

# มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ ในประเทศไทย

ตุลญา โรจน์ทั้งคำ  
คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยมหาสารคาม  
E-mail: saosmoc@gmail.com

วันที่รับบทความ: 11 พฤศจิกายน 2563

วันแก้ไขบทความ: 10 ธันวาคม 2563

วันที่รับบทความ: 29 พฤศจิกายน 2564

## บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ในประเทศไทย โดยทำการศึกษาวิจัยในเชิงคุณภาพด้วยการวิเคราะห์ข้อมูลทางเอกสารในด้านกฎหมายและนำเสนอในเชิงพรรณนา ผลการศึกษาพบว่า กฎหมายโบราณสถาน วัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มีขอบเขต ข้อจำกัดในการนำมาคุ้มครองย่านชุมชนอันเนื่องมาจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ของการให้ความคุ้มครองที่มุ่งเน้นทรัพย์สินที่เป็นวัตถุโบราณ หรือสถานที่โบราณส่วนใหญ่ที่เป็นของรัฐ แต่ไม่ได้มีเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ที่เป็นเอกชน ดังนั้น กฎหมายโบราณสถานฯ จึงไม่มีความเหมาะสมในอันที่จะนำมาคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ ข้อเสนอแนะ จึงควรมีมาตรการกฎหมายในการให้ความคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อให้การคุ้มครองนั้นบังเกิดผลอันดำรงไว้ซึ่งมรดกวัฒนธรรมย่านชุมชนประวัติศาสตร์ที่เป็นเอกลักษณ์และทรงคุณค่าของประเทศไทยสืบไป

**คำสำคัญ:** มาตรการทางกฎหมาย การให้ความคุ้มครอง ย่านชุมชนประวัติศาสตร์

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของดุษฎีนิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

This article is submitted in partial fulfillment of the requirements for the Degree of Doctor of Laws,  
Faculty of Laws, National Institute of Development Administration

# Legal Measures for Protection of Historical Communities in Thailand

Tunlaya Rojthangkham  
Faculty of Law, MahaSarakhm University  
E-mail: saosmoc@gmail.com

*Received: November 11, 2020*

*Revised: December 10, 2020*

*Accepted: November 29, 2021*

## Abstract

This article presents a study on legal measures for the protection of historical communities in Thailand. The study was conducted as qualitative research by analyzing law documents and presenting through description. The study found that the Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art and National Museums, B.E. 2504 (1961) as amended by Act (No.2), B.E. 2535 (1992) as the existing main law imposed some limitations on the protection of historical community areas. This was due to the intention of the law aimed at the protection of antiques and most of the ancient sites belongs to the state. The protection did not cover the historical communities surrounding where the majority of private owners or occupants of the properties lived. Therefore, this historical site law was not regarded suitable to protect the historical communities. For this reason, it was suggested that legal measures be issued as specific laws so that such protection can be effective. As a result, the historical communities as unique and valuable cultural heritage of Thailand are sustainably preserved.

**Keywords:** Legal measures, Protection, Historical community



## บทนำ

ประเทศไทยเป็นประเทศเก่าแก่ที่มีย่านชุมชนเก่าแก่ดั้งเดิม (สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, 2555: 2) กระจายอยู่ในทั่วทุกภาคของประเทศไทยแทบทุกจังหวัด (ยงธนิศร์ พิมลเสถียร, 2556: 95) อาทิ ย่านชุมชนริมคลองอัมพวา จังหวัดสมุทรสงคราม ย่านชุมชนเก่าเมืองภูเก็ต จังหวัดภูเก็ต ย่านชุมชนวัดเกตุ จังหวัดเชียงใหม่ ย่านชุมชนวัดสิงห์ท่า จังหวัดยโสธร เป็นต้น โดยย่านชุมชนเหล่านั้นมีรูปแบบลักษณะที่ต่างกันไปตามลักษณะภูมิประเทศ บริบทของเมือง หรือชุมชน เป็นพื้นที่ที่มีความสำคัญทั้งในระดับท้องถิ่นและระดับชาติ เป็นสัญลักษณ์แสดงออกถึงความเป็นอดีตที่มีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวเนื่องกับการตั้งถิ่นฐานของคนไทยมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันสะท้อนถึงวิถีชีวิตของผู้คนในอดีตผ่านทางสถาปัตยกรรมเฉพาะ สถานที่สำคัญทางประวัติศาสตร์ ปรากฏทางกายภาพที่โดดเด่นตามแต่ละวิถีของการตั้งถิ่นฐานในชุมชนนั้น ๆ สะท้อนให้เห็นถึงวัฒนธรรม ภูมิปัญญา ประเพณีที่สำคัญต่าง ๆ อันสร้างความเป็นเอกลักษณ์ของแต่ละเมือง แต่ละชุมชน

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันย่านชุมชนเก่าดั้งเดิมในหลายแห่งเริ่มประสบกับปัญหาในหลายประการด้วยกัน อาทิ ปัญหาความเสื่อมโทรมทางกายภาพของย่านชุมชน ปัญหาการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของตัวสถาปัตยกรรมและผังบริเวณ ปัญหาการเปลี่ยนแปลงวิถีการดำรงชีวิต รูปแบบระเบียบประเพณี และกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (ยงธนิศร์ พิมลเสถียร, 2556: 95) สืบเนื่องมาจากการพัฒนาพื้นที่ในย่านชุมชนอันเกิดจากภาคเอกชนผู้เป็นเจ้าของพื้นที่เพื่อจะนำพื้นที่มาทำการพัฒนาสู่ความทันสมัยหรือนำที่ดินมาใช้ประโยชน์เพื่อพัฒนาในเชิงพาณิชย์กรรม ทำให้เกิดการผลักดันผู้คนเดิมออกไปแทนที่ด้วยคนกลุ่มคนใหม่ รวมถึงการพัฒนาอันเกิดจากหน่วยงานภาครัฐ เช่น การสร้างรถไฟฟ้า การก่อสร้างทางด่วนเพื่อความสะดวกทางด้านคมนาคม (ชลธิรา สัตยารัตนา และคณะ, 2535-2540: บทคัดย่อ) จึงเกิดการไล่รื้อย้ายย่านชุมชนเก่าดั้งเดิมที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ อันเป็นแหล่งอู่วัฒนธรรม (Gentrification) โดยขาดการยึดโยงหรือประสานสอดคล้องกับวิถีชีวิตย่านชุมชนเดิม ทำให้เอกลักษณ์ทั้งกายภาพและวิถีวัฒนธรรมอันโดดเด่นที่แสดงถึงความเป็นมาของการตั้งถิ่นฐาน ประวัติศาสตร์ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม เศรษฐกิจชุมชนของชุมชนย่านเก่าดั้งเดิมค่อย ๆ หายสูญหายหรือถูกลดคุณค่าลงไปพร้อมกับความเจริญของพื้นที่ที่เข้ามาแทนในหลาย ๆ ชุมชน และเพื่อมิให้ย่านชุมชนดั้งเดิมทางประวัติศาสตร์เหล่านั้นสูญหายไปจากประเทศไทยจึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการที่จะนำมาคุ้มครองย่านชุมชนเพื่อให้รอดพ้นจากสภาพวิกฤตที่เป็นอยู่ กลับพบว่าประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะโดยตรงในการนำคุ้มครอง

ย่านชุมชนประวัติศาสตร์ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมุ่งเน้นทำการศึกษาเฉพาะกฎหมายโบราณสถาน วัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 เพราะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับคุ้มครองโบราณสถานฯ ของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับย่านชุมชนมากที่สุดเพียงแต่ย่านชุมชนโดยส่วนใหญ่แล้วนั้น เจ้าของหรือผู้ครอบครองจะเป็นเอกชน อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการศึกษากฎหมายฉบับดังกล่าวนี้จะทำการศึกษาถึงข้อจำกัดทางกฎหมายอันเป็นอุปสรรคต่อการนำมาคุ้มครองเท่านั้นเพื่อหาแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์และสามารถบังคับได้อย่างครอบคลุมย่านชุมชนประวัติศาสตร์ทั้งหมดต่อไป

### ความมุ่งหมายของการวิจัย

1. ศึกษาข้อจำกัดทางกฎหมายของพระราชบัญญัติโบราณสถาน วัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ในอันที่จะนำมาคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์
2. เพื่อได้แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ในรูปแบบที่เหมาะสมและมีความยั่งยืนทางวัฒนธรรมอันเป็นเอกลักษณ์ที่ทรงคุณค่าของประเทศไทย

### วิธีการดำเนินการวิจัย

ผู้วิจัยใช้แนวทางการศึกษาด้วยวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาด้วยวิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) และนำเสนองานด้วยการวิเคราะห์เชิงพรรณนา (Descriptive) ทางด้านนิติศาสตร์ต่อไป

### สรุปผลและอภิปรายผล

จากการศึกษาพระราชบัญญัติโบราณสถาน วัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 รวมทั้งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 308 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 พบว่า กฎหมายโบราณสถานฯ มีข้อจำกัดทางกฎหมายอันเป็นอุปสรรคต่อการนำมาคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ ในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

#### ประเด็นที่ 1 คำนิยาม

จากการศึกษากฎหมายโบราณสถานฯ ไม่พบประเด็นคำนิยามของความ เป็นย่านชุมชนในการให้คำนิยามไว้ในกฎหมายนี้แต่อย่างใด มีเพียงคำนิยามที่เกี่ยวกับ

คำว่า “โบราณสถาน” เท่านั้น จึงเป็นการแสดงให้เห็นแล้วว่ากฎหมายฉบับนี้ มีขอบเขตที่ไม่ครอบคลุมขยายมายังโบราณสถาน หรืออาคาร หรือสิ่งก่อสร้างอื่น ๆ รวมถึงพื้นที่สภาพแวดล้อมที่ประกอบอยู่เป็นย่านชุมชนนั้นด้วย จึงทำให้เกิดข้อจำกัดในการคุ้มครองเนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์และอุทยานประวัติศาสตร์ แต่ย่านชุมชนนั้นจะประกอบไปด้วยอาคารบ้านเรือนทั้งที่เป็นสถาปัตยกรรมอันทรงคุณค่า รวมถึงอาคารเก่าอันเป็นบ้านเรือนธรรมดาที่ไม่มีค่าเพียงแต่มีลักษณะการตั้งถิ่นฐานที่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาอย่างยาวนานบอกเล่าถึงวิถีชีวิตของชุมชนนั้นและส่วนใหญ่จะมีเจ้าของหรือผู้ครอบครองเป็นเอกชน การตีความให้ต้องมีการควบคุมเหมือนโบราณสถานจึงไม่อาจจะกระทำได้เพราะจะเป็นการขัดกับค่านิยมของกฎหมายโบราณสถาน มาตรา 4 วรรคแรก ที่ได้ให้ความหมายของโบราณสถานไว้ว่า “โบราณสถาน” หมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้างหรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี ทั้งนี้ให้รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย นอกจากนี้ระเบียบกรมศิลปากรว่าด้วยการอนุรักษ์โบราณสถาน พ.ศ. 2528 ซึ่งออกตามความหมายในมาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ได้ให้ความหมายของโบราณสถานไว้ว่า “โบราณสถาน” หมายถึง อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้างหรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์ นั้นเป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดีและให้หมายรวมถึงศิลปวัตถุที่ติดตั้งประจำที่อสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย จากความหมายดังกล่าว สิ่งก่อสร้างใดที่จะเป็นโบราณสถานจะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์และสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์ และอุทยานประวัติศาสตร์และโดยส่วนใหญ่แล้วอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายโบราณสถานนี้ มักจะเป็นอาคารหรือสิ่งก่อสร้างเดี่ยวหรือกลุ่มอาคารที่อยู่ในบริเวณเดียวกัน เช่น อุทยานประวัติศาสตร์ในจังหวัดอยุธยา หรือจังหวัดสุโขทัย เป็นต้น ประกอบกับการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโบราณสถานฯ นั้นต้องผ่านการประเมินคุณค่าว่าเป็นโบราณสถานที่จะควรจะได้รับคุ้มครองหรือไม่เมื่อพิจารณาจากเกณฑ์การประเมินที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายโบราณสถานฯ

เห็นได้ว่า มีการพิจารณาตามเกณฑ์ของอายุ ลักษณะของการก่อสร้าง หรือหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นว่า อสังหาริมทรัพย์ที่จะขอขึ้นทะเบียนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองเป็นโบราณสถานนั้นเป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์

หรือโบราณคดีหรือไม่ แม้ว่าเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณานี้อาจมิได้เป็นเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตายตัวก็ตามแต่อาจเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจประกอบการเพื่อตีความด้วยก็ตาม อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ของการออกกฎหมายโบราณสถานฯ พบว่า การอนุรักษ์โบราณสถานนั้นมีจุดเริ่มต้นจากความเชื่อความศรัทธาในทางพุทธศาสนาและสถาบันพระมหากษัตริย์ การดูแลรักษาไม่ว่าจะด้วยวิธีการอนุรักษ์ปรับปรุงฟื้นฟู บูรณะต่าง ๆ ย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์หรือความเชื่อในทางศาสนาหรือเพื่อสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นหลักจึงส่งผลให้การดำเนินการให้ความคุ้มครองด้วยการอนุรักษ์ของประเทศไทยนั้นจึงมุ่งเน้นหรือให้ความสำคัญกับโบราณสถานประเภทวัดและวัง

เมื่อนำคำนิยามดังกล่าวนี้มาพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองความเป็นย่านชุมชน จึงก่อให้เกิดข้อจำกัดทางกฎหมายในอันที่จะนำกฎหมายโบราณสถานฯ นั้นมาบังคับได้ด้วยเหตุเพราะย่านชุมชนนั้นล้วนประกอบด้วยอาคาร หรือกลุ่มของอาคารที่สถาปัตยกรรมอันทรงคุณค่าและบ้านเรือนธรรมดาแม้เป็นอสังหาริมทรัพย์แต่บางอาคารบ้านเรือนนั้นกลับมิได้มีรูปทรงหรือรูปลักษณะที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดีแต่อย่างใด ทั้งไม่ใช่พื้นที่เขตเมืองทั้งหมดเนื่องจากย่านเก่าอันเป็นย่านชุมชนนั้นอยู่กระจัดกระจายในแทบทุกจังหวัดโดยปรากฏอยู่ในลักษณะของย่านการค้า ย่านชุมชนริมน้ำ ย่านเมืองเก่า เป็นต้น ลักษณะของย่านชุมชนดังกล่าวนี้จึงมีลักษณะที่ค่อนข้างจะซับซ้อนกว่าอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างตามความหมายของกฎหมายโบราณสถานฯ เมื่อประกอบกับในย่านชุมชนนั้นมีทั้งอาคารที่มีคุณค่าและไม่มีค่าแต่มีคุณค่าในเชิงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในการบอกเล่าเรื่องราวของการตั้งรกรากถิ่นฐานของผู้คนในชุมชนนั้นจึงย่อมเป็นการยากต่อการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายโบราณสถานฯ

## ประเด็นที่ 2 การประกาศและขึ้นทะเบียน

ย่านชุมชนส่วนใหญ่ประกอบไปด้วยอาคาร สิ่งปลูกสร้าง พื้นที่แวดล้อม ย่านและมีผู้คนอาศัยอยู่ วิถีชีวิตประจำวันของผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร สิ่งปลูกสร้างหรือพื้นที่รอบย่านนั้น จึงอาจเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้ให้ความสำคัญในการที่จะจัดให้อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายโบราณสถานฯ เพราะเกิดความยุ่งยากในการดำเนินงานในทางปฏิบัติ ซึ่งแตกต่างกับโบราณสถานที่เป็นของรัฐ หรือหากเป็นของเอกชนเดี่ยว ๆ รัฐสามารถที่จะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องโดยง่ายในการจัดการควบคุมดูแลมากกว่ากลุ่มอาคารบ้านเรือน สิ่งปลูกสร้างหรือพื้นที่ในย่านชุมชนที่ยังคงมีผู้คนดำเนินชีวิตอย่างปกติ ฉะนั้น การดำเนินการประกาศและขึ้นทะเบียนโบราณสถานที่เป็นแหล่งประวัติศาสตร์

แหล่งโบราณคดี จำพวกวัดหรือวังจึงเป็นการง่ายและสอดคล้องกับการดำเนินการตามกฎหมายโบราณสถานฯ เพราะเป็นอำนาจแต่ผู้เดียวของอธิบดีกรมศิลปากร ในการดำเนินการดูแลในส่วนของการประกาศและขึ้นทะเบียน ประกอบกับขั้นตอนในการดำเนินการที่ค่อนข้างยุ่งยากต่อการจะนำมาใช้กับย่านชุมชนที่ยังคงมีผู้คนดำเนินกิจกรรมทางสังคมอย่างหลากหลายจะเป็นการยาก ส่งผลต่อความล่าช้าในการดำเนินงานได้ แม้ตามกฎหมายโบราณสถานฯ

เมื่อพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของการขึ้นทะเบียนดังกล่าว เห็นได้ว่ากฎหมายได้ให้ความคุ้มครองทั้งทรัพย์สินที่เป็นโบราณสถานที่ครอบครองโดยรัฐ และให้ความเคารพต่อทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่เป็นเอกชนด้วยก็ตาม โดยพิจารณาจากการขึ้นทะเบียน มาตรา 7 กำหนดไว้ว่า จะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และเป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรที่จะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการประกาศขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถาน ทั้งมีอำนาจในการกำหนดเขตที่ดินอันเป็นเขตของโบราณสถานตามที่เห็นสมควร สำหรับการให้ความคุ้มครองด้านโบราณสถานของประเทศไทยจะมีวิธีการประกาศขึ้นทะเบียนโดยรัฐและส่วนใหญ่จะเน้นไปที่ทรัพย์สินของรัฐ มีส่วนน้อยที่เป็นทรัพย์สินของเอกชน แต่ลักษณะของการขึ้นทะเบียนส่วนที่เป็นทรัพย์สินของเอกชนมิใช่จะยึดกรรมสิทธิ์ให้ตกเป็นของรัฐ หากแต่เป็นการจำกัดสิทธิบางประการในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เอกชนเป็นเจ้าของหรือครอบครองอยู่ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกหรือจำกัดอำนาจในการตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียวของผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองนั้น เนื่องจากการดำเนินการโดยอ้อมจะต้องขออนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากรตามที่กฎหมายโบราณสถานฯ กำหนดไว้นั่นเอง การให้ความคุ้มครองโบราณสถานของประเทศไทยจะมีรูปแบบของการประกาศขึ้นทะเบียน โดยการขึ้นทะเบียนนั้นจะแบ่งออกเป็น 2 ประการ

1) กรณีโบราณสถานที่รับการขึ้นทะเบียนนั้นมีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบกฎหมายโดยผู้เป็นเจ้าของนั้นอาจเป็นรัฐหรือเอกชนก็ได้

กล่าวได้ว่า กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรที่จะต้องทำหนังสือให้แจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นทราบตามสิทธิของตนในการที่จะทราบและสามารถจะใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านในเวลาต่อมานั่นเอง หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นไม่พอใจย่อมสามารถใช้สิทธิร้องต่อศาลได้ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่แจ้งให้ทราบ หากศาลมีคำสั่งให้ระงับการขึ้นทะเบียนหรือการกำหนดเขตที่ดิน ย่อมส่งผลให้อธิบดีต้องระงับการขึ้นทะเบียนนั้น แต่หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองมิได้ร้องขอต่อศาล หรือศาลมีคำสั่งคดีถึงที่สุดให้ยกคำร้องขออธิบดีย่อมมีอำนาจขึ้นทะเบียนได้ จะเห็นได้ว่าวิธีการขึ้นทะเบียนวิธีการแรกนี้

เป็นการขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถานในลักษณะที่เป็นการแจ้งเพื่อให้ทราบว่าทรัพย์สินดังกล่าวนั้นได้รับการขึ้นทะเบียนตามกฎหมายโบราณสถานฯ แล้ว จึงเป็นการแจ้งสิทธิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทราบเพื่อจะได้ดำเนินการแต่มีใช้เป็นการเป็นแจ้งเพื่อขออนุญาตดำเนินการประกาศขึ้นทะเบียนแต่อย่างใด จะเห็นว่าวิธีการขึ้นทะเบียนนี้เป็นลักษณะของการบังคับให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ได้รับการขึ้นทะเบียนนั้นต้องปฏิบัติตามที่ได้รับแจ้งมา จึงเป็นลักษณะของการใช้อำนาจของรัฐเป็นผู้ประกาศการขึ้นทะเบียนนั่นเอง โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือได้รับความยินยอมจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นก่อนแต่อย่างใด เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้ต้องแจ้งเป็นหนังสือไปให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทราบตามมาตรา 7 เท่านั้นก็เป็นการประกาศการขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถานโดยชอบแล้ว

2) กรณีการขึ้นทะเบียนโบราณสถานที่ไม่มีเจ้าของหรือถูกผู้ครอบครองทิ้งร้างไว้ สำหรับโบราณสถานที่ไม่มีเจ้าของหรือถูกผู้ครอบครองทิ้งร้างไว้ เมื่อตรวจสอบแล้วว่าสมควรจะขึ้นทะเบียนเพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาและการควบคุมโบราณสถานให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรประกาศขึ้นทะเบียน

เห็นได้ว่า การขึ้นทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ทั้งกรณีที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครอง รวมทั้งกรณีอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองก็ตาม การประกาศขึ้นทะเบียนย่อมเป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรทั้งสิ้น และครอบคลุมรวมไปถึงอำนาจในการเพิกถอนการขึ้นทะเบียนหรือแก้ไขเพิ่มเติมการขึ้นทะเบียนโบราณสถานนั้นได้ โดยการประกาศขึ้นทะเบียนหรือประกาศเพิกถอนหรือประกาศแก้ไขเพิ่มเติมการขึ้นทะเบียนโบราณสถาน ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาและโบราณสถานที่ได้จัดทำบัญชีและประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้นถือว่าเป็นโบราณสถานที่ขึ้นทะเบียนแล้ว

ดังนั้น การขึ้นประกาศและขึ้นทะเบียนของโบราณสถานในประเทศไทยจะมีลักษณะเดียว คือ การประกาศและขึ้นทะเบียนโดยรัฐเท่านั้น แต่ไม่ได้เปิดโอกาสให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นได้ขึ้นทะเบียนเอง ทั้งนี้ อาจเนื่องจากกฎหมายโบราณสถานฯ ไม่ได้เปิดช่องทางรองรับไว้นั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี การขึ้นทะเบียนนั้น อธิบดีกรมศิลปากรย่อมมีอำนาจกำหนดเขตพื้นที่ตามที่เห็นสมควรให้เป็นเขตของโบราณสถานและให้ถือว่าเป็นโบราณสถานด้วยก็ได้ ซึ่งการขึ้นทะเบียนเช่นนี้จะเป็นผลดีในกรณีเป็นการระงับ ยับยั้งการทำลาย การรื้อถอน หรือทำให้โบราณสถานนั้นเสื่อมค่าลงไปได้นั่นเองจึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรและผลการขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถานจะทำให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นถูกจำกัดสิทธิในการกระทำการใด ๆ โดยลำพังหากจะต้องได้รับความยินยอมจากอธิบดีกรมศิลปากร

นอกจากนี้หากพิจารณาตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ยังได้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินแม้ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียนแต่หากอสังหาริมทรัพย์นั้นมีคุณสมบัติตรงกับคำนิยามของโบราณสถานก็ย่อมถือว่าเป็นโบราณสถานด้วย กรณีเป็นโบราณสถานประเภทที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียนแต่กฎหมายโบราณสถานฯ มีผลบังคับใช้ครอบคลุมไปถึงด้วย ดังนั้น ข้อจำกัดดังกล่าวนี้หากนำมาใช้บังคับกับย่านชุมชนประวัติศาสตร์ โดยที่ย่านชุมชนดังกล่าวยังประกอบกิจกรรมในชีวิตประจำวันในย่านชุมชนนั้น เป็นผลให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยเฉพาส่วนใหญ่เป็นเอกชนย่อมถูกกระทบสิทธิในการดำเนินการในทรัพย์สินของตนหรือที่ตนเป็นผู้ครอบครองในการที่จะมีสิทธิใช้สอย หรือดำเนินการใด ๆ กับทรัพย์สินที่ตนครอบครองอยู่ โดยเฉพาะตัวย่านที่สำคัญนั้นประกอบด้วยตัวอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง หรือกลุ่มอาคาร การที่ให้ราชการส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินการ โดยที่ประเทศไทยนั้นยังไม่มีภาระบุและการจัดบัญชีคุณค่าความเป็นย่านเพราะการดำเนินการที่ผ่านมาจะเป็นการดำเนินการเฉพาะในส่วนที่เป็นโบราณสถานที่รัฐบาลหรือวัดเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เท่านั้น เมื่อมิได้มีการระบุความเป็นย่านกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนหากมีการนำกฎหมายโบราณสถานฯ มาบังคับใช้ย่อมไม่เอื้ออำนวยต่อการคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ได้หากแต่กลับเป็นปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการของเจ้าของหรือผู้ครอบครองด้วยซ้ำไป

### ประเด็นที่ 3 ลักษณะของการให้ความคุ้มครอง

สาเหตุหลักอันเป็นข้อจำกัดในทางกฎหมาย คือ

1) การกำหนดเขตโบราณสถานตามกฎหมายโบราณสถานฯ นั้นมีผลทำให้พื้นที่เหล่านั้นต้องอยู่ภายใต้เขตการควบคุมของอธิบดีกรมศิลปากร การดำเนินการใด ๆ ที่มีผลต่อเขตโบราณสถานต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากร เมื่อพิจารณาถึงพื้นที่ย่านชุมชนประวัติศาสตร์นั้นเห็นได้ว่าในพื้นที่ดังกล่าวประกอบไปด้วยทั้งอาคารที่มีคุณค่าและอาคารธรรมดาที่ไม่มีคุณค่าในเชิงสถาปัตยกรรม เพียงแต่มีลักษณะการตั้งถิ่นฐานที่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาอย่างยาวนานบอกเล่าถึงวิถีชีวิตของชุมชนนั้นได้เป็นอย่างดี การตีความให้ต้องมีการควบคุมเหมือนโบราณสถานจึงไม่อาจกระทำได้เพราะเป็นการขัดแย้งกับคำนิยามของกฎหมายโบราณสถานมาตรา 4 นั้นที่มีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองสถานที่อันเป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์และอุทยานประวัติศาสตร์ เป็นผลให้ในส่วนบริเวณของพื้นที่ย่านชุมชนประวัติศาสตร์ รวมทั้งอาคารเก่าที่ทรงคุณค่าหลายแห่งในประเทศไทยที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ประเพณี ไม่เข้าข่ายในอันที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นโบราณสถานตามกฎหมายโบราณสถานฯ นี้

2) การกำหนดเขตโบราณสถานมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่ง คือ กรณีที่โบราณสถานนั้นมีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 7 วรรคสอง กำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรต้องทำหนังสือแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายทราบ เมื่อพิจารณาถึงย่านชุมชนประวัติศาสตร์หรือพื้นที่แวดล้อมย่านชุมชนดังกล่าวนี้มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองในลักษณะหลายรายด้วยกันและหากได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายโบราณสถานฯ ย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กรณีเป็นการยากที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองเหล่านั้นจะให้ความยินยอมด้วย ทั้งมีโอกาสในการโต้แย้งและคัดค้านการขึ้นเป็นโบราณตามกฎหมายโบราณสถานฯ นี้สูงมากเพราะลักษณะของกฎหมายเป็นการจำกัดสิทธิของความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอันมีอำนาจเหนือทรัพย์สินของตนในการดำเนินการได้อย่างอิสระประกอบกับการที่กฎหมายให้เป็นอำนาจอธิบดีกรมศิลปากรแต่เพียงผู้เดียวในการขึ้นทะเบียนโบราณสถานเพื่อให้ความคุ้มครอง จึงเป็นผลให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินงานอันเนื่องมาจากข้อจำกัดต่าง ๆ ในการดำเนินการ อาทิ ขั้นตอนกระบวนการในการประกาศที่ค่อนข้างยุ่งยากมีหลายขั้นตอน การขาดงบประมาณ และความไม่เพียงพอด้านอัตราค่าจ้างของพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น และในตัวกฎหมายเองไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่อธิบดีกรมศิลปากรในการพิจารณาอนุญาตไว้ หากเป็นการพิจารณาอนุญาตซ่อมแซมอาคารปลูกสิ่งสร้างต่าง ๆ ส่งผลให้อาคารต่าง ๆ เหล่านั้นเสื่อมโทรมหรือเสียหายจนยากจะเยียวยาแก้ไขได้ทันเป็นผลให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจตามมา กล่าวโดยสรุปได้ว่า ลักษณะของกฎหมายโบราณสถานฯ นี้เป็นลักษณะของกฎหมายที่มีการบังคับแบบเข้มงวดโดยมีการบังคับให้ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ได้รับการขึ้นทะเบียนโบราณสถานหรืออาจเข้าข่ายเป็นโบราณสถานแต่ยังไม่ได้ขึ้นเป็นโบราณสถานก็ตาม ย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายแม้ในความเป็นจริงตนจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือเป็นผู้ครอบครองอันมีแดนกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินก็ตาม แต่รัฐได้ออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิในพึงจะมีสิทธิตามกฎหมายให้ต้องปฏิบัติตาม โดยเห็นได้ว่าหากไม่ปฏิบัติตามหรือมีการฝ่าฝืนย่อมมีบทลงโทษตามกฎหมายตามมา ดังนั้น กฎหมายโบราณสถานฯ ดังกล่าวนี้นี้ หากนำมาใช้บังคับในการให้ความคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ย่อมเกิดความยุ่งยากในขั้นตอนปฏิบัติตามเป็นอันมาก

#### ประเด็นที่ 4 หน่วยงานที่รับผิดชอบ

การให้ความคุ้มครองด้านโบราณสถานฯ ตามกฎหมายโบราณสถานฯ นั้น ได้แบ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็น 2 หน่วยงาน คือ

1) หน่วยงานหลัก คือ กรมศิลปากร ซึ่งเป็นราชการส่วนกลาง มีอธิบดีกรมศิลปากรเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาและขึ้นทะเบียนโบราณสถาน โดยมีคำแนะนำจากคณะกรรมการวิชาการเพื่อการอนุรักษ์ ทำหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาและคำแนะนำเท่านั้น

2) หน่วยงานท้องถิ่น คือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่น ทำหน้าที่ในการจัดการในพื้นที่ของท้องถิ่นนั้นตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ ในบางพื้นที่อาจมีหน่วยงานสนับสนุน คือ องค์การเอกชน เข้ามามีบทบาทและทำหน้าที่ในกระตุ้นให้ประชาชนมีความตระหนักถึงความสำคัญของมรดกวัฒนธรรม แต่ไม่ได้มีบทบาทใด ๆ ร่วมกับหน่วยงานหลักและหน่วยงานท้องถิ่นแต่อย่างใด

จากการที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวทำหน้าที่ในการคุ้มครองโบราณสถานฯ จึงเกิดปัญหาที่สำคัญเกิดขึ้น อันได้แก่

4.1 ปัญหาการดำเนินงานที่ซับซ้อนกันระหว่างหน่วยงานกลางและหน่วยงานท้องถิ่น

เมื่อกรมศิลปากรอันเป็นหน่วยงานกลาง และองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอันเป็นหน่วยงานท้องถิ่นต่างมีอำนาจในการจัดการดูแลพื้นที่โบราณสถาน กรณีอาจนำมาซึ่งปัญหาในการดำเนินงานที่ซับซ้อนกันและเป็นผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดแบ่งกรอบความรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจนว่า หน่วยงานใดต้องรับผิดชอบครอบคลุมในขอบเขตใดบ้าง เช่น กรณีกรมศิลปากรเมื่อกฎหมายกำหนดให้ มีอำนาจในการคุ้มครอง ป้องกัน อนุรักษ์ บำรุงรักษา พื้นฟู ส่งเสริม สร้างสรรค์ เผยแพร่ ค้นคว้า วิจัย พัฒนา สืบทอดศิลปะ และมรดกวัฒนธรรมของชาติ จึงส่งผลให้กรมศิลปากรมีอำนาจควบคุมดูแลทั่วราชอาณาจักร จึงเกิดการซ้ำซ้อนกับหน่วยงานท้องถิ่นที่กฎหมายกำหนดขอบเขตให้มีหน้าที่จัดการดูแลในพื้นที่ของท้องถิ่นนั้น ๆ ดังเช่นคดีความที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดลพบุรี เนื่องจากที่ดินที่มีปัญหาอยู่เขตรับผิดชอบของเทศบาลเมืองลพบุรี แต่อำนาจในการดูแลโบราณสถานเป็นอำนาจของกรมศิลปากร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.463/2547 คดีหมายเลขแดงที่ อ.296/2551) การที่กฎหมายกำหนดอำนาจในการจัดการดูแลจึงย่อมส่งผลต่อการทำงานที่บางครั้งเกิดความซ้ำซ้อนหรือบางครั้งเป็นการเกี่ยวการดำเนินงานของทั้งสองหน่วยงานจึงส่งผลต่อความล่าช้าในการปฏิบัติงาน และยังส่งผลให้ทรัพย์สินที่ควรจะได้รับการอนุรักษ์ได้เสื่อมโทรม หรือเกิดความเสียหายไม่สามารถจะรักษาหรือฟื้นฟูไว้ได้ทันทั่วถึง

อย่างไรก็ดี การที่จะออกกฎหมายมาเพื่อกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานท้องถิ่นดำเนินการอย่างเป็นทางการก็ย่อมส่งผลต่อปัญหาดังกล่าวเช่นกัน

ในประเด็นของความไม่ชำนาญหรือขาดความเชี่ยวชาญในการจัดการดูแล รวมทั้งขาดความพร้อมทั้งในด้านวิชาการ ทั้งด้านบุคลากร และขาดงบประมาณในการดำเนินการอนุรักษ์โดยปัญหาในประเด็นนี้ยังคงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับทุกหน่วยงานแม้กระทั่งกับหน่วยงานกลางเองก็ตาม เนื่องจากการจัดการดูแลโดยการให้ความคุ้มครองในด้านโบราณสถานต้องอาศัยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาดำเนินการให้คำแนะนำและวิธีการอนุรักษ์ในพื้นที่ต่าง ๆ สำหรับย่านชุมชนประวัติศาสตร์นั้นในบางพื้นที่อาจไม่ได้มีคุณค่าในเชิงสถาปัตยกรรมอันทรงคุณค่าที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญมากนักดังเช่นโบราณสถานจำพวกอนุสรณ์สถาน วัดวาอาราม หรือวัง เนื่องจากประกอบไปด้วยอาคารบ้านเรือน สิ่งปลูกสร้างทั้งที่มีคุณค่าและไม่มีคุณค่าในเชิงสถาปัตยกรรม ดังนั้น ความเข้มงวดในการจัดการดูแลจึงอาจไม่จำเป็นต้องเข้มข้นขนาดโบราณสถาน

4.2 ปัญหาการขาดหน่วยงานอิสระผู้มีความรู้ความชำนาญในการเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการอนุรักษ์อย่างเป็นระบบ

จากการที่กฎหมายโบราณสถานฯ กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของอธิบดีกรมศิลปากรแต่เพียงผู้เดียวในการใช้อำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจว่าควรมีการประกาศขึ้นทะเบียนหรือไม่ตามมาตรา 7 โดยมีความเห็นของ “คณะกรรมการวิชาการเพื่อการอนุรักษ์โบราณสถาน” เป็นเพียงแค่ข้อเสนอแนะและให้คำปรึกษา ซึ่งอธิบดีจะนำไปประกอบในการตัดสินใจเท่านั้น เป็นผลให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นถูกระทบสิทธิหรือสิทธิในแดนกรรมสิทธิ์อาจถูกระทบได้ ในส่วนประเด็นดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าอำนาจการตัดสินใจของอธิบดีกรมศิลปากรในการขึ้นทะเบียนหรือไม่นั้นเป็นการใช้หลักเกณฑ์ประกอบกับดุลพินิจของอธิบดีกรมศิลปากรอันเป็นแนวทางปฏิบัติภายในกรมศิลปากรเองที่จะใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสม หากแต่ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนตามกฎหมายจึงส่งผลให้เมื่อมีการดำเนินการไปตามคำสั่งของอธิบดีกรมศิลปากร จึงกลายเป็นคำสั่งทางปกครองเป็นฝ่ายให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นถูกระทบสิทธิได้ จึงจำต้องนำคดีดังกล่าวขึ้นสู่ศาลปกครองเพราะการประกาศขึ้นทะเบียนเพื่อเป็นทรัพย์สินที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโบราณสถานฯ เป็นผลให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองถูกจำกัดสิทธิในการดำเนินการตามลำพังโดยปราศจากความยินยอมของหน่วยงานของรัฐก่อนได้ เมื่อถึงศาลปกครองศาลเพียงแต่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบถึงดุลพินิจการใช้อำนาจว่ากระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่หากมีสิทธิก้าวล่วงไปถึงการตรวจสอบถึงความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้

เห็นได้ว่า เป็นกรณีที่ประเทศไทยนั้นขาดองค์กรเอกชนที่มีความรู้ความชำนาญหรือในบางพื้นที่ที่เปิดโอกาสให้องค์กรเอกชนที่มีการทำงานอย่างอิสระเข้ามาร่วมในการพิจารณาตรวจสอบและช่วยกันกรองในการที่จะขึ้นทะเบียนความเป็นโบราณสถานด้วยทั้งที่ในประเทศไทยเองมีองค์กรเอกชนที่มีความรู้ความสามารถในการที่จะเข้าร่วมดำเนินการเพื่อการพิจารณากันกรองได้ เช่น สมาคมอนุรักษ์ศิลปกรรมและสิ่งแวดล้อมสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ สยามสมาคมในพระบรมราชูปถัมภ์ เป็นต้น

### ประเด็นที่ 5 ข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินย่านชุมชน

กฎหมายโบราณสถานฯ กำหนดไว้ว่าเมื่อมีการขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถานจะมีผลให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นจะถูกจำกัดสิทธิในการกระทำการใด ๆ แก่ตัวทรัพย์สินนั้นและเพิ่มบทบาทหน้าที่ให้แก่ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน กล่าวคือ

1) กรณีที่โบราณสถานนั้นมีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 7 วรรคสอง กำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมศิลปากรที่จะต้องทำหนังสือแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายทราบ

2) กรณีกำหนดห้ามมิให้ทำการปลูกสร้างอาคารลงในเขตโบราณสถาน ที่ขึ้นทะเบียนแล้วตามมาตรา 7 ทวิ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตเป็นหนังสือจากอธิบดี และหากมีการฝ่าฝืนทำการปลูกสร้างโดยมิได้รับอนุญาต ย่อมเป็นอำนาจของอธิบดีที่จะสั่งระงับการก่อสร้างและให้รื้อถอนภายใน 60 วัน นับแต่ที่ได้รับคำสั่ง นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น กฎหมายกำหนดให้อธิบดีดำเนินการ รื้อถอนหรือส่วนแห่งอาคารนั้นได้ ทั้งตัดสิทธิในการที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองหรือ ผู้ปลูกสร้างที่จะเรียกค่าเสียหายหรือจะดำเนินคดีแก่ผู้รื้อถอน และจะหากเจ้าของไม่ ดำเนินการขอย้ายสัมภาระออกจากเขตโบราณสถานในกำหนด 15 วัน แต่วันรื้อถอนเสร็จ อธิบดีย่อมมีอำนาจจัดการให้ดำเนินการขายทอดตลาดสัมภาระนั้น และให้นำเงินดังกล่าว ไปหักค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนและหากมีส่วนเหลือเท่าใดโดยอมคืนแก่เจ้าของสัมภาระ จึงเป็นการที่กฎหมายได้กำหนดโดยมีลักษณะพิเศษเพราะมีทั้งมาตรการทางแพ่งและ ทางอาญา โดยเฉพาะในทางอาญาที่มีความผิดฐานขัดคำสั่งของเจ้าพนักงานตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 368 ส่วนมาตรการทางแพ่งจะเป็นไปในลักษณะของตัดสิทธิ ไม่ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองหรือผู้ปลูกสร้างไม่ให้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือดำเนินคดี แก่ผู้รื้อถอนไม่ว่าด้วยประการใด ๆ จึงเห็นได้ว่า ตามกฎหมายโบราณสถานฯ นี้ นอกจาก เป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้วย่อมมีบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งด้วย อันเป็นการรอนสิทธิที่ยังเป็นการลงโทษอีกด้วย

3) กำหนดให้มีหน้าที่จะต้องแจ้งการชำรุด บกพร่อง หักพัง หรือเสียหายไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยทำเป็นหนังสือไปยังอธิบดีกรมศิลปากรภายใน 30 วัน (มาตรา 9) นับแต่วันที่โบราณสถานนั้นชำรุด หักพัง หรือเสียหาย หากไม่มีดำเนินการใด ๆ จะต้องรับโทษ (มาตรา 34)

4) กรณีการกำหนดห้ามมิให้ทำการซ่อมแซม แก้ไข เปลี่ยนแปลง รื้อถอน ต่อเติม ทำลาย เคลื่อนย้ายโบราณสถานหรือส่วนต่าง ๆ ของโบราณสถาน หรือชุดค้นโบราณสถานโดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ว่าจะเป็นโบราณสถานที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้หรือไม่ได้ขึ้นทะเบียนก็ตาม (มาตรา 10 และมาตรา 15)

5) กรณีการกำหนดให้มิหน้าที่ต้องแจ้งการโอนโบราณสถานที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้วไปยังอธิบดี โดยให้ (มาตรา 12)

5.1) ผู้โอนกรรมสิทธิ์มีหน้าที่แจ้งเป็นหนังสือระบุชื่อและที่อยู่ของผู้รับโอนและวันเดือนปีที่โอน ภายใน 30 วัน นับแต่วันโอน

5.2) ผู้ที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะโดยทางมรดกหรือพินัยกรรมจะต้องมีหน้าที่แจ้งการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในโบราณสถานนั้นภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับกรรมสิทธิ์นั้น

6) กรณีการกำหนดการเข้าไปดำเนินการหาผลประโยชน์ในโบราณสถานที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้ว และมีใช้เป็นโบราณสถานที่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบกฎหมาย ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี (มาตรา 13 ทวิ)

เห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดไว้เช่นนี้เป็นไปเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่จะส่งผลให้เกิดการทำลายโบราณสถาน หรือทำให้โบราณสถานนั้นเสื่อมค่าหรือบดบังทัศนียภาพของโบราณสถานนั่นเอง แต่เมื่อพิจารณาถึงย่านชุมชนประวัติศาสตร์หรือพื้นที่แวดล้อมย่านชุมชนดังกล่าวนี้มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองในลักษณะหลายรายด้วยกันและส่วนใหญ่จะเป็นเอกชน ดังนั้น หากได้รับการคุ้มครองและต้องปฏิบัติตามกฎหมายโบราณสถานฯ ฉบับดังกล่าวนี้ จึงเป็นการยากที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองเหล่านั้นจะยินยอมด้วย จึงมีโอกาสนในการโต้แย้งและคัดค้านการขึ้นเป็นโบราณตามกฎหมายโบราณสถานนี้สูงมากเพราะลักษณะที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นจะมีลักษณะการจำกัดสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีอำนาจเหนือทรัพย์สินของตน หรือเป็นการลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งให้ความคุ้มครองเจ้าของสิทธิครอบครองให้มีอำนาจใช้สอยทรัพย์สิน ให้ปลดปล่อยการรบกวนการครอบครอง เรียกเอาคืนซึ่งการครอบครอง ได้ดอกผลและโอนสิทธิการครอบครองได้ และสามารถใช้อิทธิพลนั้นยันต่อบุคคลอื่นได้ (บัญญัติ สุขีวะ, 2556: 267-268)

นอกจากนี้ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้กำหนดให้  
ผู้เป็นเจ้าของมีแดนกรรมสิทธิ์ทั้งในเหนือพื้นดินและใต้ดินในอันที่จะกระทำใด ๆ  
ในพื้นที่ดินของตนได้อีกด้วย จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้ความคุ้มครองถึงความเป็น  
เจ้าของกรรมสิทธิ์ในอันที่จะมีสิทธิเหนือทรัพย์สิน รวมถึงคุ้มครองความเป็นเจ้าของสิทธิ  
ครอบครองในอันที่จะมีอำนาจทำกาใด ๆ แก่ตัวทรัพย์สินที่ตนมีสิทธิครอบครองนั้นด้วย

เห็นได้ว่า แม้เจ้าของอาคารหรือที่ดินจะเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินก็ตาม รัฐยังคง  
มีอำนาจในการกำหนดสิทธิในทรัพย์สินด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ตามระบบหลักแห่งกรรมสิทธิ์นั้น  
ทรัพย์สินทุกชนิดต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่าทุกคนมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ตราที่  
ไม่ทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นและสังคมและรัฐย่อมมีอำนาจออกกฎหมายเพื่อก  
ควบคุมการใช้สอยทรัพย์สินของเอกชนได้ภายใต้เหตุผลหลักเพื่อป้องกันความมั่นคง  
ปลอดภัย สาธารณะและส่งเสริมสวัสดิการอันดีของรัฐ สวัสดิภาพ ความดีงามร่วมกันและ  
ศีลธรรมอันดีของชุมชน เมื่อพิจารณาประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายโบราณสถานฯ  
จึงเกิดสภาพความขัดแย้งในเรื่องของกรรมสิทธิ์ในความเป็นเจ้าของที่จะดำเนินการใด ๆ  
กับทรัพย์สินของตน อันเป็นปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์  
เอกชน (สมยศ เชื้อไทย, 2552: 40-42) โดยประโยชน์สาธารณะ (Public interest) นั้น  
เป็นการดำเนินงานหลักของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินกิจกรรมมีวัตถุประสงค์เป็นไป  
เพื่อประโยชน์ของสาธารณะเท่านั้น มิฉะนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง  
หรือเอกชนรายใดรายหนึ่ง หลักการประโยชน์สาธารณะจึงเป็นหลักการที่สำคัญของ  
กฎหมายมหาชนอันเป็นเรื่องของรัฐ อำนาจอธิปไตยและการปกครองของรัฐ โดยกิจกรรม  
การดำเนินการดังกล่าวของรัฐนี้จะเพิ่มมากขึ้นตามการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม

การดำเนินการคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ไม่ว่าด้วยวิธีการอนุรักษ์ พื้นฟู  
หรือพัฒนาก็ตาม ย่อมเป็นอำนาจของรัฐเช่นกัน จึงเป็นการขัดแย้งกันด้านสิทธิระหว่างรัฐ  
กับเจ้าของกรรมสิทธิ์ ฉะนั้น การดำเนินการตามหลักการประโยชน์สาธารณะย่อมต้องมีการ  
สร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะที่มีรัฐและหน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบฝ่าย  
หนึ่งกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกฝ่ายหนึ่งด้วย อันเป็นการประสานประโยชน์ให้ได้  
สัดส่วนที่เหมาะสม มิฉะนั้นอาจจะก่อให้เกิดเป็นข้อพิพาทในทางปกครองได้ กล่าวคือ  
การดำเนินงานต้องคำนึงถึงหลักได้สัดส่วนในการใช้อำนาจและก่อความเสียหายที่อาจ  
กระทบต่อเอกชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนร่วมในกรณี  
ที่มีความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของสาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนเพื่อมิให้ประโยชน์  
ของเอกชนต้องเสียสละเกินความจำเป็นในการดำเนินการ ดังเช่นกรณีการออกกฎหมาย  
ขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์และในย่านชุมชนประวัติศาสตร์นั้น

ประกอบทั้งตัวอาคาร สิ่งปลูกสร้างหรือพื้นที่แวดล้อม อันมีเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นส่วนใหญ่จะเป็นเอกชนและเป็นเอกชนหลายรายร่วมกัน ในขอบเขตพื้นที่ย่านชุมชนดังกล่าวนั้น การที่จะมีกฎหมายได้ออกมาบังคับยอมเป็นการจำกัดสิทธิความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น รวมทั้งเป็นการจำกัดสิทธิของผู้มีสิทธิครอบครองด้วย แม้กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งให้ความคุ้มครองทรัพย์สินอันสำคัญ ในอันที่จะเป็นมรดกชาติสืบต่อไปก็ตาม แต่เมื่อมีการจำกัดสิทธิเกิดย่อมผลตามมา คือ การเกิดความขัดแย้งหรือเกิดการต่อต้านในการที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนั้นได้ ดังเห็นได้อย่างชัดเจนจากกฎหมายโบราณสถานฯ ที่มีข้อจำกัดแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองในหลาย ๆ ประการ แต่ในเหตุการณ์ที่ผ่านมาไม่ค่อยเกิดปัญหามากนักเนื่องจากโบราณสถานส่วนใหญ่เป็นของรัฐ

อย่างไรก็ดี หากนำกฎหมายโบราณสถานฯ มาบังคับกับย่านชุมชนอันเป็นทรัพย์สินของเอกชนย่อมก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะ กับประโยชน์ของเอกชนขึ้นได้ แม้จะดำเนินการอย่างไรก็ตาม สิทธิของเอกชนในฐานะผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ย่อมถูกกระทบกระเทือนเสมอจากการถูกจำกัดสิทธิบางประการ ฉะนั้น การแก้ไขปัญหาคควรเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินในลักษณะข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์มากกว่าจะเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน เนื่องจากใช้วิธีการเวนคืนย่อมอาจส่งผลกระทบต่อรัฐในการที่ต้องรับภาระในการดำเนินการทั้งหมด ส่งผลต่องบประมาณจำนวนมหาศาลในการที่ต้องดำเนินการ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อจำกัดสิทธิการแก้ไขปัญหาก็ยิ่งมักเป็นไปในลักษณะการกำหนดข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์ โดยรัฐยินยอมให้เอกชนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่อไปได้แต่มีการวางเงื่อนไขอันจำเป็นบางประการโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อจำกัดตรอนสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน และบางกรณีเป็นการที่เจ้าของทรัพย์สินมีการยินยอมให้ผู้อื่นเข้าไปใช้สอยทรัพย์สินของตนด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้น ในการแก้ไขปัญหาคข้อจำกัดสิทธิทางกฎหมายที่เกิดขึ้นและเพื่อเป็นทางออกในการนำไปสู่การให้ความคุ้มครองต่อไป อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้ คือ ความซับซ้อนในทางปฏิบัติและการจัดเตรียมรองรับอาจจะไม่มีความพร้อมเพียงพอ แต่เมื่อเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินในเขตพื้นที่ย่านชุมชน ถูกจำกัดสิทธิในการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนและหากมีกฎหมายออกมาบังคับเป็นการเด็ดขาดก็ยิ่งสร้างแรงต้าน หรือความกดดันให้กับภาครัฐที่จะสามารถดำเนินการได้ ดังนั้น ความจำเป็นในการหามาตรการสร้างแรงจูงใจให้ประชาชนในพื้นที่ดังกล่าวมีความต้องการที่จะอนุรักษ์สิ่งที่ค่าทางประวัติศาสตร์ของชาติเพื่อให้ดำรงอยู่ต่อไป เพื่อทดแทนบรรเทาเสียวยาให้กับเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นด้วย

## ข้อเสนอแนะ

เมื่อมาตรการทางกฎหมายโบราณสถานฯ ที่มีอยู่เกิดปัญหาอันเนื่องจากมีข้อจำกัดทางกฎหมายในอันนำมาใช้ ดังนั้น ทางออกที่จำเป็น คือ การสร้างมาตรการทางกฎหมายใหม่ขึ้นมาอันเป็นกฎหมายเฉพาะโดยตรงเพื่อคุ้มครองย่านชุมชนประวัติศาสตร์ โดยมาตรการทางกฎหมายดังกล่าว ควรมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

1. การกำหนดนิยามและประเภทของความเป็นย่านชุมชนประวัติศาสตร์ในประเทศไทยให้ชัดเจนเพื่อง่ายต่อการคุ้มครอง

2. การประกาศและขึ้นทะเบียน ควรมีการกำหนดขอบเขตของความเป็นย่านชุมชนว่า ย่านลักษณะใดที่ควรเป็นย่านชุมชนประวัติศาสตร์และมีลักษณะการขึ้นทะเบียนกำหนดออกได้เป็นกี่ประเภท เช่น การขึ้นทะเบียนโดยรัฐ การขึ้นทะเบียนโดยท้องถิ่น หรือการขึ้นทะเบียนโดยประชาชน เป็นต้น

3. การกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการดำเนินงาน และหน่วยงานที่รับผิดชอบควรมีทั้งหน่วยงาน หน่วยงานใดเป็นหน่วยงานหลักและหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานรอง รวมทั้งควรมีหน่วยงานสนับสนุนเข้ามารองรับต่อการทำงานหรือไม่

4. การกำหนดลักษณะของการให้ความคุ้มครองให้ชัดเจน เพื่อป้องกันการจำกัดสิทธิของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน

5. แนวทางการสร้างมาตรการจูงใจในกรณีเกิดข้อจำกัดสิทธิเกิดขึ้น รวมทั้งแรงจูงใจในการให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองสิทธิเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาการฟ้องร้องดำเนินคดีในอนาคตต่อไป

## เอกสารอ้างอิง

ชลธิรา สัตยารัตนา และคณะ. (2553-2540). **คุณค่าชุมชนเก่า: กรณีศึกษาชุมชน**

**บ้านครัว**. โครงการวิจัยที่ 3 สิทธิชุมชนบ้านครัว: กรณีการสร้างทางด่วนทับชุมชน.

สมยศ เชื้อไทย. (2552). **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. (2555). **โครงการจัดทำ**

**มาตรฐาน คุณภาพสิ่งแวดล้อมศิลปกรรม ประเภทย่านชุมชนเก่าในพื้นที่**

**ภาคกลางและภาคตะวันออก**. กรุงเทพฯ: บริษัท พรอพเพอร์ตี้พรินท์ จำกัด.

บัญญัติ สุชีวะ. (2556). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์**. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ:

บริษัทกรูสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด. เนติบัณฑิตยสภา.

ยงธนิศร์ พิมลเสถียร. (2556). ย่านเมืองเก่าและชุมชนดั้งเดิมกับการอนุรักษ์. วารสาร  
เมืองโบราณ, 39(2).

.....

