที่มีได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเฮกด้วย เช่น เมื่อเสร็จสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 ในการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงคราม จำเลยบางคนได้ต่อสู้ว่า ชาติของตนมิได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากรุงเฮก ฉะนั้นตนหาต้องรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยการสงครามนั้นไม่ แต่ศาลเห็นว่า กฎของสงครามเป็นกฎแห่งจารีตประเพณีที่ยอมรับรองปฏิบัติตามโดยนานาอารยประเทศแล้ว ส่วนอนุสัญญากรุงเฮกเป็นการประกาศย้ำถึงกฎที่มีอยู่แล้วเท่านั้น ฉะนั้นอาชญากรรมสงครามจึงต้องรับผิดชอบตามกฎหมายแห่งจารีตประเพณีว่าด้วยการสงครามนั้น

โดยในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 มีบทกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในภาวะสงคราม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอนุสัญญาฉบับที่ 4 ว่าด้วยกฎและธรรมเนียมการทำสงครามทางบก (Hague Convention No. IV of 18 October 1907, Respecting the Laws and Customs of War on Land) ซึ่งจะพบว่าอยู่ในบทบัญญัติต่อท้ายอนุสัญญา ข้อบังคับว่าด้วยกฎและธรรมเนียมการสงครามทางบก (The Annex thereto embodying the Regulation Respecting the Laws and Customs of War on Land) และอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 9 ค.ศ. 1907 ว่าด้วยการระดมยิงโดยกองกำลังทางเรือในเวลาสงคราม (Hague Convention No. IX of 18 October 1907, Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War) ในมาตรา 5 ของอนุสัญญา ซึ่งเมื่อกล่าวถึงการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งสัมพันธ์กับพื้นฐานการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนโดยเฉพาะนั้นจะบัญญัติอยู่ในมาตรา 23 มาตรา 28 และมาตรา 47 และที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยตรงนั้น อยู่ในบทบัญญัติต่อท้ายอนุสัญญา กรุงเฮกฉบับที่ 4 ปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยข้อบังคับว่าด้วยกฎและธรรมเนียมการสงครามทางบก ในมาตรา 27 และ มาตรา 56⁵

โดยจากการพิจารณาอนุสัญญาปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบก แล้วเห็นได้ว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

⁵ *Ibid.*, pp. 10-11.

1.1.1 การคุ้มครองทั่วไป

การให้ความคุ้มครองพื้นฐานทั่วไปตามอนุสัญญาดังกล่าวนี้นี้ เป็นการให้ความคุ้มครองต่ออสังหาริมทรัพย์ คือ เมือง หมู่บ้าน ที่พัก อาคาร ซึ่งในอนุสัญญาไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีลักษณะที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรม โดยระบุไว้ในมาตรา 25 ของบทบัญญัติต่อท้ายอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ค.ศ. 1907⁶ เรื่องการระดมยิง ทำร้าย และล้อมประชิดว่า “ห้ามมิให้ทำการระดมยิง สถานที่ที่มีได้มีการป้องกัน คือ ห้ามมิให้เข้าตี หรือระดมยิงเมือง หมู่บ้าน เคหะสถาน หรือโรงเรียน ซึ่งมีได้เป็นที่มั่นด้านทานโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง” ซึ่งกรณีของการคุ้มครองโดยทั่วไปนี้ มีเงื่อนไขสำคัญว่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวต้องไม่ได้ถูกใช้ในการโจมตี ส่วนในกรณีสังหาริมทรัพย์นั้น การคุ้มครองโดยทั่วไปตามอนุสัญญาได้ให้ความคุ้มครอง โดยห้ามปล้นชิงซึ่งระบุอยู่ใน มาตรา 28⁷ ว่า “ห้ามมิให้ทำการปล้นชิงในเมือง หรือตำบลใด ซึ่งแม้จะแย่งได้โดยการเข้าตี” ถือเป็นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินในดินแดนที่ถูกยึดครองจากการปล้นสะดม ซึ่งจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองทั่วไปดังกล่าวนี้ ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครองสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะเจาะจงจากการโจมตีและระดมยิง

1.1.2 การคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1899 และ ปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมายจารีตประเพณีในการทำสงครามทางบกนั้น ยังได้มีบทบัญญัติซึ่งถือว่าการให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม ทั้งนี้ในการให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงนี้สามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณี คือ ในกรณีที่มีการสู้รบ กับกรณีของการยึดครองดินแดน ซึ่งในกรณีของการยึดครองดินแดนนั้น จะนับว่าถูกยึดแล้วนั้น ต้องเป็นดินแดนที่ต้องอยู่ในอำนาจของกองทัพเข้าศึกโดยแท้จริง ซึ่งจะขอลำดับถึงการคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แยกตาม 2 กรณีดังกล่าว คือ

(1) ในกรณีของการทำการรบ

ในอนุสัญญากรุงเฮก ฉบับที่ 4 ปี ค.ศ. 1907 ได้ให้ความคุ้มครองกับอสังหาริมทรัพย์โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งอุทิศให้เพื่อการศาสนา ศิลปะ การวิทยาศาสตร์ การกุศล และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีการอุทิศเพื่อกิจกรรม

⁶ โกวิท มัชฌมจันทร์, พัลลภ โชติเลขา, คู่มือกฎหมายว่าด้วยสงครามทางบก, (กรุงเทพมหานคร : กรมพระธรรมนูญ กระทรวงกลาโหม, 2506), น. 29.

⁷ เพิ่งอ้าง, น. 34.

ดังกล่าวนี้สามารถพิจารณาได้ว่ามีความสำคัญทางวัฒนธรรม เนื่องจากอาคารทางศาสนา ศิลปะ วิทยาศาสตร์ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์นั้น ล้วนแต่เป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงความเจริญของ องค์กรความรู้ของมนุษย์อันเป็นผลผลิตที่เกิดจากวัฒนธรรม และแสดงออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรม ซึ่ง ในอนุสัญญาดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่ออสังหาริมทรัพย์เหล่านี้ จากการ ล้อมประชิด และการระดมยิง โดยมีเงื่อนไขสำคัญคือ สถานที่เหล่านี้จะต้องไม่ใช่เพื่อความมุง หมายทางการทหาร และต้องมีการบ่งชี้ด้วยเครื่องหมายพิเศษที่สามารถมองเห็นได้ในระยะไกล โดยในอนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติไว้บทบัญญัติต่อท้ายอนุสัญญา กรุงเฮกฉบับที่ 4 ปี ค.ศ. 1907 ใน มาตรา 27⁸ ว่า “ในการล้อมประชิดและการระดมยิงนั้น จะต้องจัดการป้องกันทั้งปวงอัน จำเป็นเท่าที่สามารถจะเป็นไปได้ เพื่อละเว้นไม่ทำอันตรายเสียหายแก่สถานที่ซึ่งใช้สำหรับการ ศาสนา การศิลป์ การวิทยาศาสตร์ และการกุศล สถานที่ซึ่งเป็นอนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ โรงพยาบาล และตึบบรรวบรวมคนป่วย ใช้ บาดเจ็บ แต่มีเงื่อนไขว่า สถานที่เหล่านี้จะต้องไม่ใช่ เพื่อความมุงหมายทางการทหารด้วย และเป็นหน้าที่ของฝ่ายซึ่งถูกล้อม จะต้องระบุดสถานที่เหล่านี้ และตึบบรรวบรวมคนป่วยใช้และบาดเจ็บ โดยใช้เครื่องหมายพิเศษอันเห็นได้ชัดเจน ซึ่งต้องแจ้ง ล่วงหน้าให้ฝ่ายที่ทำการล้อมทราบบทเรียนั้น” และในมาตรา 56 มีหลักการที่กำหนดว่า ถ้ามี การละเมิดหรือมีการโจมตี ทั้ๆที่เห็นเครื่องหมายเหล่านี้ ผู้ที่ทำการโจมตีจะต้องถูกนำตัวขึ้นสู่ศาล และถูกดำเนินคดี ดังนั้น ผู้บังคับบัญชา นายทหาร นายกรัฐมนตรี จะปฏิเสธความรับผิดชอบที่บรรดา ลูกน้องกระทำมิได้

จากการพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างการให้ความคุ้มครองทั่วไป กับการให้ความ คุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ก็คือการให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงนี้มีการให้ความ คุ้มครองจากกรณีการล้อมประชิด และการระดมยิงอีกทั้งต้องมีการติดเครื่องหมายเพื่อบ่งชี้ให้ ทราบได้⁹ แต่ก็มีข้อสังเกตว่า เครื่องหมายพิเศษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ดังกล่าวข้างต้นก็ไม่ได้ กำหนดไว้ว่าต้องมีรูปแบบ หรือลักษณะใดซึ่งอาจทำให้เป็นปัญหาในทางปฏิบัติได้ ทั้งนี้ในส่วนที่ เหมือนกันกับความคุ้มครองทั่วไป ก็คือเงื่อนไขของการคุ้มครองซึ่งเป็นไปในทางเดียวกันคือ อสังหาริมทรัพย์ที่จะได้รับการคุ้มครองต้องไม่ได้ถูกใช้เพื่อการโจมตี หรือวัตถุประสงค์ทาง

⁸ เฟิ่งอ้าง, น. 32.

⁹ Matthew K. Steen III, “Collateral Damage the Destruction and Looting of Cultural Property in Armed Conflict”, The Selected works of Matthew K. Steen III, 2008, p.10

การทหาร ซึ่งวัตถุประสงค์ทางการทหารในที่นี่ หมายถึงการปฏิบัติการใดๆในการใช้ทรัพย์สินนั้น อันมีผลเป็นการเอื้ออำนวยต่อการได้เปรียบทางการทหาร ซึ่งสำหรับเงื่อนไขของการคุ้มครองทั่วไป ระบุกำหนดเฉพาะการใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อการโจมตี แต่ไม่ได้กำหนดไว้ว่าหมายรวมถึงกระบวนการ ในการเตรียมการหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากการคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงในกรณีทำการสู้รบไม่ ครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองสำหรับสังหาริมทรัพย์จากการโจมตี เพราะได้ให้ความคุ้มครอง แต่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น แต่การคุ้มครองอสังหาริมทรัพย์จากการโจมตีนั้น ก็สามารถที่จะ เป็นการคุ้มครองสังหาริมทรัพย์ตามข้อเท็จจริงได้ไปในตัว เนื่องจากสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่ก็ มักจะตั้งอยู่ในอสังหาริมทรัพย์นั่นเอง

(2) ในกรณีของการยึดครองดินแดน

ในกรณีของการยึดครองดินแดนนั้น ดินแดนที่นับได้ว่าถูกยึดครองแล้วนั้น คือดินแดนที่ ต้องอยู่ในอำนาจของกองทัพเข้าศึกโดยแท้จริง โดยมีปัจจัยสำคัญ คือเข้าไปเพื่อยึดดินแดนนั้นไว้ และเข้าไปบริหารงานในดินแดนนั้นได้สำเร็จ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การยึดครองนั้นจะต้องเข้าไปในดินแดนเข้าศึกโดยมีเจตนายึดเอาดินแดนนั้นไว้ แล้วเข้าจัดการบริหารงานในดินแดนนั้นด้วย ซึ่งการยึดครองทางทหารนั้นเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง กล่าวคือ ในเบื้องต้นจะต้องมีความมุ่ง ประสงค์ที่จะบุกรุกอย่างเป็นปฏิกิริยา กัน เข้าไปในดินแดนนั้นเพื่อการยึดครองไม่ว่าจะมีการต่อต้าน หรือไม่ก็ตาม ผู้ถูกบุกรุกจะต้องยอมจำนน และรัฐบาลของประเทศที่ถูกบุกรุกนั้นไม่สามารถที่จะ บริหารงานในสาธารณกิจได้ตามอำนาจหน้าที่ของตน และผู้บุกรุกได้ประสบความสำเร็จในการที่ จะตั้งรัฐบาลที่ถูกต้องตามกฎหมายในดินแดนที่ได้บุกรุกเข้าไปในนั้นด้วย ซึ่งการยึดครองจะต้องมี การเข้ายึดครองอย่างแท้จริง และเป็นผลคือหน่วยกำลังต่อต้านจะต้องแพ้พ่ายไปและกำลังทหาร ต้องเข้าครอบครองในดินแดน เพื่อที่จะเข้าดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน หน่วยกำลังทหารที่ เข้ายึดครองจะต้องส่งกองทหารเข้าไปในพื้นที่ยึดครองนั้นภายในเวลาอันสมควร จำนวนกองทหาร จะมากน้อยเพียงใดนั้นสุดแต่ทางการทหารจะพิจารณาเห็นสมควรว่าสำคัญเพียงใดที่จะต้องใช้ กำลังทหารเข้าไปทำการยึดครองจำนวนเท่าใด เมื่อกองทหารได้เข้าไปปฏิบัติการยึดครองอย่าง แท้จริงแล้ว จึงเรียกได้ว่าเป็นการยึดครองที่บังเกิดผล ซึ่งในกรณีของการยึดครองดินแดน อนุสัญญากรุงเฮก ปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 ได้ให้ความคุ้มครอง “ทรัพย์สิน” ซึ่งเกี่ยวพันทาง

ศาสนา สถาบันการศึกษา ศิลปะ วิทยาศาสตร์¹⁰ โดยมีเงื่อนไขสำคัญว่า ทรัพย์สินนั้นต้องเป็น ทรัพย์สินของชุมชน โดยคุ้มครองจากการครอบครองการนำมาใช้ประโยชน์ หรือทำลายในกรณีที่มี การยึดครองดินแดน ซึ่งคำว่า “ทรัพย์สิน” นั้นก็ไม่ได้มีการกำหนดเฉพาะเจาะจงว่า เป็นการให้ ความคุ้มครองต่อสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ แต่ในความหมายแล้วก็สามารถตีความได้ว่า หมายรวมทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีคุณค่าเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ดังที่กล่าวมา โดยมุ่งคุ้มครองจากการครอบครองใช้ประโยชน์รวมถึงการทำลายจากกองทัพที่ยึดครองดินแดนได้

จากการพิจารณาในกรณีของการยึดครองดินแดนนั้น สำหรับการคุ้มครองโดยทั่วไป สังหาริมทรัพย์ซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกล้นสะดม แต่สำหรับ การให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงนั้น สังหาริมทรัพย์ซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมจะได้รับความ คุ้มครองก็ต่อเมื่อเป็นทรัพย์สินของชุมชน

เมื่อได้พิจารณาถึงอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1899 และปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยกฎหมาย จารีตประเพณีในการทำสงครามทางบกแล้ว เห็นได้ว่าอนุสัญญานี้ถือเป็นตราสารทาง กฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ให้มีการคุ้มครองโดย เฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม แม้ในต้นอนุสัญญาดังกล่าวจะไม่ได้ใช้คำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” โดยตรงก็ตาม แต่ทั้งนี้เห็นว่าการคุ้มครองดังกล่าวเป็นการคุ้มครองซึ่ง กำหนดเฉพาะในกรณีของสงครามระหว่างรัฐตามความหมายของสงครามในยุคก่อน โดยถือว่าการ ชัดกัณฑ์ทางกำลังทหารภายในของแต่ละรัฐยังคงเป็นเรื่องภายในไม่อยู่ในความคุ้มครองตาม กฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า อนุสัญญาดังกล่าวยังขาดกลไกในการ ตรวจตราการกระทำผิด และมาตรการรับผิดชอบ ดังนั้นในเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สอง อนุสัญญานี้ ได้ถูกนำมาใช้เป็นตราสารสำคัญในศาลเพื่อใช้พิจารณาความผิดทางการทหาร ณ เมืองนูเรมเบิร์ก และโตเกียวซึ่งเป็นศาลของผู้ชนะสงคราม โดยผู้ชนะสงครามซึ่งได้มีการละเมิด กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้รับการลงโทษแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้เองจึงมีการพัฒนาความตกลงระหว่าง ประเทศเฉพาะทางเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกัณฑ์ทางกำลัง ทหารขึ้นต่อไป

¹⁰ John C. Johnson, “Under new management : the obligation to protect cultural property during military occupation”, *Military Law Review*, Spring 2007, pp. 120 - 121.

1.2 ข้อบังคับกรุงเฮกปี ค.ศ. 1923 เกี่ยวกับสงครามทางอากาศ

เมื่อครั้งการประชุม ณ กรุงเฮก ในปี ค.ศ. 1899 เป็นระยะที่เริ่มทราบอันตรายของการโจมตีทางอากาศ ซึ่งเมื่อก่อนหน้านั้นการใช้บอลลูนเพื่อประโยชน์แห่งการสู้รบได้มีมาก่อนแล้ว และมีที่ว่าการใช้เครื่องบินทำสงครามจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ที่ประชุมขณะนั้นจึงได้วางกฎเกณฑ์ไว้ว่า ห้ามทิ้งวัตถุระเบิดลงจากบอลลูนหรืออากาศยานใดๆ โดยมีข้อตกลงกันเป็นระยะเวลา 5 ปี ต่อมาอีกหลายปีจึงได้มีข้อตกลงกันใหม่ว่า ห้ามโจมตี หรือทิ้งระเบิดเมือง แหล่งที่อยู่อาศัย หรืออาคารที่ได้มีการเตรียมการป้องกัน ในการประชุม ณ กรุงแมดริด ในปี ค.ศ. 1911 ตกลงกันว่าสงครามทางอากาศจะต้องไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินยิ่งไปกว่าสงครามภาคพื้นดิน หรือทางทะเล ซึ่งปรากฏต่อมาว่าอากาศยานได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางในสงครามโลกครั้งที่ 2 เพื่อสนับสนุนการรบทางภาคพื้นดิน และทางทะเล จนกระทั่งในช่วงเดือน ธันวาคม ค.ศ. 1922 ถึงเดือน กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1923 ผู้แทนของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส อิตาลี ญี่ปุ่น และเนเธอร์แลนด์ ได้ร่วมประชุมคณะกรรมการนักนิติศาสตร์ (Commission of Jurists) ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ เพื่อร่างกฎสำหรับสงครามทางอากาศ ซึ่งสำเร็จลงเมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1923

โดยในข้อบังคับดังกล่าวนี้ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอยู่ใน 2 ข้อที่สำคัญ¹¹ คือ ในข้อที่ 25 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่า ในการทิ้งระเบิดโดยอากาศยาน ผู้บัญชาการต้องดำเนินขั้นตอนอันจำเป็นทั้งปวงเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อสงวนไว้ซึ่งอาคารที่อุทิศแก่การสักการะสาธารณะ ศิลปกรรม วิทยาศาสตร์ หรือความมุ่งประสงค์ทางการกุศล อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ เรือพยาบาล โรงพยาบาล และสถานที่เช่นนั้น ณ เวลาดังกล่าวนั้นมิได้ใช้เพื่อความมุ่งประสงค์ทางทหาร อาคาร วัตถุ และสถานที่เช่นว่านี้ในยามกลางวัน ต้องแสดงเครื่องหมายอันสามารถมองเห็นได้จากอากาศยาน การใช้เครื่องหมายเพื่อแสดงอาคาร วัตถุ หรือสถานที่อื่นๆ นอกจากที่กำหนดไว้ข้างต้น ให้ถือเป็นการกระทำล่อลวง เครื่องหมายซึ่งใช้ข้างต้นนี้สำหรับอาคาร ซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุงเจนีวา ให้ทำเป็นรูปกากบาทแดงบนพื้นขาว และสำหรับอาคารซึ่งได้รับการคุ้มครองอื่นๆ ให้ทำเป็นรูปแผ่นสี่เหลี่ยมผืนผ้าใหญ่ โดยแบ่งทแยงมุมเป็นสามเหลี่ยมสองส่วน ส่วนหนึ่งสีดำ อีกส่วนสีขาว คู่สงครามที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองในยามกลางคืนแก่โรงพยาบาล และอาคารที่มีเอกลักษณ์อื่นดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ต้องจัดให้มีมาตรการ

¹¹ Jiri Toman, *supra* note 2 p. 15.

อันจำเป็นเพื่อทำสัญลักษณ์พิเศษให้พอเพียงแก่การมองเห็น¹² และอีกมาตราที่สำคัญคือ ข้อที่ 26 มีหลักเกณฑ์ที่จะช่วยส่งเสริมให้รัฐสามารถใช้กฎในข้อบังคับดังกล่าวนี้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น สำหรับการให้ความคุ้มครองอนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์สำคัญซึ่งตั้งอยู่ในอาณาเขตของตน โดยมีเงื่อนไขว่ารัฐนั้นเต็มใจ ละเว้นจากการใช้ออนุสาวรีย์นั้น และเขตแดนโดยรอบเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการทหาร และยอมรับระบอบพิเศษ สำหรับการตรวจของตน คือ¹³

(1) รัฐมีสิทธิตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ที่จะก่อตั้งเขตคุ้มครองรอบอนุสาวรีย์เช่นว่านั้น ซึ่งตั้งอยู่ในอาณาเขตของตน โดยเขตเช่นว่านั้นในยามสงครามจะได้รับการคุ้มกันจากการทิ้งระเบิด

(2) ในยามสงบ ให้แจ้งไปยังประเทศอื่นผ่านพิธีทางการทูต ว่าอนุสาวรีย์มีเขตดังกล่าว ตั้งอยู่โดยรอบ และให้แสดงขอบเขตของเขตดังกล่าวด้วย โดยการแจ้งนั้นอาจเพิกถอนได้ในยามสงคราม

(3) เขตคุ้มครองซึ่งเพิ่มเติมจากบริเวณที่อนุสาวรีย์ หรือกลุ่มอนุสาวรีย์ได้ตั้งอยู่อย่างแท้จริง อาจรวมถึงเขตด้านนอกซึ่งกว้างไม่เกิน 500 เมตร โดยวัดจากเส้นรอบวงของพื้นที่ดังกล่าว

(4) เครื่องหมายซึ่งสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจนจากอากาศยาน ไม่ว่ากลางวัน หรือกลางคืน จะใช้เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะประกันการแสดงขอบเขตของเขตดังกล่าว ให้แก่นักบินของคู่สงคราม

(5) เครื่องหมายบนอนุสาวรีย์เอง จะเป็นเครื่องหมายที่ระบุไว้ในข้อที่ 25 เครื่องหมายที่ใช้เพื่อแสดงเขต โดยรอบจะกำหนดโดยรัฐซึ่งยอมรับบทแห่งข้อนี้ และจะได้แจ้งไปยังประเทศอื่นในเวลาเดียวกับการแจ้งเกี่ยวกับอนุสาวรีย์และเขตนั้น

(6) การใช้เครื่องหมายแสดงเขตที่ได้อ้างถึงในวรรค 5 โดยมีขอบจะถือเป็นการกระทำล่อลวง

(7) รัฐซึ่งยอมรับข้อบทแห่งข้อนี้ ต้องละเว้นจากการใช้ออนุสาวรีย์ และเขตโดยรอบเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการทหาร หรือเพื่อผลประโยชน์ไม่ว่าทางใดขององค์การทางทหาร หรือละเว้นจากการกระทำด้วยความมุ่งประสงค์ทางทหารโดยเจตนาภายในอนุสาวรีย์ หรือเขตเช่นว่านั้น

(8) คณะกรรมการตรวจสอบซึ่งประกอบด้วยผู้แทนเป็นกลาง 3 คน ได้รับการมอบหมายจากรัฐ ซึ่งได้รับบทแห่งข้อนี้ หรือตัวแทนของบุคคลนั้น จะได้รับการแต่งตั้งเพื่อความมุ่งประสงค์ในการสร้างความมั่นใจว่า จะไม่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งวรรค 7 ให้สมาชิกคนหนึ่งของ

¹² มาตรา 25 ข้อบังคับกรุงเฮกปี ค.ศ. 1923 เกี่ยวกับสงครามทางอากาศ

¹³ มาตรา 26 ข้อบังคับกรุงเฮกปี ค.ศ. 1923 เกี่ยวกับสงครามทางอากาศ

คณะกรรมการตรวจสอบเป็นผู้แทน (หรือตัวแทนของบุคคลนั้น) ของรัฐ ซึ่งได้รับมอบหมายให้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สงครามฝ่ายตรงข้าม

ซึ่งจากการพิจารณาเห็นว่ามีกรวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ชัดเจน เช่นการกำหนดขั้นตอนการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษสำหรับกรณีที่มีรัฐคู่สงครามประสงค์จะกำหนดเขตพื้นที่ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ต้องการปกป้องของดินแดนภายในรัฐของตน และมีการกำหนดให้ทำการบังคับด้วยเครื่องหมายที่มีการกำหนดลักษณะที่ชัดเจนแน่นอนเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปฏิบัติในการสู้รบทางอากาศ แต่ถึงแม้ว่ากฎหมายเหล่านี้จะไม่มีผลใช้บังคับในฐานะกฎหมายสนธิสัญญา¹⁴ แต่ก็มีหลายส่วนที่เป็นกรกล่าวย้า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสงครามทางบกและทางทะเล นอกจากนี้ยังเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ ซึ่งแสดงถึงความพยายามอันทรงอิทธิพลที่จะสร้างความชัดเจนและวางระบบกฎหมายว่าด้วยการใช้อากาศยานในสงครามอีกด้วย

1.3 สนธิสัญญาเพื่อการคุ้มครองสถาบันทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ ปี ค.ศ. 1935

สนธิสัญญานี้ เรียกกันย่อๆว่า Roerich Pact 1935 เนื่องจากถูกจัดเตรียมขึ้นจากการร้องขอของ Roerich Museum ในนครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการร้องขอของ Professor Nicholas Roerich และผู้จัดเตรียมร่างคือ Mr. Georges Chklaver โดยถูกจัดทำขึ้นเพื่อการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งถือว่าเป็นสนธิสัญญาเฉพาะทางฉบับแรกสุด ทั้งนี้ร่างดังกล่าวถูกพิจารณา วิจาร์ณ และสอบร่างโดยสำนักงานพิพิธภัณฑ์ระหว่างประเทศ (The International Museum Office) แห่งสันนิบาตชาติ ทั้งนี้ได้มีการรับรองสนธิสัญญาโดยการยอมรับของรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1933 ซึ่งต่อจากนั้นสนธิสัญญาได้ถูกนำเข้าสู่ที่ประชุม Pan American Union เพื่อพิจารณาและลงนามในวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1935¹⁵ โดยสนธิสัญญานี้มีผลใช้บังคับกับรัฐที่ลงนามซึ่งอยู่ในทวีปอเมริกาเหนือและอเมริกาใต้ และเป็นภาคีของ Pan American Union

จากการพิจารณาจะเห็นว่า สนธิสัญญา Roerich Pact 1935 นี้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนให้ทรัพย์สินซึ่งได้รับการคุ้มครอง คืออนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ พิพิธภัณฑ์ สถาบัน

¹⁴ Joshua E. Kastenberg, "The Legal Rime for Protecting Cultural Property during Armed Conflict", *Air force Law Review* Vol.42, 1997, pp. 287 – 288.

¹⁵ Jiri Toman, *supra* note 2 p. 17.

ทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ การศึกษา วัฒนธรรม โดยสนธิสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดพันธกรณีแก่บรรดารัฐผู้ลงนามให้มีพันธกรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินในยามสงคราม โดยรัฐต้องให้ความเคารพและความคุ้มครองต่ออนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ พิพิธภัณฑสถานทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ การศึกษา วัฒนธรรม โดยพิจารณาว่ามีความเป็นกลาง รวมทั้งให้ความเคารพและความคุ้มครองต่อบุคคลซึ่งอยู่ในอาคารเหล่านั้นด้วย เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ตราสารทางกฎหมายนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนให้อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ พิพิธภัณฑสถานทางศิลปวิทยาการ การศึกษาและวัฒนธรรม ได้รับสถานะที่เป็นกลาง คือได้รับการรับรองว่าจะไม่ถูกโจมตีโดยผู้ที่เป็นฝ่ายสู้รบนั้น จะต้องให้การเคารพและให้ความคุ้มครองจากฝ่ายที่เป็นคู่ศึก และห้ามละเมิดความเป็นกลางของสถานที่เหล่านี้ และจะโจมตีหรือทำลายสถานที่เหล่านี้ไม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามจารีตประเพณีของกฎหมายสงครามในสมัยนั้น โดยในสนธิสัญญานี้ได้มีการกำหนดให้มีการประดับเครื่องหมายต่อสถานที่ที่ได้รับการคุ้มครองเป็นเครื่องหมายวงกลมรูปห่วงส้อมพื้นขาวมีจุดสี่เหลี่ยมสามจุดอยู่ภายใน¹⁶

ทั้งนี้ขอบเขตของความคุ้มครองตามสนธิสัญญาจึงมีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองต่อสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม และต่อบุคคลซึ่งอยู่ในอสังหาริมทรัพย์นั้น โดยมีเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครอง คือต้องไม่ได้มีการใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร เพราะหากมีการใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารแล้ว ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินนั้นตามสนธิสัญญาก็จะหมดไป แต่เนื่องจากสนธิสัญญาฉบับนี้ไม่ได้มีการระบุประเภทของการคุ้มครองอย่างชัดเจนเพียงแต่กำหนดไว้ว่าให้มีการให้ความเคารพ และคุ้มครองต่อทรัพย์สินเหล่านั้น จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาในการตีความว่ามาตรการที่เกี่ยวกับการให้ความเคารพ และคุ้มครองนั้นมีหลักการพื้นฐานที่ต้องดำเนินการอย่างไร ทั้งนี้เนื่องจากเป็นความตกลงระหว่างประเทศเฉพาะทางแต่ก็มีการลงนามแต่เพียงรัฐในกลุ่มทวีปอเมริกา ซึ่งถือว่าเป็นระดับภูมิภาคเท่านั้น ถึงแม้ว่าจะมีกลไกคือ Pan American Union ก็ตามแต่ในสนธิสัญญาก็ไม่ได้มีการกำหนดบทบาทให้แก่สหภาพดังกล่าว ในการที่จะสามารถตรวจสอบความเป็นไปตามสนธิสัญญาได้ ซึ่งสหภาพมีเพียงหน้าที่รับทราบรายงานของทรัพย์สินซึ่งถูกคุ้มครองและแจ้งแก่บรรดารัฐภาคีได้รับทราบเท่านั้น

¹⁶ สนธิสัญญาเพื่อการคุ้มครองสถาบันทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ ปี ค.ศ. 1935, ข้อ 3.

1.4 อนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 4 เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองบุคคลพลเรือนในยามสงครามปี ค.ศ. 1949

อนุสัญญาเจนีวาฉบับที่ 4 นี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มขึ้นเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มครองแก่พลเรือนให้มีความรัดกุม และกว้างขวางขึ้นกว่าอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ.1899 และปี ค.ศ. 1907¹⁷ โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้วางข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองพลเรือนในดินแดนที่ถูกยึดครองโดยกำหนดห้ามมิให้กองทัพนั้น ทำลายทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นของรัฐ หรือของเอกชนเมื่อมีการยึดครองดินแดน แต่ทั้งนี้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า การทำลายนั้นสามารถกระทำได้หากมีความจำเป็นเพื่อการปฏิบัติการทางการทหาร ซึ่งแม้ว่าในอนุสัญญาฉบับนี้จะไม่ได้กำหนดการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แต่เห็นได้ว่าทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมนั้นเป็นความหมายหนึ่งของทรัพย์สินทั่วไปในกรณีที่มีการยึดครองดินแดน ซึ่งก็ควรที่จะได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาได้เช่นกัน แต่ถึงแม้จะได้รับความคุ้มครองอนุสัญญาฉบับนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นได้หากการทำลายทรัพย์สินนั้นกระทำไปเพื่อความจำเป็นทางการทหาร และแม้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้ยังไม่ได้กำหนดการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้โดยเฉพาะ แต่ก็สามารถใช้กรอบการให้การคุ้มครองทรัพย์สินเมื่อเกิดกรณีการยึดครองดินแดนได้ โดยในอนุสัญญาเจนีวาฉบับนี้จะมีคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศเป็นกลไกในการดูแลแต่ก็ไม่ได้เป็นการดูแลโดยตรงเนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลพลเรือน ทำให้ทรัพย์สินในดินแดนซึ่งถูกยึดครองอาจไม่ได้รับการตรวจตรา และดูแลเท่าที่ควรจะเป็น และเป็นการจำกัดแต่เพียงการให้ความคุ้มครองในกรณีการยึดครองดินแดนเพียงเท่านั้น

2. มาตรการการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร และพิธีสารฉบับที่ 1

เนื่องจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้มีการตระหนักถึงความจำเป็นในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารในระดับสากล อันเป็นที่ยอมรับและแพร่หลายใน

¹⁷ เวียงพร ไกรเกียรติสกุล, “มาตรการร่วม (มาตรา 1-3) ในอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 กับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยธรรมในภาวะของการขัดกันทางกำลังทหาร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 36.

บรรดาประเทศต่างๆ จนทำให้เกิดการจัดทำอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าและพิธีสารฉบับที่ 1 ซึ่งการปฏิบัติต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญาดังกล่าวนี้อาจแบ่งการคุ้มครองออกเป็น 2 ประการคือ การให้ความคุ้มครองทั่วไป และการให้ความคุ้มครองพิเศษ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 การคุ้มครองทั่วไป

การให้ความคุ้มครองโดยทั่วไปเป็นการคุ้มครองซึ่งอนุสัญญาได้ให้กับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยอนุสัญญาดังกล่าวนี้อาศัยขอบเขตของอนุสัญญาไปใช้ในการกรณีการขัดกันทางการค้าที่มีใช้ระดับระหว่างประเทศด้วย¹⁸ ซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้จำกัดความหมายไว้ตามมาตรา 1 นั้นจะได้รับความคุ้มครองโดยรัฐผู้ลงนามจะเป็นผู้พิจารณาตามกระบวนการภายในของแต่ละรัฐ ในการจำกัดความของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้เฉพาะเจาะจงลงไป เนื่องจากในมาตรา 1 ของอนุสัญญานี้เป็นการให้คำจำกัดความเป็นแนวทางไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งคำจำกัดความของคำว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้าของแต่ละรัฐจึงมีความแตกต่างกันออกไปตามความเห็นและมาตรการภายในของรัฐนั้นๆ แต่ถึงแม้ว่าการให้คำจำกัดความจะแตกต่างกันก็ตาม แต่ก็ควรจะต้องมีความสอดคล้องกับคำจำกัดความตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา รวมถึงมาตรการขั้นต่ำในการกำหนดคำนิยามก็ไมควรถูกน้อยหรือต่ำไปกว่าที่ได้กำหนดเอาไว้ในอนุสัญญา ซึ่งสำหรับในกรณีที่มีการขัดกันทางการค้านั้น ในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ได้บัญญัติเรื่องการให้ความคุ้มครองโดยทั่วไปไว้ใน มาตรา 4¹⁹ ของอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งกองทัพหรือกองกำลังจะต้องปฏิบัติต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังนี้

1. การให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

การให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม คือ การกระทำที่เป็นการงดเว้นจากการใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและสิ่งซึ่งใช้คุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเพื่อประโยชน์ที่จะทำให้เกิดภัยต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งได้แก่ การใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเพื่อสนับสนุนประโยชน์ทางการทหาร และรวมถึงการงดเว้นการศึกษาที่จะมุ่งทำร้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะเป็นการทำลายโดยวิธีการใดก็ดี เช่น การระดมยิงหรือปิดล้อม การวางระเบิด เป็นต้น ทั้งนี้การให้ความคุ้มครอง

¹⁸ มาตรา 19 อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

¹⁹ Jiri Toman, *supra* note 2 pp. 68-72.

ต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นจะต้องมีการปฏิบัติต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม 2 ประเภทด้วยกัน คือ ทรัพย์สินวัฒนธรรมที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตของตนเอง และทรัพย์สินวัฒนธรรมที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐอื่น

ทั้งนี้การให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น ก็มีข้อยกเว้นเฉพาะในการที่จะสามารถสละความคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมที่เคารพได้ คือ ในกรณีที่มีความจำเป็นทางทหารเรียกร้องบังคับให้กระทำการ หรือความจำเป็นทางทหารซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งในอนุสัญญาไม่ได้กำหนดในรายละเอียดและองค์ประกอบของความจำเป็นทางทหารซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งเอาไว้ จึงยังคงเป็นประเด็นสำคัญว่าความจำเป็นทางทหารซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งนั้น จะต้องมียกเว้นเช่นใด จึงจะถือว่าเป็นกรณีที่สามารถสละการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้

2. ห้ามการโจรกรรม การปล้น การยึด หรือการยกยอก หรือการกระทำป่าเถื่อนมั่วร้ายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในกรณีที่ทำการขโมย ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอาจไม่ได้รับการความเสียหายจากกรณีที่มีการสู้รบกัน แต่อาจจะได้รับความเสียหายจากการปล้น ยกยอก และการกระทำที่มั่วร้ายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในขณะที่มีการสู้รบ

3. ห้ามการกระทำอันเป็นการกระทำตอบแทนเพื่อการแก้แค้น โดยการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

โดยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องการแก้แค้น (Reprisal) นั้นไม่ถือว่าเป็นเหตุแห่งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นในอนุสัญญาจึงได้มีการกำหนดยกเว้นเกี่ยวกับหลักนี้เอาไว้ โดยกำหนดให้การแก้แค้นเอากับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นการกระทำที่ผิดความตกลงและต้องได้รับโทษ

4. การห้ามเรียกเกณฑ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

การเรียกเกณฑ์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้ หมายถึง การเอาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไปใช้เพื่อประโยชน์หรือสนับสนุนในการปฏิบัติการของกองทัพหรือกองกำลัง

สำหรับในกรณีของการยึดครองดินแดนนั้น ในอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดไว้ในมาตรา 5 ซึ่งการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในโดยทั่วไปนั้น กองทัพหรือกองกำลังจะต้องปฏิบัติต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมในดินแดนซึ่งถูกยึดครอง คือ ให้ความสนับสนุนแก่บรรดาเจ้าหน้าที่ประจำชาติ ผู้มีอำนาจแห่งรัฐที่ถูกยึดครองในการพิทักษ์รักษาและป้องกันทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยหากมีความจำเป็นให้มีการจัดหามาตรการเพื่อรักษาทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งได้รับ

ความเสียหายจากการปฏิบัติการทางทหาร²⁰ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ประจำชาติของรัฐที่ถูกยึดครองไม่สามารถที่จะดำเนินการได้ ก็ให้รัฐผู้ยึดครองจัดหามาตรการในการป้องกันและรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างจำเป็นที่สุด นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการป้องกันการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจากดินแดนซึ่งถูกยึดครองด้วย

2.2 การคุ้มครองพิเศษ

เมื่อกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษซึ่งเป็นระบบการคุ้มครองซึ่งได้มีการจัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาซึ่งเป็นระบบการคุ้มครองตามกระบวนการในระดับระหว่างประเทศโดยองค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือ UNESCO ได้มีการดำเนินการเพื่อการพิจารณาถึงความสำคัญของทรัพย์สินที่สมควรได้รับการคุ้มครองอย่างเฉพาะเจาะจง โดยเป็นทรัพย์สินที่เป็นที่ยอมรับถึงคุณค่าในทางระหว่างประเทศซึ่งทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษดังกล่าวนั้น บรรดารัฐภาคีในอนุสัญญาต้องงดเว้นจาก การกระทำใดๆ ที่เป็นการประทุษร้ายโดยตรงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และงดเว้นจากการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร รวมไปถึงห้ามใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และพื้นที่โดยรอบเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหารด้วย

แต่ทั้งนี้สำหรับความคุ้มครองพิเศษนี้ก็มิใช่ข้อยกเว้นตามอนุสัญญากำหนดเอาไว้ว่า การคุ้มครองเป็นพิเศษของความคุ้มครองพิเศษนี้อาจถูกเพิกถอนได้เฉพาะแต่ในกรณีพิเศษ คือ มีความจำเป็นทางทหารซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และยังเป็นปัญหาเนื่องจากในอนุสัญญาไม่ได้มีการกำหนดองค์ประกอบของความจำเป็นทางทหารซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ดังกล่าวเอาไว้ จนเมื่อมีการจัดทำพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทางทหารขึ้น จึงได้มีการขยายความข้อยกเว้นนี้ ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

สำหรับการให้ความคุ้มครองพิเศษนี้ ยังรวมไปถึงกรณีการคุ้มครองต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และการให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังนี้

²⁰ *Ibid.*, pp. 83-85.

2.2.1 การขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

หลักเกี่ยวกับการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองต่อความปลอดภัยของทรัพย์สินวัฒนธรรม โดยก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญากรุงเฮก ปี ค.ศ. 1954 นี้ ไม่ได้มีปรากฏในตราสารระหว่างประเทศว่ามีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ แต่มีหลักการเกี่ยวกับการทำสงครามภายในรัฐซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสงครามในยุคต่อมา คือ คำสั่งทั่วไปที่ 100 โดยประธานาธิบดีลินคอล์น หรือคำแนะนำเพื่อจัดการกองทัพสหรัฐในสนามรบในปี ค.ศ. 1863 ได้กำหนดหลักการว่า ผู้ปกครองรัฐ หรือชาติผู้พิชิตดินแดนนั้นได้อาจมีคำสั่งให้อายัด หรือเคลื่อนย้ายผลงานทางศิลปะ ห้องสมุด ของสะสม หรือ เครื่องมือของรัฐ หรือของชาติที่ปรึกษาที่ถูกยึดครองดินแดน หากจะทำให้สิ่งเหล่านั้นพ้นจากความเสียหาย และเพื่อประโยชน์ของรัฐ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสามารถที่จะเคลื่อนย้ายได้ โดยสามารถถูกเคลื่อนย้ายได้หากมีการจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดขึ้น²¹ โดยการคุ้มครองเฉพาะต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร จึงมีความสำคัญเพราะหากมีเพียงแค่การคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแต่ไม่คุ้มครองต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแล้ว หากเกิดกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องขนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม การขนส่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองนั้นอาจถูกโจมตีและก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ในที่สุด ดังนั้นในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร จึงได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในส่วนที่ 3 ของอนุสัญญา ซึ่งไม่ได้จำกัดรูปแบบของการขนส่งที่ถูกคุ้มครองเพราะระบุแต่เพียงว่า เป็นการขนส่งจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง ดังนั้นรูปแบบของการขนส่งซึ่งถูกคุ้มครองโดยอนุสัญญาจึงเป็นการขนส่งในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศ และไม่ได้มีการจำกัดยานพาหนะที่ใช้ในการขนส่งด้วย ซึ่งการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีพิเศษ²²

การขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกระบวนการของข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 นั้น การขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

²¹ Andrea Cuning, *supra* note 1, p. 215.

²² Jiri Toman, *supra* note 2 pp. 152-154.

ประเภทนี้ได้รับความคุ้มครองจากการร้องขอโดยอัครภาคีผู้เกี่ยวข้อง อันได้แก่ รัฐผู้ยึดครองดินแดน รัฐผู้ถูกยึดครองดินแดน หรือรัฐผู้รับฝากทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยจะมีกลไกในการตรวจตราจากผู้ตรวจการ หรือคณะผู้ตรวจการซึ่งจะถูกแต่งตั้งขึ้นโดยข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม กระบวนการในการร้องขอความคุ้มครองพิเศษต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเริ่มจากที่อัครภาคีผู้เกี่ยวข้องตามที่กล่าวข้างต้นร้องขอต่อข้าหลวงใหญ่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยระบุเหตุผลในการร้องขอ ความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จำนวนโดยประมาณของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม สถานที่ตั้งของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมปัจจุบันและสถานที่ตั้งแห่งใหม่ ยานพาหนะ หรือวิธีการในการขนส่ง เส้นทางในการขนส่ง วันที่ดำเนินการขนส่ง รวมทั้งข้อมูลอื่นๆที่จำเป็น จากนั้นข้าหลวงใหญ่เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะทำการวินิจฉัยตามความเห็น หากเห็นสมควรว่าการขนส่งนั้นเหมาะสมที่จะกระทำขึ้น ข้าหลวงใหญ่จะปรึกษากับหรือเกี่ยวกับมาตรการซึ่งจะถูกใช้ในการขนส่ง กับบรรดาผู้แทนของประเทศที่คุ้มครองของอัครภาคีที่เกี่ยวข้อง โดยการปรึกษานี้ข้าหลวงใหญ่จะแจ้งข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่อัครภาคีที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ข้าหลวงใหญ่เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะแต่งตั้งผู้ตรวจการ หรือคณะตรวจการตามเห็นสมควร ซึ่งการตรวจการว่าการขนส่งที่เกิดขึ้นจะมีการขนส่งเฉพาะทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ระบุไว้เท่านั้น โดยการขนส่งตามวิธีที่ระบุไว้ในคำร้องขอ และการขนส่งซึ่งได้รับความคุ้มครองต้องมีการแสดงเครื่องหมายบ่งชี้ โดยเป็นเครื่องหมายลักษณะเฉพาะเพื่อความคุ้มครอง ทั้งนี้ผู้ตรวจการ หรือคณะผู้ตรวจการจะร่วมเดินทางไปกับทรัพย์สินวัฒนธรรมจนถึงจุดหมายปลายทางด้วย

โดยในการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นการขนส่งข้ามเขตแดน คือมีการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจากรัฐหนึ่งข้ามเขตแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง รัฐที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมถูกขนส่งเข้ามามีหน้าที่เป็นผู้รับฝากทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยผู้รับฝากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมต้องใช้มาตรการอย่างใหญ่หลวงในการดูแลรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยจัดหาสถานที่เก็บทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น โดยความคุ้มกันของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งอยู่ในระหว่างการขนส่งและขณะอยู่ภายในดินแดนของรัฐผู้รับฝากนั้น ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะถูกดเว้นจากการยึด ครอบครอง หรือจับกุม รวมถึงจะไม่ถูกจำหน่าย ถึงแม้ว่าการจำหน่ายนั้นจะถูกกระทำเพื่อความปลอดภัยของทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นก็ตาม ทั้งนี้ในกรณีที่จำเป็นรัฐผู้รับฝากอาจมีการส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมต่อไปยังรัฐที่สามโดยความยินยอมของรัฐผู้ฝาก ซึ่งต้องมีการดำเนินการตามกระบวนการที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเช่นกัน ซึ่งการร้องขอความคุ้มครองพิเศษจะเป็นการบ่งชี้ว่ารัฐผู้เป็นเจ้าของดินแดนซึ่งทรัพย์สินนั้นถูกส่งไปยอมรับในพันธกรณีที่กำลังกล่าวมาแล้ว และเมื่อกรณีพิพาทหรือสงครามสิ้นสุดลง

เมื่อมีการร้องขอให้คืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม รัฐผู้รับฝากต้องดำเนินการคืนทรัพย์สินนั้นภายในระยะเวลา 6 เดือนนับจากวันที่มีการร้องขอ

(2) ในกรณีเร่งด่วน²³

สำหรับการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีเร่งด่วนเป็นการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในช่วงเวลาเริ่มต้นของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ เนื่องจากมีความจำเป็นในการป้องกันและรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งอาจได้รับความเสียหายในกรณีพิพาท ทั้งนี้การขนส่งในกรณีเร่งด่วนนี้ไม่ได้มีการเตรียมการเกี่ยวกับการขนส่งมาก่อน แต่การขนส่งสามารถดำเนินการได้ โดยอาจแสดงเครื่องหมายเช่นเดียวกับการขนส่งซึ่งได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในกรณีที่มีการร้องขอความคุ้มครอง โดยต้องมีการแจ้งการขนส่งนั้นต่อภาคีคู่ตรงข้าม ซึ่งความคุ้มครองจากความคุ้มครองต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นจะเป็นความคุ้มครองจากการกระทำต่างๆที่มุ่งประทุษร้ายหรือ คุกคามต่อยานพาหนะซึ่งอยู่ภายใต้ความคุ้มครอง โดยการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ปฏิบัติตามกระบวนการจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่มุ่งร้ายโดยตรงต่อยานพาหนะภายใต้ความคุ้มครอง และการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีเร่งด่วนจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่เป็นการคุกคามต่อยานพาหนะ รวมทั้งจะได้รับความคุ้มครองจากการยึดและเอาเป็นทรัพย์สินของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกขนส่งและพาหนะในการขนส่ง และได้รับความคุ้มครองจากการถูกจับกุมใดๆในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร แต่อย่างไรก็ดีความคุ้มครองตามที่กล่าวมาไม่จำกัดสิทธิในการสืบเสาะ และตรวจค้นการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกคุ้มครองแต่อย่างใด

เนื่องจากการคุ้มครองต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นการคุ้มครองที่ให้กับยานพาหนะที่ใช้ในการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีการขนส่ง โดยในการปฏิบัตินั้นจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นไปตามกระบวนการของข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญา ซึ่งค่อนข้างจะเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากมีขั้นตอนในการปฏิบัติซึ่งต้องอาศัยระยะเวลาและต้องได้รับการเตรียมการในยามสันติมาก่อน จึงส่งผลต่อการปฏิบัติของบรรดารัฐต่างๆที่อาจทำให้การคุ้มครองต่อการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในยามที่มีการขัดกันทางกำลังทางทหารนั้นล่าช้าไป ซึ่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารในกรณีเร่งด่วนนั้นต้องมีการแจ้งภาคีคู่ปรปักษ์ให้ทราบถึงการดำเนินการในการขนส่ง แต่

²³ *Ibid.*, pp. 165-167.

ในทางข้อเท็จจริงนั้นภาคีคู่ประพันธ์อาจอ้างถึงการไม่รับทราบการแจ้งนั้น ซึ่งยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ทำให้การขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมยังคงมีข้อบกพร่องในทางปฏิบัตินั่นเอง

2.2.2 การให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้นนอกจากจะให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม การขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแล้ว ยังมุ่งให้ความคุ้มครองต่อบรรดาบุคลากรที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ในมาตรา 15 ของอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งพนักงานที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมต้องได้รับความเคารพเท่าที่เหมาะสมกับประโยชน์ต่อความปลอดภัยของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม แต่เนื่องจากในอนุสัญญาไม่ได้ระบุในรายละเอียดของความเคารพดังกล่าวเอาไว้ทั้งนี้นอกจากความเคารพต่อพนักงานที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามเงื่อนไขข้างต้นแล้ว หากพนักงานที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตกอยู่ในอำนาจของภาคีคู่ตรงข้ามในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร พนักงานจะต้องได้รับอนุญาตจากคู่กรณีพิพาทให้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรับผิดชอบทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ตกอยู่ในอำนาจของภาคีคู่ตรงข้ามในกรณีพิพาทต่อไป ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าการคุ้มครองดังกล่าวยังไม่ได้มุ่งคุ้มครองไปที่ตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยตรง แต่เป็นการคุ้มครองเพียงการปฏิบัติหน้าที่เพื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมบางประการ คือ การปฏิบัติหน้าที่เพื่อความปลอดภัยของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และรับผิดชอบเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ตกอยู่ในอำนาจของภาคีคู่พิพาทในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งแตกต่างจากการคุ้มครองพนักงานที่เกี่ยวข้องทางการแพทย์ ศาสนา ที่จะได้รับการคุ้มครองโดยอนุสัญญาเจนีวา ตราบใดที่บุคคลเหล่านั้นไม่จับอาวุธสู้รบเป็นพลรบในกองทัพ ก็ยังได้รับความคุ้มครองต่อไป²⁴

2.3 การตีตราเครื่องหมายแสดงทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการตีตราเครื่องหมายสัญลักษณ์แสดงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเอาไว้²⁵ โดย

²⁴ *Ibid.*, p. 174.

²⁵ มาตรา 6 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

วัตถุประสงค์ของการใช้เครื่องหมายสัญลักษณ์เพื่อระบุถึงความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม นั้นแยกออกเป็นความคุ้มครองทั่วไป และความคุ้มครองพิเศษ

โดยสำหรับความคุ้มครองทั่วไปนั้นจะถูกบ่งชี้ด้วยเครื่องหมายลักษณะเฉพาะรูปโล่สีน้ำเงิน-ขาว และสำหรับความคุ้มครองพิเศษจะถูกบ่งชี้ด้วยเครื่องหมายลักษณะเฉพาะรูปโล่สีน้ำเงิน-ขาว 3 รูปเรียงกันในรูปลักษณะสามเหลี่ยมกลับหัว²⁶ ซึ่งในอนุสัญญานั้นไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่า การติดสัญลักษณ์ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวจะต้องกระทำในเวลาใด หรือจะกระทำการติดสัญลักษณ์ได้ก็ต่อเมื่อเกิดเหตุการณ์ขัดกันทางการค้าขึ้นก่อน แต่ทั้งนี้จากการพิจารณาแล้วการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์นั้นรัฐภาคีสามารถกระทำได้ตราบใดที่อนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นยังมีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งหมายความว่า การติดเครื่องหมายสัญลักษณ์สามารถกระทำได้โดยการตัดสินใจของรัฐภาคีแต่ละรัฐเองว่าสมควรจะกระทำเมื่อใด ทั้งนี้เห็นว่าการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์แสดงความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นสามารถกระทำได้ในยามสันติ โดยรัฐภาคีสามารถดำเนินการติดเครื่องหมายโล่สีน้ำเงิน-ขาวได้ เนื่องจากหากก่อให้เกิดเหตุการณ์ขัดกันทางการค้าขึ้นก่อน แล้วรัฐภาคีค่อยดำเนินการเห็นจะไม่ทันต่อเหตุการณ์และทำให้เสียเวลาและอาจทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นได้รับอันตราย ดังนั้นรัฐภาคีจึงควรต้องมีการเตรียมการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์ดังกล่าวไว้ล่วงหน้า

ทั้งนี้ตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 นั้นได้กำหนดเรื่องการใช้เครื่องหมายสัญลักษณ์คุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้²⁷ ดังนี้

- สำหรับการคุ้มครองทั่วไป สามารถกระทำได้โดยการใช้เครื่องหมายสัญลักษณ์รูปโล่สีน้ำเงิน-ขาว 1 รูป โดยสิ่งที่สามารถใช้สัญลักษณ์คุ้มครองทั่วไปดังกล่าวนี้ ได้แก่

- 1) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นต้องไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองพิเศษ
- 2) บุคคลซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า
- 3) บุคคลซึ่งมีพันธะหน้าที่ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

²⁶ มาตรา 16 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

²⁷ มาตรา 17 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

4) บัตรประจำตัวซึ่งระบุถึงข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

โดยบุคคลตามที่ระบุไว้ในข้อ 2) และ 3) ข้างต้นนั้น สามารถติดเครื่องหมายสัญลักษณ์คุ้มครองได้โดยการใส่ปลอกแขนที่มีเครื่องหมายสัญลักษณ์โดยได้รับการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ทั้งนี้บุคคลดังกล่าวยังสามารถพกบัตรประจำตัวพิเศษซึ่งมีเครื่องหมายสัญลักษณ์ โดยในบัตรดังกล่าวนั้นต้องมีการระบุรายละเอียดของชื่อ นามสกุล วัน/เดือน/ปี เกิด ตำแหน่ง หน้าที่ที่รับผิดชอบเป็นอย่างน้อย พร้อมทั้งมีรูปถ่ายของผู้ถือบัตร ลายเซ็นหรือลายนิ้วมือ และมีการประทับตราจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ โดยรัฐภาคีแต่ละรัฐสามารถออกบัตรประจำตัวดังกล่าวได้ตามรูปแบบที่ระบุไว้ในภาคผนวกของอนุสัญญา ทั้งนี้รัฐภาคีต้องส่งตัวอย่างของบัตรดังกล่าวที่รัฐภาคีได้จัดทำขึ้นให้กับบรรดารัฐภาคีอื่นๆ อีกทั้งต้องทำคู่มือ หรือสำเนาเก็บไว้ที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการออกบัตรดังกล่าวไว้ด้วย ทั้งนี้บุคคลซึ่งได้รับอนุญาตให้มีบัตรประจำตัวดังกล่าวนี้ไม่สามารถถูกถอดถอนการมีบัตร หรือปลอกแขนที่มีเครื่องหมายสัญลักษณ์ได้ โดยไม่มีเหตุผลที่ถูกต้องตามกฎหมาย²⁸

- สำหรับการคุ้มครองพิเศษ สามารถกระทำได้โดยการให้รูปโล่หีสน้ำเงิน-ขาว 3 รูปเรียงกันในรูปลักษณะสามเหลี่ยมกลับหัว โดยสิ่งที่สามารถใช้สัญลักษณ์คุ้มครองดังกล่าวนี้ได้แก่

1) อสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรมซึ่งอยู่ภายใต้ความคุ้มครองพิเศษ

2) การขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้เงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในเรื่องการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีพิเศษ และในกรณีเร่งด่วน (มาตรา 12 และมาตรา 13 ของอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 นั้นได้กำหนดเรื่องการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์คุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม)

3) ที่หลบสำหรับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีฉุกเฉิน

ทั้งนี้การติดเครื่องหมายสัญลักษณ์แสดงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ทั้งการคุ้มครองทั่วไป และการคุ้มครองพิเศษนั้น จากบทบัญญัติของอนุสัญญาได้กำหนดห้ามมิให้มีการนำเครื่องหมายสัญลักษณ์ดังกล่าวไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นใดนอกเหนือไปจากที่บัญญัติ หากรัฐภาคีกระทำการผิดข้อกำหนดดังกล่าวถือว่าได้กระทำการละเมิดอนุสัญญาตามมาตรา 28 ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของพิธีสาร

²⁸ มาตรา 21 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 ค.ศ. 1977 เรื่องการปราบปรามการละเมิดพิธีสารในมาตรา 85 ได้กำหนดเกี่ยวกับการกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงเอาไว้ โดยการทำให้ได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรืออนามัยอย่างร้ายแรงโดยเจตนา ซึ่งในการกระทำความผิดกล่าวไว้ในอนุสัญญา มาตรา 37 ของพิธีสารเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายสัญลักษณ์กาชาด และเครื่องหมายสัญลักษณ์อื่นใดของอนุสัญญาและพิธีสาร ซึ่งก็หมายรวมถึงเครื่องหมายสัญลักษณ์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมด้วยนั่นเอง

ทางองค์การศึกษาวิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาตินั้นสามารถเข้ามามีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคในการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์คุ้มครองให้แก่บรรดารัฐภาคีได้ โดยในกรณีของการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์คุ้มครองตามอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 นี้ได้กำหนดไว้ว่าจะกระทำการได้ก็ต่อเมื่อได้รับการอนุญาตและมีการลงนามโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐภาคีแล้วเท่านั้น ซึ่งในส่วนของการขึ้นตอน และพิธีการในการออกแบบฟอร์มการอนุญาตให้มีการใช้เครื่องหมายสัญลักษณ์ในอนุสัญญาไม่ได้กำหนดเอาไว้ จึงเป็นดุลพินิจของแต่ละรัฐเองในการกำหนดกระบวนการและขั้นตอนซึ่งก็แล้วแต่ระเบียบประเพณีของรัฐภาคีแต่ละรัฐจะเป็นผู้กำหนด แต่อย่างไรก็ตามต้องมีการทำสำเนาใบอนุญาตดังกล่าวมายังเจ้าหน้าที่ที่ดูแลสงหริมทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเพื่อเก็บไว้เป็นหลักฐานด้วย ทั้งนี้ตามข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ในการติดเครื่องหมายจะรัฐภาคีจะต้องดำเนินการอย่างรอบคอบ ระมัดระวังโดย กระทำการโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของแต่ละรัฐภาคี โดยอาจกระทำการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์ได้ในรูปลักษณะของธง ปกอกแขน การทำสัญลักษณ์เครื่องหมายสัญลักษณ์ลงบนวัตถุ หรือการแสดงถึงเครื่องหมายสัญลักษณ์ในรูปแบบอื่นใดที่เหมาะสม เช่น การทำลายรูปสัญลักษณ์ลงบนทศนาม เป็นต้น ทั้งนี้สำหรับกรณีของการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์ในกรณีของการขนส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น สามารถกระทำได้โดยการติดเครื่องหมายสัญลักษณ์บนยานพาหนะที่ใช้ขนส่ง ซึ่งต้องสามารถมองเห็นได้ทั้งในเวลากลางวัน และมองเห็นได้จากภาคพื้นอากาศ ส่วนการมองเห็นได้จากภาคพื้นดินก็สามารถติดเครื่องหมายได้ในบริเวณที่เหมาะสมซึ่งเป็นพื้นที่โล่งในบริเวณซึ่งเป็นศูนย์รวมของอนุสรณ์ทางวัฒนธรรม หรือการติดตรงทางเข้าสงหริมทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองพิเศษ²⁹ เป็นต้น

²⁹ มาตรา 20 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

3. มาตรการการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

ตามพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 นี้มีการวางพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ 3 ประการ³⁰ คือ

- 1) การเตรียมรายนามของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
- 2) การวางแผนล่วงหน้าเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีฉุกเฉิน
- 3) การแต่งตั้งองค์กรผู้รับผิดชอบในการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้รัฐภาคีต่างๆสามารถร้องขอความช่วยเหลือจากองค์การศึกษาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติได้หากเกิดปัญหาเกี่ยวกับการจัดระเบียบ หรือปัญหาอื่นๆ ทั้งนี้การพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นหน้าที่ขององค์กรภายในของแต่ละรัฐตามแต่รัฐแต่ละรัฐจะมอบหมายให้องค์กรใดกระทำ และจะมีมาตรการเช่นใดโดยเป็นเรื่องภายในของแต่ละรัฐ แต่ในภายหลังก็ได้มีการกำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งมาตรการดังกล่าวต้องเป็นการเตรียมการเพื่อพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในอาณาเขตของรัฐภาคีเท่านั้น โดยแต่ละรัฐอาจมีการปฏิบัติการในรายละเอียดที่แตกต่างกัน แต่จุดมุ่งหมายที่เหมือนกัน คือ การรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในรัฐของตนทั้งในยามสันติ และในยามที่มีการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาใดๆ รัฐภาคีสามารถขอให้ UNESCO ให้คำปรึกษาในการปรับใช้ตามพันธกรณีและให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคเกี่ยวกับอนุสัญญาได้

นอกจากหลักการพื้นฐาน 3 ประการข้างต้น พิธีสารฉบับที่ 2 ยังได้มีการขยายความเกี่ยวกับความจำเป็นทางทหารซึ่งสำคัญอย่างยิ่งไว้ว่าสถานการณ์ซึ่งมีองค์ประกอบ ดังนี้ จึงจะเข้าเงื่อนไขของความจำเป็นทางทหารที่สำคัญอย่างยิ่ง

³⁰ มาตรา 5 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

1) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นถูกใช้เพื่อภารกิจสำหรับวัตถุประสงค์ทางการทหาร เช่น การถูกครอบครองโดยกองทัพ และการเปลี่ยนแปลงการใช้สอยทรัพย์สินนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร

2) ไม่มีทางเลือกในการกระทำเพื่อผลประโยชน์ทางการทหารต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร เช่น กรณีที่ฝ่ายตรงข้ามใช้ปราสาทโบราณเป็นฐานที่ตั้งมั่นในทางการทหาร

3) การโจมตีดังกล่าวต้องมีการเตือนต่อกองทัพฝ่ายตรงข้ามล่วงหน้า และมีประสิทธิภาพ หากสถานการณ์เปิดโอกาสให้กระทำ คือ ฝ่ายตรงข้ามได้รับการเตือนนั้น และมีเวลาอันสมเหตุสมผลในการที่จะมุ่งแก้ไขไม่ให้เกิดการโจมตีนั้นขึ้น โดยตระหนักถึงความสำคัญทางวัฒนธรรมของทรัพย์สิน

ทั้งนี้การตัดสินใจในการสละความเคารพต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอันเนื่องมาจากความจำเป็นทางการทหารที่สำคัญอย่างยิ่งนั้น ต้องกระทำโดยผู้บังคับบัญชากองทัพระดับกองพัน หรือที่มีตำแหน่งใหญ่กว่า หรือกองทัพที่เล็กกว่าในกรณีที่พฤติการณ์ไม่เปิดช่องให้สามารถกระทำได้

ส่วนในกรณีของการยึดครองดินแดนพิพาทฉบับที่ 2 ได้วางหลักการปฏิบัติเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้³¹ โดยมีการกำหนดให้ในกรณีที่มีการยึดครองดินแดนรัฐภาคีต้องมีการปฏิบัติพื้นฐาน ดังต่อไปนี้

1) การห้าม และป้องกันการส่งออก การเคลื่อนย้าย การโอนกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยผิดกฎหมายซึ่งเป็นการขยายความคุ้มครองไม่เฉพาะแต่การส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการเคลื่อนย้าย และโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมด้วย

2) การห้าม และป้องกันการขุดค้นทางโบราณคดีซึ่งมีการพิทักษ์ เก็บรักษา หรืออนุรักษ์ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ในกรณีนี้การห้ามและป้องกันจะมีความได้รับความร่วมมือจากองค์กรผู้มีอำนาจแห่งชาติของรัฐซึ่งถูกยึดครอง หากมีความจำเป็นต้องมีการขุดค้นทางโบราณคดีต้องมีความร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับองค์กรผู้มีอำนาจแห่งรัฐซึ่งถูกยึดครอง

3) การห้าม และป้องกันการเปลี่ยนแปลง หรือดัดแปลงการใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งเกี่ยวพันกับการลบเลือน หรือการทำลาย หลักฐานทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ ใน

³¹ มาตรา 9 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการทหาร

กรณีนี้การห้าม และการป้องกันจะมีการได้รับความร่วมมือจากองค์กรผู้มีอำนาจแห่งรัฐผู้ถูกยึดครอง หากมีความจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงประโยชน์ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก็ต้องมีการร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับองค์กรผู้มีอำนาจแห่งรัฐผู้ถูกยึดครอง

นอกจากหลักการพื้นฐาน และการขยายความโดยพิธีสารฉบับที่ 2 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแล้ว พิธีสารฉบับนี้ยังมีรายละเอียดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีอื่นๆ ดังต่อไปนี้

3.1 การคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามระบบความคุ้มครองเพิ่มเติม

ในพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนั้นมีการกำหนดเพิ่มเติมมาตรการใหม่ในการปฏิบัติต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังนี้

1) การระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตีต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม³²

หลักการระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตีเป็นหลักการเพื่อเป็นการประกันว่าการโจมตีนั้น จะไม่กระทบต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเพราะได้มีการระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตี ซึ่งเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อการปฏิบัติของกองทัพของรัฐภาคีโดยกำหนดให้มีการระมัดระวังต่อเป้าหมาย วิธีการและผลของการโจมตีให้มีการจำกัดไม่ให้เกิดผลกระทบต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ในมาตรการในการปฏิบัตินี้เป็นมาตรการซึ่งมีการนำแบบอย่างมาจากมาตรการการระมัดระวังล่วงหน้าต่อทรัพย์สินทางพลเรือนตามมาตรา 57 ในพิธีสารฉบับที่ 1 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 ซึ่งมีการระบุให้มีการกำหนดมาตรการล่วงหน้าต่อการโจมตีทรัพย์สินทางพลเรือนและผลจากการโจมตี โดยมีการกำหนดมาตรการปฏิบัติสำหรับรัฐภาคีของอนุสัญญา ดังนี้

- กระทำการทุกอย่างเพื่อตรวจสอบว่าจุดมุ่งหมายในการโจมตีนั้น ไม่ใช่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
- อุปกรณ์ และวิธีการในการโจมตีจะถูกเลือกในวิธีเพื่อหลีกเลี่ยงการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในทุกสถานการณ์
- ละเว้นจากการพิจารณาในการโจมตีเป้าหมายซึ่งอาจจะเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมหรืออาจทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเกินขีดจำกัดที่จะได้รับการโจมตีเป้าหมายอื่นๆ

³² มาตรา 7 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

- ยกเลิก หรือระงับการโจมตี ถ้าหากจุดมุ่งหมายนั้นเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือการโจมตีนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเกินขอบเขตของผลประโยชน์ต่อการโจมตีที่จะได้รับ

จากหลักการในมาตรา 7 ของพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารนี้เห็นได้ว่าเป็นการระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตีซึ่งเป็นประเด็นที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อการปฏิบัติของกองทัพของรัฐบาลโดยตรงโดยกำหนดให้มีการระมัดระวังตลอดเวลาต่อเป้าหมาย วิธีการและผลของการโจมตีให้มีการจำกัดไม่ให้เกิดผลกระทบต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยในการโจมตีนั้นจะต้องมีการระมัดระวังล่วงหน้า โดยการกระทำทุกวิถีทางเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อตรวจสอบว่าเป้าหมายในการโจมตี มิได้เป็นศูนย์กลาง หรือบริเวณที่ตั้งของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และดำเนินการทั้งปวงเพื่อการระมัดระวังล่วงหน้าที่เป็นไปได้ในการเลือกปัจจัยเพื่อการหลีกเลี่ยง หรืออย่างน้อยก็เพื่อลดการสูญเสียของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยต้องมีการละเว้นจากการตัดสินใจโจมตีซึ่งอาจคาดหมายได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยพิจารณาจากหลักความได้เปรียบทางการทหารที่ว่า การเข้าโจมตีเป้าหมายนั้นอาจเกิดความเสียหายได้มากกว่าความได้เปรียบทางการทหาร

2) การระมัดระวังล่วงหน้าต่อผลของการโจมตี³³

ในมาตรการในการปฏิบัตินี้เป็นมาตรการซึ่งมีการนำแบบอย่างมาจากมาตรการการระมัดระวังล่วงหน้าต่อผลที่เกิดจากการโจมตีตามมาตรา 58 ในพิธีสารฉบับที่ 1 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี ค.ศ. 1949 โดยในการระมัดระวังต่อผลของการโจมตีนี้ รัฐบาลที่ตามอนุสัญญาต้องปฏิบัติดังนี้

- เคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สามารถเคลื่อนย้ายได้ออกจากสถานที่ใกล้เคียงเป้าหมายทางการทหาร

- หลีกเลี่ยงการจัดตั้งเป้าหมายทางการทหารที่ใกล้เคียงกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีอยู่

³³ มาตรา 8 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

จากหลักการในมาตรา 8 ของพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการกำลังทหารนี้เห็นได้ว่าการระมัดระวังล่วงหน้าต่อผลที่เกิดจากการโจมตีภาคีคู่พิพาทจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ คือ ต้องพยายามเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่อยู่ภายใต้ความควบคุมของตนให้พ้นจากพื้นที่ใกล้เคียงกับเป้าหมายทางทหาร และการใช้ความระมัดระวังล่วงหน้าที่จำเป็นอื่นๆ เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้พ้นจากภัยอันตรายต่างๆ อันเป็นผลมาจากการปฏิบัติการทางการทหาร ตัวอย่างในทางปฏิบัติของหลักการระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตีทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น การเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมออกไปจากบริเวณที่เป็นเป้าหมายทางการทหารอย่างในกรณีของสงครามอ่าวเปอร์เซียครั้งที่ 1 เมื่อปี ค.ศ. 1991 ที่ทางอิรักได้ดำเนินการขนย้ายวัตถุโบราณ และงานศิลปะของคูเวตจำนวนมากออกจากพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติคูเวต แม้ว่าจะมีข้อสันนิษฐานว่าการกระทำดังกล่าวมิได้มีจุดประสงค์ดี แต่ก็ถือว่าเป็นการคุ้มครองโดยเป็นหลักการระมัดระวังล่วงหน้าในการโจมตีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเหล่านั้นไม่ได้รับความเสียหายจากการสู้รบที่เกิดขึ้นระหว่างสองฝ่าย

3.2 การกำหนดพันธกรณีให้รัฐต้องมีการก่อตั้งความรับผิดชอบทางอาญา และเขตอำนาจรัฐ

ในพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 ได้มีการกำหนดให้มีการรับผิดชอบทางอาญาในฐานะความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ³⁴ ซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยก่อนหน้านี้พิธีสารหลายฉบับไม่ได้ตอกย้ำบทบัญญัติของกฎหมายสำหรับความรับผิดชอบของปัจเจก หรือการออกคำสั่งซึ่งพฤติการณ์อันถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 โดยเมื่อมีการกระทำผิดแล้ว ผู้กระทำผิดต้องได้รับการลงโทษทางอาญา สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี³⁵ คือ

- 1) พฤติการณ์อันเป็นฐานความผิดต่อความคุ้มครองพิเศษ
 - การทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติม เป็นวัตถุเป้าหมายแห่งการโจมตี

³⁴ มาตรา 15 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการกำลังทหาร

³⁵ Jean – Marie Henckaerts, “New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict”, *International Review of Red Cross*, No. 835, p. 613.

- การใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้ความคุ้มครองเพิ่มเติมหรือพื้นที่ใกล้ชิดโดยรอบในการสนับสนุนกิจกรรมทางการทหาร

2) พฤติการณ์ต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมทั้งหมด

- การทำลายอย่างกว้างขวางต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือการถือเอาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นของตน

- การทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นเป้าหมายแห่งการโจมตี

- การขโมย ปล้นสะดม หรือกระทำการอันเป็นการมั่วร้ายโดยตรงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในอนุสัญญาและพิธีสารมีวัตถุประสงค์ให้รัฐภาคีบรรจความผิดในกรณีดังกล่าวรวมทั้งความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอื่นๆ เอาไว้ในกฎหมายภายในของรัฐ โดยมีการก่อตั้งเขตอำนาจรัฐ โดยกฎหมายจะมีผลเป็นการกำหนดพันธกรณีสำหรับรัฐเพื่อให้ใช้มาตรการต่างๆ ตามขั้นตอนของกฎหมายภายในที่จะทำให้พันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการทหารได้รับการเคารพและถือปฏิบัติโดยคนชาติของตน ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีตามอนุสัญญาที่จะต้องดำเนินการให้บรรลุผลนั่นเอง

3.3 การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน คือการส่งมอบตัวผู้ต้องหา หรือผู้ที่ศาลได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษผู้นั้นในการกระทำความผิดทางอาญาในดินแดนของรัฐที่ขอให้ส่งตัวบุคคลผู้นั้นเพื่อนำตัวไปดำเนินคดี หรือลงโทษในดินแดนของรัฐที่ร้องขอ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น ก็คือเครื่องมือทางการศาล หรือความร่วมมือกันทางระหว่างประเทศทางการศาลเพื่อการใช้อำนาจของรัฐหนึ่งในการใช้อำนาจทางการศาลของตนเหนือคดีที่เกิดขึ้นในดินแดนของตนเอง แต่ผู้กระทำความผิดในขณะนั้นกลับอยู่ในดินแดน หรืออาณาเขตของอีกรัฐหนึ่ง³⁶ โดยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความร่วมมือในทางอาญาระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นถือเป็นความร่วมมือในทางระหว่างประเทศโดยอาศัยความตกลง หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

³⁶ Claire de Than and Edwin Short, *International Criminal Law and Human Rights* (Sweet & Maxwell : London, 2003), p. 46.

โดยในพิธีสารได้มีการกำหนดให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีที่มีการละเมิดความคุ้มครองขยายเพิ่มเติม และการทำลายล้างอย่างกว้างขวาง รวมถึงการถือเอาทรัพย์สินวัฒนธรรมตามอนุสัญญาเป็นความผิดที่สามารถมีการดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ โดยหากรัฐใดมีการทำสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับรัฐอื่นไว้แล้ว ก็ให้ถือว่ามีการรวมเอาความผิดดังกล่าวไว้ในสนธิสัญญาที่เคยทำแล้ว แต่สำหรับในกรณีที่ได้รับการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยรัฐที่ไม่มีสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็อาจมีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ตามหลักพื้นฐานความผิดกรณีที่มีการละเมิดความคุ้มครองขยายเพิ่มเติม และการทำลายล้างอย่างกว้างขวาง และการถือเอาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามอนุสัญญา

3.4 การก่อตั้งกองทุนเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร³⁷

ในพิธีสารฉบับที่ 2 ได้มีข้อกำหนดเรื่องการก่อตั้งกองทุนเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร โดยรัฐภาคีที่สามารถที่จะได้รับความช่วยเหลือ ดังต่อไปนี้

1) ความช่วยเหลือทางการเงิน หรือความช่วยเหลือด้านอื่นๆ ในการเตรียมการ หรือมาตรการอื่นๆ ที่จะจัดให้มีขึ้นในยามสันติ คือ มาตรการในการพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม มาตรการทางกฎหมาย หรือทางการบริหารภายในของรัฐภาคีเพื่อเป็นการยืนยันการยอมรับว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมมีคุณค่าทางวัฒนธรรม และประวัติศาสตร์อย่างมากโดยการให้ความคุ้มครองในระดับสูงสุด การเผยแพร่สำนึกในคุณค่าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและความเข้าใจในพิธีสารฉบับนี้

2) ความช่วยเหลือทางการเงิน หรือความช่วยเหลือด้านอื่นๆ ซึ่งเกี่ยวกับกรณีฉุกเฉินหรือภัยพิบัติ หรือมาตรการที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร หรือการบูรณะอย่างทันทีหลังจากการสิ้นสุดของสงครามหรือกรณีพิพาท เช่น กรณีการจัดหามาตรการระมัดระวังล่วงหน้าต่อการโจมตีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามระบบความคุ้มครองเพิ่มเติมของพิธีสารฉบับนี้ เป็นต้น

³⁷ มาตรา 29 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

4. ระบบการร้องขอความคุ้มครองอย่างเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกระบวนการระหว่างประเทศ

เมื่อพิจารณาอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร และพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 ได้มีการกำหนดระบบการคุ้มครองซึ่งถือเป็นการยอมรับต่อคุณค่าทางวัฒนธรรม และการใช้ประโยชน์ว่าจะไม่มีการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร ซึ่งการให้การคุ้มครองโดยผ่านกระบวนการระหว่างประเทศนี้ จะมีความแตกต่างจากการคุ้มครองโดยทั่วไป เพราะเหตุว่าการคุ้มครองโดยทั่วไปเป็นการพิจารณาการให้ความคุ้มครองโดยระบบภายในของรัฐซึ่งมีการจำกัดความคุ้มครองทรัพย์สินซึ่งเป็นไปตามเกณฑ์ของคำจำกัดความของคำว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งในอนุสัญญาได้มีการกำหนดเอาไว้ แต่การคุ้มครองตามระบบที่ถูกกำหนดโดยอนุสัญญา และพิธีสารฉบับที่ 2 นี้เป็นการพิจารณาโดยกระบวนการระหว่างประเทศ โดยหากทรัพย์สินใดได้รับความคุ้มครองย่อมเป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศแล้วว่าทรัพย์สินนั้นต้องได้รับความคุ้มครองในระดับสากล และบรรดารัฐภาคีได้ยอมรับเคารพต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับการคุ้มครองนี้ โดยความคุ้มครองอย่างเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกระบวนการระหว่างประเทศนี้ แบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ดังต่อไปนี้

4.1 ระบบความคุ้มครองพิเศษ

ในระบบความคุ้มครองพิเศษนี้เป็นการคุ้มครองซึ่งมีขอบเขตจำกัดเฉพาะเมื่อมีการร้องขอ โดยจุดมุ่งหมายของการคุ้มครองพิเศษต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เข้าหลักเกณฑ์ที่กำหนดถือเป็นการเพิ่มความเฉพาะเจาะจงแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้มีความแน่นอนว่าจะไม่ถูกระดมยิง ปิดล้อม หรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร หรือการโจมตีตอบโต้ ซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่จะได้รับการคุ้มครองนั้น คือทรัพย์สินทางวัฒนธรรม³⁸ ดังต่อไปนี้

1) ที่หลบภัยพิเศษจำนวนจำกัดซึ่งมุ่งกำบังสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร โดยที่หลบภัยนี้ต้องเป็นที่หลบภัยเฉพาะที่มีจุดมุ่งหมายในการสร้างเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินจากการโจมตี ระดมยิง หรืออัคคีภัย หรือความแห้งแล้ง ซึ่งแต่ละรัฐอาจมีที่หลบภัยนี้ในจำนวนจำกัดเนื่องจากปัจจัยทางด้านการเงิน ทั้งนี้จำนวนของที่หลบภัยไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการ

³⁸ มาตรา 8 อนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

กำหนดอย่างเฉพาะเจาะจงแน่นอน แต่เป็นการจำกัดจำนวนโดยประมาณเพื่อให้ง่ายต่อการพิจารณาให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ นอกจากนี้สถานที่ของที่ตั้งของที่หลบภัยต้องไม่เสี่ยงต่อการถูกทำลายโดยการโจมตีและระดมยิง

2) ศูนย์รวมอนุสรณ์ทางวัฒนธรรม

3) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอันเคลื่อนย้ายไม่ได้ ซึ่งมีความสำคัญอย่างมากยิ่ง โดยความหมายของความสำคัญอย่างมากยิ่งในการคุ้มครองเป็นพิเศษนี้มีความหมายที่เหนือกว่าความสำคัญอย่างมาก โดยจะมีการพิจารณาเป็นกรณีๆไป

4.1.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อการคุ้มครองพิเศษ

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามที่กล่าวข้างต้นจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์การพิจารณาซึ่งเป็นเงื่อนไขเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นพิเศษ³⁹ ดังต่อไปนี้

1) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น ต้องตั้งอยู่ห่างอย่างเพียงพอจากศูนย์อุตสาหกรรมขนาดใหญ่ หรือจากวัตถุที่หมายทางการทหารใดๆ ซึ่งเป็นจุดที่อาจได้รับความเสียหาย เนื่องจากศูนย์อุตสาหกรรมขนาดใหญ่ และวัตถุที่หมายทางการทหาร เป็นสิ่งจำเป็นต้องมีการระดมยิง ซึ่งหากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตั้งอยู่ในบริเวณพื้นที่ดังกล่าวในระยะใกล้เคียงก็จะเป็นไปได้ยากในทางข้อเท็จจริงในการคุ้มครองทรัพย์สินดังกล่าวได้ และทำให้ความคุ้มครองลดความน่าเชื่อถือ เพราะไม่สามารถปฏิบัติเพื่อให้การปกป้องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลได้ ทั้งนี้การที่กำหนดให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่จะได้รับความคุ้มครองพิเศษต้องมีระยะห่างอย่างเพียงพอจากสถานที่ดังกล่าว ทำให้ในทางข้อเท็จจริงนั้นมีการขอรับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐภาคน้อยมาก เนื่องจากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมส่วนใหญ่มักตั้งอยู่ใจกลางเมือง เพราะเป็นแหล่งกำเนิดของการสร้างเมืองในสมัยอดีตนั่นเอง ส่วนในกรณีของวัตถุที่หมายทางการทหารตามที่กำหนดเอาไว้ในอนุสัญญาได้มีการขยายความไว้ว่า เช่น ท่าเรือ ท่าอากาศยาน สถานีรถไฟซึ่งเป็นเส้นทางหลัก สถานีโทรคมนาคม สถานที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศ เป็นต้น

2) ทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องไม่ถูกใช้เพื่อความมุ่งหมายทางการทหาร

โดยทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และพื้นที่โดยรอบของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจะต้องไม่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ หรือจุดมุ่งหมายทางการทหาร อันได้แก่ การใช้เพื่อเป็นที่พักพิงทางการทหาร

³⁹ Jiri Toman, *supra* note 2 pp. 100-104.

การใช้เพื่อเป็นที่หลบภัย หรือที่พักสำหรับวัตถุทางทหาร หรือใช้เพื่อการสนับสนุนการสังหารของ ผู้บังคับบัญชา

อย่างไรก็ดีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งไม่เข้าตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขข้างต้น อาจได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษได้ หากรัฐภาคีซึ่งร้องขอความคุ้มครองพิเศษ ประกาศว่าจะไม่ทำการใช้ ยุทธศาสตร์ทางการทหารซึ่งอยู่ใกล้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่กำหนดไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร ยกตัวอย่างเช่น การหลีกเลี่ยงการใช้ท่าเรือ หรือการใช้สถานีโทรคมนาคม และรัฐภาคี จัดให้มีการเตรียมการในการหลีกเลี่ยงการใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวในยามสันติโดย อาจมีการวางแผนงานว่า ให้หลีกเลี่ยงการใช้ในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารและให้ไปใช้สถานที่อื่น ๆ แทน

4.1.2 กระบวนการร้องขอความคุ้มครองพิเศษ

ความคุ้มครองพิเศษนี้เป็นความคุ้มครองที่ได้มาจากการร้องขอต่อผู้อำนวยความสะดวกการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ โดยมีการลงทะเบียนการได้รับความคุ้มครองพิเศษลงในสมุดทะเบียนเพื่อความคุ้มครองพิเศษต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งมีขั้นตอนในการร้องขอ คือ รัฐภาคีสามารถเสนอต่อผู้อำนวยความสะดวกใหญ่ของ UNESCO ให้ลงทะเบียน ที่หลบภัยทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร⁴⁰ ศูนย์รวมทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอันเคลื่อนย้ายไม่ได้อื่นๆ ให้ได้รับการลงทะเบียนการคุ้มครองพิเศษ โดยในกรณีที่มีการยึดครองดินแดนบางส่วน หรือทั้งหมด รัฐผู้ยึดครองเป็นผู้มีอำนาจในการยื่นขอ ความคุ้มครองพิเศษนี้ได้ และเมื่อผู้อำนวยความสะดวกใหญ่ได้รับคำร้องขอนั้น ก็จะส่งสำเนาการยื่นขอ ลงทะเบียนเพื่อได้รับความคุ้มครองพิเศษแก่องค์กรภาคีอื่นๆ เพื่อเข้าสู่ขั้นตอนการรอคำหักท้วง ซึ่ง การหักท้วงถือเป็นขั้นตอนหนึ่งของการพิจารณาการลงทะเบียนเพื่อให้ความคุ้มครองพิเศษ โดยผู้ ทักท้วง⁴¹ คือรัฐภาคีใดๆก็ได้ โดยคำหักท้วงสามารถยื่นเป็นจดหมายไปยังผู้อำนวยความสะดวกใหญ่ภายใน ระยะเวลา 4 เดือนนับตั้งแต่วันที่ผู้อำนวยความสะดวกใหญ่ได้ส่งสำเนาร้องขอแก่บรรดาองค์กรภาคี ซึ่งใน จดหมายหักท้วงดังกล่าวจะต้องระบุเหตุแห่งการหักท้วงว่าทรัพย์สินที่ร้องขอความคุ้มครองพิเศษ

⁴⁰ มาตรา 13 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สิน วัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

⁴¹ มาตรา 14 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สิน วัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

ไม่ใช่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หรือ มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ ผู้อำนวยการใหญ่จะดำเนินการส่งสำเนาคำทักท้วงนั้นแก่บรรดาอัครภาคี ซึ่งหากมีความจำเป็น ผู้อำนวยการใหญ่อาจขอคำปรึกษาจากคณะกรรมการระหว่างประเทศเพื่ออนุสรณ์ พื้นที่ทางประวัติศาสตร์ และสถานที่ขุดค้นทางโบราณคดี หรือองค์กรซึ่งมีคุณสมบัติเพียงพออื่นใด หรือ บุคคลผู้มีคุณสมบัติเพียงพอ โดยในการทักท้วงนั้น ผู้อำนวยการใหญ่ หรือรัฐผู้ลงทะเลเบียนอาจแสดงถึงเหตุผลอันจำเป็นในการร้องขอความคุ้มครองพิเศษ เพื่อให้รัฐผู้ทำการทักท้วงถอนคำทักท้วงของตนเอง หากไม่มีการถอนคำทักท้วง รัฐผู้ลงทะเลเบียนอาจมีแนวทางปฏิบัติได้ 2 ทาง คือ ประการแรก ร้องขอกระบวนการอนุญาตไต่สวนการเพื่อพิจารณาโดยการร้องขอนั้น รัฐผู้ร้องขอการลงทะเลเบียนสามารถทำได้ภายในระยะเวลา 1 ปี นับตั้งแต่วันที่ผู้อำนวยการใหญ่ได้รับจดหมายทักท้วงจากรัฐภาคีผู้ทักท้วง รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายตั้งอนุญาตไต่สวนการฝ่ายตนฝ่ายละหนึ่งคน โดยกรณีฝ่ายของรัฐผู้ทักท้วงมีมากกว่าหนึ่งรัฐ ให้ภาคีผู้ทักท้วงแต่งตั้งอนุญาตไต่สวนการฝ่ายตนเพียงคนเดียว อนุญาตไต่สวนการสองคนจากทั้งสองฝ่ายจะเลือกหัวหน้าอนุญาตไต่สวนการจากรายนามระหว่างประเทศ ซึ่งได้ถูกจัดเตรียมไว้แล้วโดยผู้อำนวยการใหญ่ ซึ่งรายนามระหว่างประเทศนี้เป็นรายนามที่ถูกจัดเตรียมไว้แล้วในการพิจารณาสรรหาผู้มีคุณสมบัติในการดำรงตำแหน่งข้าหลวงใหญ่เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม หากทั้งสองฝ่ายตกลงกันในการเลือกบุคคลจากรายนามระหว่างประเทศมาทำหน้าที่อนุญาตไต่สวนการไม่ได้ อนุญาตไต่สวนการจากทั้งสองฝ่ายจะปรึกษาต่อประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้แต่งตั้งหัวหน้าอนุญาตไต่สวนการ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่มาจากรายนามระหว่างประเทศ คณะอนุญาตไต่สวนการซึ่งถูกแต่งตั้งจะเป็นผู้กำหนดกระบวนการทำงานของคณะ โดยจะไม่ตัดสินการใดแต่เพียงลำพังความเห็นของตนเอง คณะอนุญาตไต่สวนการจะทำการชี้ว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเห็นควรได้รับการลงทะเลเบียนเพื่อ ความคุ้มครองพิเศษหรือไม่ ประการที่สอง ผู้อำนวยการใหญ่ร้องขอมติจากบรรดารัฐภาคีทั้งหมด โดยการส่งคำทักท้วงนั้นไปยังรัฐภาคี และร้องขอการลงมติทางจดหมาย ซึ่งเป็นจดหมายปิดผนึกลงมติภายในระยะเวลา 6 เดือน นับตั้งแต่วันที่มีการร้องขอให้มีการลงมติ หากมีการลงมติทางจดหมายเห็นด้วยกับคำทักท้วงนั้นเป็นมติ 2 ใน 3 ของรัฐภาคีทั้งหมด คำทักท้วงนั้นจะมีผลในการคัดค้านการลงทะเลเบียนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองพิเศษ แต่ทั้งนี้หากผู้อำนวยการใหญ่มีความเห็นอันสมควรอาจเรียกประชุมภายในโดยอำนาจของผู้อำนวยการใหญ่ เพื่อพิจารณาลงมติเกี่ยวกับคำทักท้วงนั้น เมื่อได้มีการดำเนินการตามกระบวนการข้างต้น และการทักท้วงนั้นไม่เป็นผล หรือไม่มีคำทักท้วงจากรัฐภาคีใดๆแล้ว หรือมีการถอนคำทักท้วงจากรัฐซึ่งทำ

คำทักท้วง ผู้อำนวยการใหญ่สามารถลงนามทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้น ในรายการของสมุดทะเบียนระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นพิเศษ⁴²

สมุดทะเบียนระหว่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครองพิเศษนี้ เป็นสิ่งที่จะแสดงว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมใดได้รับความคุ้มครองพิเศษ โดยผู้มีหน้าที่ในการรักษาสมุดทะเบียน และกำหนดรายละเอียดของสมุดทะเบียนระหว่างประเทศ คือ ผู้อำนวยการใหญ่ของ UNESCO รวมทั้งมีหน้าที่ในการส่งสำเนาสมุดทะเบียนให้แก่เลขาธิการองค์การสหประชาชาติ และบรรดาอัครราชทูตของอนุสัญญา โดยในการลงทะเบียนเพื่อขอความคุ้มครองพิเศษแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการอ้างสิทธิ์นั้นจะมีผลหลังจากครบ 30 วันนับจากวันที่ส่งสำเนารายการจดทะเบียนในสมุดจดทะเบียนระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองพิเศษเรียบร้อยแล้ว

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับการคุ้มครองพิเศษตามรายงานขององค์การศึกษาวិทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติซึ่งได้มีการร้องขอ และลงทะเบียนในสมุดทะเบียนระหว่างประเทศนั้น มีรายการดังนี้⁴³

- 1) พื้นที่ทั้งหมดของนครรัฐวาติกัน โดยได้มีการลงทะเบียน และเริ่มมีผลในความคุ้มครองพิเศษในวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1960
- 2) สถานที่หลบภัย Alt-Aussee ในบริเวณทางตอนเหนือของสาธารณรัฐออสเตรีย ซึ่งลงทะเบียน และเริ่มมีผลในความคุ้มครองพิเศษเมื่อวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1968
- 3) สถานที่หลบภัยสำหรับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม 6 แห่ง ในราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ลงทะเบียนและเริ่มมีผลการคุ้มครองเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1969 แต่ได้มีคำร้องในการขอยกเลิกการลงทะเบียนสองแห่งในเดือนมกราคม ค.ศ. 1994
- 4) สถานที่หลบภัย Oberried Mine Drift ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยลงทะเบียน และเริ่มมีผลในการคุ้มครองเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1978

การคุ้มครองพิเศษนี้มุ่งให้ความคุ้มครองต่ออสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรมซึ่งเป็นที่เก็บกำบังสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม หรือมีความสำคัญอย่างมากยิ่งโดยความสำคัญนี้เป็นไปตาม

⁴² Jiri Toman, *supra* note 2 pp. 127-132.

⁴³ UNESCO, "Report on the Implementation of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its two 1954 and 1999 Protocols, Report on the Activities from 1995 to 2004", 2005, p. 2.

วิจารณ์ญาณของแต่ละรัฐ ซึ่งมีการร้องขอแต่ในท้ายที่สุดก็จะอยู่ในการพิจารณาความสำคัญของผู้อำนวยการใหญ่ของ UNESCO ทั้งนี้ความสำคัญของทรัพย์สินในแต่ละรัฐย่อมมีพื้นฐานความเห็นที่แตกต่างกัน ทำให้ควรมีการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับความสำคัญอย่างมากเพื่อให้เกิดแนวการพิจารณาที่เท่ากัน สำหรับความคุ้มครองพิเศษนี้รัฐซึ่งมีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอาจขอยกเลิกการลงทะเบียนเพื่อความคุ้มครองพิเศษได้⁴⁴ โดยการยกเลิกการลงทะเบียนอาจมาจากคำร้องขอของรัฐบาลซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับการลงทะเบียนตั้งอยู่ในดินแดน ซึ่งถึงแม้จะมีการยกเลิกการลงทะเบียนแล้วการได้รับความคุ้มครองพิเศษ แต่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวก็ยังได้รับความคุ้มครองทั่วไปอยู่ในภาวะขัดกันทางกำลังทหาร หรือการยกเลิกโดยการที่รัฐบาลเป็นผู้ร้องขอลงทะเบียนบอกเลิกอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 หรือในกรณีที่รัฐบาลร้องขอความคุ้มครองพิเศษในยามสันติแต่ได้เข้าสู่ภาวะขัดกันทางกำลังทหารในขณะที่กระบวนการพิจารณายังไม่สิ้นสุด โดยได้รับความคุ้มครองพิเศษชั่วคราว และมีการพิจารณายกเลิกความคุ้มครองพิเศษชั่วคราวนั้น โดยผู้ยกเลิกการลงทะเบียน คือผู้อำนวยการใหญ่ของ UNESCO ซึ่งเมื่อมีการยกเลิกแล้วผู้อำนวยการใหญ่จะส่งสำเนาการยกเลิกแก่เลขาธิการใหญ่ขององค์การสหประชาชาติ และรัฐซึ่งได้รับสำเนายืนยันการลงทะเบียนการบอกเลิกจะมีผลบังคับเมื่อพ้นระยะเวลา 30 วันนับตั้งแต่วันที่การส่งสำเนาการยกเลิกดังกล่าวแก่เลขาธิการองค์การสหประชาชาติ และรัฐได้รับสำเนายืนยันการลงทะเบียนยกเลิกเรียบร้อยแล้ว

4.2 ระบบความคุ้มครองเพิ่มเติม

เนื่องจากเงื่อนไขที่เป็นคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งจะสามารถร้องขอความคุ้มครองเป็นเงื่อนไขที่ยากแก่การพิจารณาในความเป็นจริง เนื่องจากทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งมีความสำคัญมากยิ่งขึ้นมักจะตั้งอยู่ในแหล่งชุมชน เพราะเป็นสถานที่กำเนิดของอารยธรรม ทำให้อยู่ในระยะใกล้แก่สถานที่ซึ่งอาจเป็นวัตถุที่หมายทางทหาร รวมทั้งกระบวนการในการร้องขอความคุ้มครองพิเศษเป็นกระบวนการที่ต้องใช้ระยะเวลา และมีความซับซ้อนเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินการ ทำให้การร้องขอความคุ้มครองพิเศษ และทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครองพิเศษมีน้อยมาก⁴⁵ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1954 จนกระทั่งในพิธีสารฉบับที่ 2 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการ

⁴⁴ มาตรา 16 ข้อบังคับการปฏิบัติตามอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร

⁴⁵ Jean – Marie Henckaerts, *supra* note 25 p. 607.

คุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางการค้าได้มีความคุ้มครองเพิ่มเติมโดยมีความคล้ายกันกับความคุ้มครองพิเศษในลักษณะของการได้มาซึ่งความคุ้มครองที่จะต้องมาจากการร้องขอ โดยความคุ้มครองเพิ่มเติมนี้จะให้แก่ทรัพย์สินวัฒนธรรมอย่างเฉพาะเจาะจงตามการร้องขอ

4.2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อการคุ้มครองเพิ่มเติม

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งจะสามารถร้องขอความคุ้มครองเพิ่มเติมได้จะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ⁴⁶ คือ

- 1) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นมรดกทางวัฒนธรรมซึ่งสำคัญมากยิ่งต่อมนุษยชาติ
- 2) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นได้รับความคุ้มครองจากมาตรการภายในของรัฐ เพื่อเป็นการตระหนักว่าทรัพย์สินนั้นมีคุณค่าทางวัฒนธรรมหรือทางประวัติศาสตร์ และประกันการคุ้มครองในระดับสูงสุด
- 3) ไม่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร หรือเป็นที่กำบังพื้นที่ทางทหารโดยรัฐมีการประกาศว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นจะไม่ถูกใช้ทางการทหาร

เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นว่าความคุ้มครองเพิ่มเติมได้กำหนดให้ทรัพย์สินซึ่งจะมีการร้องขอความคุ้มครองเพิ่มเติมได้รับการรับรองโดยกระบวนการภายในของรัฐแล้วว่ามีสำคัญอย่างยิ่งสำหรับรัฐนั้น และมีการประกันว่าจะไม่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร ทำให้เป็นการสะดวกในการประกอบการพิจารณาการให้ความคุ้มครองเพิ่มเติม โดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะห่างของทรัพย์สินกับจุดมุ่งหมายทางการทหารรวมถึงไม่มีการแบ่งแยกว่าทรัพย์สินซึ่งขอความคุ้มครองเพิ่มเติมต้องเป็นเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์แต่กำหนดไว้ว่าเป็นทรัพย์สิน ซึ่งหมายความว่ารวมทั้งสองประเภท

⁴⁶ มาตรา 10 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางการค้า

4.2.2 กระบวนการในการร้องขอความคุ้มครองเพิ่มเติม⁴⁷

ในกระบวนการของการร้องขอความคุ้มครองเพิ่มเติมจะถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 ซึ่งในกระบวนการร้องขอความคุ้มครองเพิ่มเติมนี้ไม่ได้ร้องขอต่อผู้อำนวยการใหญ่ของ UNESCO เหมือนกับการร้องขอตามกระบวนการของความคุ้มครองพิเศษ ทั้งนี้คณะกรรมการเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารนี้จะมีกระบวนการภายในโดยอาจทำการปรึกษากับองค์กรที่เกี่ยวข้องต่างๆ เป็นการลดภาระของผู้ผู้อำนวยการใหญ่ UNESCO ในการทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งถ้าหากได้รับการอนุมัติก็จะมีผลกระทบเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นในรายนามทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองพิเศษ

ในกระบวนการของความคุ้มครองเพิ่มเติมนี้ทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครองต้องได้รับการละเว้นจากการกระทำ ดังต่อไปนี้

1) การใช้ทรัพย์สิน และพื้นที่โดยรอบเพื่อสนับสนุนกิจกรรมทางทหาร โดยไม่มีข้อยกเว้น

2) การถูกโจมตีใดๆ

ทั้งนี้ความคุ้มครองเพิ่มเติมนั้นอาจหมดสิ้นไป โดยเงื่อนไขว่าทรัพย์สินนั้นได้รับการระงับ หรือยกเลิกความคุ้มครองเพิ่มเติม อันมีสาเหตุมาจากทรัพย์สินนั้นไม่มีคุณสมบัติข้อใดข้อหนึ่งตามที่ได้กำหนดเอาไว้ หรือมีการใช้เพื่อสนับสนุนกิจกรรมทางการทหาร โดยคณะกรรมการมีความเห็นให้ระงับ หรือยกเลิกความคุ้มครองเพิ่มเติม และในกรณีที่ความคุ้มครองเพิ่มเติมหมดไปในเวลาที่ทรัพย์สินนั้นได้กลายเป็นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์ทางการทหาร เมื่อพิจารณาถึงความคุ้มครองเพิ่มเติมแล้ว จะเห็นว่า ความคุ้มครองเพิ่มเติมมีหลักเกณฑ์ที่รัฐแสดงอย่างชัดเจนว่าทรัพย์สินนั้นมีความสำคัญอย่างมากยิ่ง โดยไม่ได้มีการจำกัดการให้ความคุ้มครองแต่เพียงเฉพาะอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เพราะว่ามีมีการคุ้มครองครอบคลุมไปยังสังหาริมทรัพย์ด้วย และกระบวนการในการพิจารณาได้เปลี่ยนจากผู้อำนวยการใหญ่ของ UNESCO มาเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันทางกำลังทหารซึ่งทำ

⁴⁷ มาตรา 11 พิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร

หน้าที่โดยตรงมากกว่าผู้อำนวยการใหญ่ โดยยังคงบทบาทขององค์กรระหว่างประเทศ หรือองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้องรวมไปถึงผู้ชำนาญพิเศษในการให้ความเห็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองด้วย ทั้งนี้ความคุ้มครองเพิ่มเติมไม่มีการกำหนดเงื่อนไขเวลาเกี่ยวกับการพิจารณาเหมือนความคุ้มครองพิเศษ ซึ่งเป็นเงื่อนไขเวลาที่ค่อนข้างนาน ดังนั้นจึงทำให้กระบวนการของความคุ้มครองเพิ่มเติมสามารถดำเนินการได้รวดเร็วกว่า การที่มีการปรับปรุงระบบเกี่ยวกับการร้องขอความคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยผ่านกระบวนการของความคุ้มครองเพิ่มเติมตามพิธีสารฉบับที่ 2 นี้ก็เพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่อง และปัญหาของระบบความคุ้มครองพิเศษให้มีการปฏิบัติการร้องขอให้เพิ่มมากขึ้นนั่นเอง

5. มาตรการอื่นของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม นอกจากอนุสัญญากรุงเฮกปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหารและพิธีสารฉบับที่ 1 รวมทั้งพิธีสารฉบับที่ 2 ปี ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมอนุสัญญาปี ค.ศ. 1954 เพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีขัดกันทางกำลังทหาร ซึ่งถือว่าเป็นอนุสัญญาเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยตรงแล้วนั้น ยังมีตราสารระหว่างประเทศอื่นๆที่บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้

- พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ปีค.ศ. 1977 ซึ่งในมาตรา 53 ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้กำหนดห้ามกระทำการเป็นปรักษัที่ส่งผลต่ออนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ งานศิลปะ หรือสถานที่สำหรับสักการะ ซึ่งถือเป็นมรดกทางวัฒนธรรมหรือทางจิตใจของประชาชน และห้ามใช้วัตถุเหล่านั้นเพื่อสนับสนุนความพยายามทางการทหารหรือทำให้วัตถุเหล่านั้นตกเป็นเป้าหมายแห่งการตอบโต้ และในมาตรา 55 ได้บัญญัติขยายความคุ้มครองไปถึงสิ่งแวดลอมทางธรรมชาติด้วย⁴⁸ เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองวัตถุพลเรือนดังที่กล่าวเป็นกฎเกณฑ์ของพิธีสารที่เพิ่มความคุ้มครองต่อวัตถุของพลเรือน โดยที่อนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ไม่ได้กำหนดเอาไว้ ซึ่งหลักการนี้มีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองทาง

⁴⁸ ขวัญนที ศรีสุขวัฒนา, “พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับ 1 และฉบับ 2 ค.ศ. 1949 และปัญหาการเข้าเป็นภาคีของประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 61.

มนุษยธรรมที่เพิ่มขึ้นต่อทรัพย์สินของพลเรือนด้วย นอกจากนั้นในมาตรา 85 (4) (d) ของพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ยังถือว่าการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับความคุ้มครองพิเศษตามความตกลง หรือการใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไปในกิจการทางการทหารนั้น ถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง (grave breaches) ซึ่งวัตถุประสงค์ของมาตรา 85 นี้ ต้องการบัญญัติให้สถานที่ที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 และพิธีสารฉบับที่ 1 ได้รับความคุ้มครองมากขึ้นนั่นเอง และในกรณีของการขัดกันทางการทหารที่มีใช้ระดับระหว่างประเทศ เช่น สงครามกลางเมือง พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1949 ฉบับที่ 2 ค.ศ. 1977 ในมาตรา 16 ได้บัญญัติห้ามการกระทำการเป็นศัตรูต่ออนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ งานศิลปะ หรือสถานที่อันศักดิ์สิทธิ์อันเป็นมรดกทางวัฒนธรรม หรือจิตใจของประชาชนโดยห้ามใช้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเหล่านั้นไปในการสนับสนุนกิจการทางการทหาร ซึ่งก็เป็นหลักการเดียวกันกับพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1

- ธรรมนูญกรุงโรมจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ ในการประชุมทางการทูตเพื่อการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งจัดขึ้น ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลีในระหว่างวันที่ 15 มิถุนายน ถึง 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ได้มีมติรับเอาธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศ (The Statute of The International Criminal Court) หรือที่เรียกกันว่า Rome Statue 1998 ซึ่งเหตุผลในการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศก็เพื่อป้องกัน และพิจารณาพิพากษาการกระทำอันเหี้ยมโหด และผู้กระทำความผิดนั้นต้องได้รับโทษ ในธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ในมาตรา 8 อนุ 2 (b) ข้อ 9⁴⁹ ว่าการทำลายอนุสาวรีย์ อาคารทางศิลปะ

⁴⁹ Article 8 of The Rome Statue of the International Criminal court 1998

“The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as art of large-scale commission of such crimes. For the purpose of this Statue, “war crimes” mean:

(a) ...

(b) other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

ศาสนา การศึกษา วัฒนธรรม นั้นคือความผิดฐานอาชญากรรมสงคราม แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่ ทรัพย์สินดังกล่าวใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการทหาร และสำหรับกรณีการขัดกันทางการทหารที่ มีใช้ระดับระหว่างประเทศระบุไว้ใน มาตรา 8 อนุ 2 (e) ข้อ 4 โดยคงหลักการเดียวกัน

- ธรรมนูญศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับยูโกสลาเวียเดิมภายใต้กรอบการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาติได้มีการจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาคดี สำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – ICTY) ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 โดยขอบเขตของอำนาจศาลจำกัดเฉพาะ ในดินแดน 5 รัฐ (ดินแดนประเทศยูโกสลาเวียเดิมทั้งหมด คือ บอสเนีย – เฮอร์เซโกวีนา, โครเอเชีย, มาเซโดเนีย, สโลวีเนีย และดินแดนยูโกสลาเวียในปัจจุบัน โดยในธรรมนูญดังกล่าวได้กำหนด บทลงโทษสำหรับการทำลายอนุสาวรีย์ และทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน Rome Statue 1998 โดยถูกกำหนดอยู่ในมาตรา 3 (d)⁵⁰ ซึ่งศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับ กรณียูโกสลาเวียได้ยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมสงครามครอบคลุมถึงการกระทำผิดอย่าง ร้ายแรงในระหว่างที่เกิดการขัดกันทางการทหารภายในประเทศด้วย

...(ix) Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives;...”

⁵⁰ Article 3 of Statue of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

“The International tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to: ... (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;...”

- องค์การสหประชาชาติเองก็มีข้อห้ามมิให้กองกำลังของสหประชาชาติโจมตีอนุสาวรีย์ สถานที่บูชา พิพิธภัณฑสถาน และห้องสมุดที่เป็นแหล่งเสริมสร้างมรดกทางวัฒนธรรม และทางจิตใจของประชาชน และห้ามลักขโมย ปล้นสะดม ยึดโดยมิชอบ หรือทำลายวัฒนธรรมของชาติอื่นๆ รวมทั้งการห้ามแก้ไขผิดเพี้ยนกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม⁵¹

⁵¹ Article 6.6 of United Nation, Secretary - General's Bulletin, ST/SGB/1999/13, 6 August, 1999

"The United Nations force is prohibited from attacking monuments of art, architecture or history, archaeological sites, works of art, places of worship and museums and libraries which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples. In its area of operation, the United Nations force shall not use such cultural property or their immediate surroundings for purposes which might expose them to destruction or damage. Theft, pillage, misappropriation and any act of vandalism directed against cultural property is strictly prohibited"