



บทที่ 2

แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

จากการวิเคราะห์ถึงบทบัญญัติระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม รวมถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในเรื่องการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ทำให้ทราบถึงแนวความคิดพื้นฐานและหลักกฎหมายในเรื่องนี้ดังต่อไปนี้

1. แนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรม (Cultural Nationalism) ซึ่งเป็นแนวความคิดสำคัญที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในสังคมนานาชาติ และเป็นแนวความคิดพื้นฐานของอนุสัญญา UNESCO ปี 1970 ซึ่งได้มีจุดประสงค์เบื้องต้นในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ อันเกี่ยวกับการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังปรากฏคำว่า วัฒนธรรมของชาติ¹ (National Culture) มรดกทางวัฒนธรรมของรัฐ² (The Cultural Heritage of Each State) ในอนุสัญญา แนวความคิดในเรื่องมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ ถ้าจะกล่าวในอีกรูปแบบหนึ่ง ก็คือแนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรม (Cultural Nationalism) นั้นเอง

¹UNESCO Convention 1970

Preamble... Considering that cultural property constitutes one of the basic elements of civilization and national culture, and that its true value can be appreciated only in relation to the fullest possible information regarding its origin, history and traditional setting.

²Article 4 of UNESCO Convention 1970

"The States Parties of this Convention recognize that for the Convention property which belongs to the following categories forms part of the cultural heritage of each state..."

แนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรมมีหลักอยู่ว่า วัตถุประสงค์ที่ประกอบขึ้นเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ ควรจะคงอยู่หรือกลับคืนมายังถิ่นกำเนิดหรืออาณาเขตของชาติตน หลักนี้ได้เป็นตัวกำหนดนโยบายและกระบวนการวิธีในการปฏิบัติ เกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในองค์การระหว่างประเทศเสมอ ไม่ว่าจะเป็นในที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ องค์การยูเนสโก ตลอดจนกระทั่งในกฎหมายภายในของหลายรัฐ แนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรม ได้เริ่มก่อตัวขึ้น เมื่อประเทศที่เคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคม รวมทั้งบรรดาประเทศโลกที่สามที่ถูกบรรดาประเทศมหาอำนาจทั้งหลายดักดวงผลประโยชน์เอาจากทรัพยากรที่มีอยู่ในประเทศของตน ได้เล็งเห็นความสำคัญในการติดตามเอาทรัพย์สินที่มีคุณลักษณะพิเศษที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ โบราณคดี ชาติพันธุ์วิทยา กลับคืนมาสู่ความภาคภูมิใจของคนในชาติ ประเทศเหล่านี้ ตระหนักดีว่าการที่จะทำให้ประชาชนของตนมีความรู้สึกผูกพันกับชาติ ส่วนหนึ่งก็คือ ความรู้สึกภาคภูมิใจในภูมิหลังและความเป็นมาของชาติ การต่อสู้อันยาวนาน และการเสียสละของคนในชาติที่เพื่อชาติ สิ่งเหล่านี้ ย่อมรวมไปถึงบรรดาทรัพย์สินที่มีคุณค่าและมีความสำคัญต่อชาติ ที่จะ เป็น เครื่องช่วยยึดเหนี่ยวจิตใจให้เกิดความรู้สึกดังกล่าว

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 บทบาทของประเทศโลกที่สามในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เริ่มมีมากขึ้น ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 และไม่ว่าจะเป็นการประชุมในระดับภูมิภาคหรือระดับระหว่างประเทศ กลุ่มประเทศโลกที่สาม ได้แสดงบทบาทและแนวความคิดของตนในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้แพร่หลายไปสู่บรรดาประเทศต่าง ๆ และได้เสนอหนทางในการหามาตรการที่เหมาะสมในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม กรณีการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมหลายกรณี ได้ประสบผลสำเร็จ ซึ่งถึงแม้ว่าจะมิได้ใช้กลไกทางกฎหมาย แต่ข้ออ้างของรัฐในการเรียก ให้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมกลับมามีถิ่นกำเนิด อาจกล่าวได้ว่า ได้พัฒนามาจากแนวความคิดในเรื่องชาตินิยมทางวัฒนธรรม ที่กล่าวอ้างถึงความสำคัญของทรัพย์สินที่มีต่อประวัติศาสตร์ โบราณคดี ชาติพันธุ์วิทยา รวมทั้งมีความสำคัญต่อชาติและคนในชาติ และเป็นแนวทางปฏิบัติโดยทั่วไปของรัฐที่เรียกร้องให้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม อันอาจจะพัฒนาเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้

อย่างไรก็ตาม รัฐที่เป็นต้นกำเนิดของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ได้สูญเสียทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไป เป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เนื่องมาจากการขาดการดูแลเอาใจใส่จากหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องและมาตรการการคุ้มครองที่เหมาะสม ซึ่งถ้าจะมองในแง่ความคิดดังกล่าวข้างต้น การแก้ไขความเสียหายเท่าที่จะทำได้ก็คือ การช่วยสนับสนุนและอำนวยความสะดวกในเรื่องการปฏิบัติและขั้นตอนต่าง ๆ ให้เหมาะสม แต่จะสังเกตได้ว่ามิได้มีการกล่าวอ้างถึงความสำคัญของการสูญเสียทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีต่อความมั่นคงของชาติ เกิดขึ้นในการประชุมระหว่างประเทศ ณ ที่ใดเลย แม้แต่ยูเนสโกเอง หรือ องค์กรที่เกี่ยวข้องก็มิได้กล่าวอ้างในเรื่องนี้ อนุสัญญาและข้อเสนอแนะหลายฉบับของยูเนสโกที่ดำเนินการตามแนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรม ส่วนมากจะเน้นความสำคัญไปในเรื่องการสงวนรักษา ความสำคัญและคุณค่า การป้องกันการลักลอบขุดค้น การทำลายอนุสรณ์สถานและการโจรกรรมจึงเป็นเรื่องที่น่าเสียดาย ที่ได้มีการละเลยในเรื่องการกล่าวอ้างถึงความเสียหายต่อความมั่นคงของชาติและอำนาจอธิปไตย

แนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรมนั้น มองโดยผิวเผินอาจจะขัดกับหลักมรดกร่วมทางวัฒนธรรม (Common Cultural Heritage) ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เมื่อไม่นานมานี้ กฎเกณฑ์ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นตัวแทนของแนวความคิดนี้ ก็คืออนุสัญญากรุงเฮกปี 1954 ซึ่งกล่าวไว้ในคำปรารภของอนุสัญญาว่า

"ความเสียหายที่มีต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่ว่า เป็นของใครคนใดคนหนึ่งนั้น ย่อมหมายถึง ความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษย (Cultural Heritage of all Mankind) นับตั้งแต่มนุษยนั้นได้ทำให้สิ่งเหล่านั้นแพร่หลายต่อวัฒนธรรมของโลก"

กล่าวโดยสรุป แนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรม (Cultural Nationalism) ได้แก่ทฤษฎีนโยบายปกป้อง (Protectionism) ซึ่งต้องการให้ดูแลรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ในประเทศเจ้าของ ไม่ว่าจะเป็นโบราณสถานหรือโบราณวัตถุ ถ้าพิจารณาในด้านเศรษฐศาสตร์ จะเห็นว่าวิธีนี้ไม่ก่อให้เกิดการ "ปล้นมรดกทางวัฒนธรรม" โดยการนำทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไปจากประเทศผู้เป็นเจ้าของ ทำให้ประชาชนในท้องถิ่นภูมิใจในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของตน และยังเป็นสิ่งดึงดูดใจนักท่องเที่ยวอีกด้วย ซึ่งจะช่วยให้อุตสาหกรรม

การท่องเที่ยวคงอยู่ได้ เกิดการค้าขายและสามารถนำเงินจากส่วนนี้มา เป็นค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ส่วนในทางด้านวัฒนธรรมทำให้ประชาชนมีจิตสำนึกรู้จักรักและหวงแหนมรดกของชาติ และประชาชนในประเทศอื่นจะต้องมีความเคารพในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้เช่นกัน ต่างจากแนวความคิดในเรื่องมรดกร่วมทางวัฒนธรรม (Common Cultural Heritage) ซึ่งเป็นพวกเสรีนิยม (Liberalism) ซึ่งยอมให้มีการเคลื่อนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอย่างเสรีและมีความเห็นว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมย่อมเป็นสมบัติของมนุษยชาติ จึงสามารถเคลื่อนย้ายได้โดยไม่ถูกจำกัดพรมแดนแนวความคิดนี้อนุญาตให้มีการซื้อขาย การเปลี่ยนมือวิธีนี้ทำให้ไม่เกิดการทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในบริเวณที่ตั้ง นโยบายการเปิดประตูกว้าง เช่นนี้ ทำให้เกิดการนำทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งเป็นมรดกของชาติหนึ่งไปให้ประชาชนที่อยู่ห่างไกลได้ศึกษาและชื่นชมกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

ประเทศที่ใช้นโยบายแบบเสรีนิยม ได้แก่ประเทศผู้นำเข้า และผู้ทำการค้าโบราณวัตถุ เช่นสหรัฐอเมริกา ประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวีย สวิสเซอร์แลนด์ ส่วนพวกที่นิยมนโยบายปกป้อง ได้แก่กลุ่มประเทศเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น กรีซ อิตาลี ฝรั่งเศส อังกฤษ ประเทศที่กำลังพัฒนา เช่น กัมพูชา เนปาล อิรัก อียิปต์ ตุรกี เม็กซิโก ซึ่งล้วนแต่ถูกปล้นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่ว่าจะเป็นภาพวาดรูปปั้น วัตถุที่มีคุณค่าทางด้านโบราณคดีและมานุษยวิทยา แม้กระทั่งโบราณสถานทั้งสิ้น

เมื่อมีความเห็นที่แย้งกัน เช่นนี้ ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรยังคงมีลักษณะขัดแย้งไร้กฎเกณฑ์ที่แน่นอน จนกระทั่งมีอนุสัญญาว่าด้วยห้ามการนำเข้า การส่งออก และโยกย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยมีขอบด้วยกฎหมายปี ค.ศ. 1970 ที่ได้รับการยอมรับโดยที่ประชุมใหญ่ยูเนสโก ณ กรุงปารีส เพื่อวางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ให้เป็นไปในแนวเดียวกัน

ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า แนวความคิดดังกล่าวมิได้ขัดกัน เพราะทั้งสองแนวความคิดนี้มีจุดมุ่งหมายอันเดียวกันคือ ต้องการจะสงวนรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ให้เป็นสมบัติของโลกต่อไป แนวความคิดในเรื่องมรดกร่วมทางวัฒนธรรมนั้นเห็นว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นมรดกของมวลมนุษยชาติ ดังนั้นทุกรัฐจึงควรจะต้องร่วมมือกันพิทักษ์รักษา และไม่ทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะเป็นปิรามิดของอียิปต์ หรือวิหารพาร์เธนอนในกรุงเอเธนส์ ย่อมเป็นมรดกร่วมกันของมวลมนุษยชาติ แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่า เมื่อเป็นของมนุษยชาติแล้ว

รัฐทุกรัฐ หรือประชาชนทุกคน จะสามารถยึดถือหรืออ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินดังกล่าวได้ สิ่งสำคัญก็คือ จะต้องร่วมมือกันในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้ให้ดำรงคงอยู่ต่อไป ส่วนแนวความคิดชาตินิยมทางวัฒนธรรมนั้นมีแนวทางที่จะให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมกลับคืนมาสู่ประเทศถิ่นกำเนิด เพราะคำนึงถึงความสำคัญและคุณค่าทางวัฒนธรรมของทรัพย์สินที่มีต่อชาติและประชาชนในชาติทางด้านประวัติศาสตร์ โบราณคดี ชาติพันธุ์วิทยา ฯลฯ โดยเห็นว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมย่อมจะมีค่าอยู่ได้ก็ เมื่อมีความสัมพันธ์อย่างแน่นแฟ้นกับถิ่นกำเนิด ก่อให้เกิดคุณค่าทางจิตใจแก่ประชาชนในการที่จะร่วมใจกันพิทักษ์รักษาให้เป็นมรดกของมวลมนุษยชาติต่อไป

ข้อพิพาทที่ว่าแนวความคิดทั้งสองนี้แบ่งแยกออกจากกัน แต่มีจุดประสงค์ที่เหมือนกันก็คือ การยอมรับอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมและธรรมชาติของโลก³ ในการประชุมสมัยสามัญครั้งที่ 17 ของ UNESCO ซึ่งเป็นอนุสัญญาฉบับหนึ่งที่กล่าวว่าย่ำ ในแนวความคิดเรื่อง (Cultural Heritage of Mankind) โดยประเทศที่เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ มีหน้าที่ให้ความคุ้มครอง สงวนรักษา ส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรมและธรรมชาติให้คงอยู่แก่คนรุ่นต่อ ๆ ไป โดยใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งด้านนโยบาย การบริหาร เทคนิค และกำลังเงินในประเทศโดย UNESCO ได้จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมา 1 ชุด คือ คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลเพื่อคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมและธรรมชาติของโลก ประเทศที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาจะต้องจัดส่งบัญชีรายชื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและมรดกของธรรมชาติในประเทศตน ให้คณะกรรมการพิจารณาประกอบด้วย เอกสารแสดงรายละเอียดที่ตั้งและความสำคัญด้วยโดยคณะกรรมการจะพิมพ์เป็น "บัญชีมรดกของโลก" (World Heritage List) หลังจากพิจารณาว่าสถานที่ดังกล่าวมีคุณค่าที่เห็นเด่นชัดตามที่ได้จำกัดความไว้ และปรับปรุงบัญชีนี้ให้ทันสมัยอยู่เสมอ ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1987 ซึ่งนับเป็นการยอมรับในแนวความคิดเรื่องมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษยชาติอันเป็นการร่วมกันพิทักษ์รักษาและไม่ทำลายทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เป็นมรดกของโลก

³Convention concerning the protection of the World Cultural and Natural Heritage, 16 November 1972.

2. แนวความคิดในเรื่องความสำคัญของทรัพย์สิน

แนวความคิดในเรื่องความสำคัญของทรัพย์สิน ได้มีพัฒนาการมาโดยตลอด จนกระทั่งรัฐต่าง ๆ ได้ตรากฎหมายว่าด้วยการควบคุมการส่งออกและการโยกย้ายซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และก่อให้เกิดลัทธิตามกฎหมายในการป้องกันและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้แก่รัฐต่าง ๆ ในการที่จะออกกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในดินแดนของตน โดยแต่ละรัฐได้กำหนดขอบเขตในการออกกฎหมายตามโครงสร้างของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นระบบรัฐเดี่ยวหรือหลายรัฐ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งมีคุณลักษณะที่แตกต่างจากทรัพย์สินโดยทั่วไป และมีคุณค่าสมควรจะได้รับการคุ้มครองและพิทักษ์รักษาไว้ แนวความคิดนี้สามารถแบ่งความสำคัญของทรัพย์สินออกเป็น

2.1 เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของทรัพย์สิน (Cultural Identity)

แนวความคิดที่ได้พัฒนามาจากแนวความคิดในเรื่องชาตินิยมทางวัฒนธรรม เมื่อไม่นานมานี้ อีกแนวความคิดหนึ่ง ก็คือแนวความคิดในเรื่องเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม (Cultural Identity) ซึ่งมีลักษณะที่เน้นความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีความสำคัญต่อชาติ โดยถือว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสามารถบ่งบอกถึงที่มีและความเป็นมาของคนในชาตินั้น ๆ และในกรณีที่เกิดสงครามหรือภัยธรรมชาติที่ทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นสูญหายไป คนในชาติจะรู้สึกสูญเสียโอกาสที่จะติดต่อและยากที่จะค้นหาตัวเองในอดีตได้ แนวความคิดนี้ได้ปรากฏในการประชุมร่วมมือในระดับระหว่างประเทศในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เช่น ในคำร้องขอของ Director-General ในเรื่องการคืนมรดกที่ไม่สามารถหาสิ่งอื่นทดแทนได้กลับไปยังบรรดาผู้ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมา (A Plea for the return of an irreplaceable heritage to those who created it) ในปี ค.ศ. 1978 ได้กล่าวไว้⁴

⁴ A Plea for the return of irreplaceable cultural heritage to those who created it, an appeal by Mr. Amadou Mahtar M'Bow, Director-General of UNESCO, 7 June 1978.

ประชาชนทั้งหญิงและชายที่มรดกทางวัฒนธรรมของพวกเขา ได้สูญหายไปได้ร้องขอให้มีการคืนเพียงอย่างน้อยที่สุดก็คือ ทรัพย์สินสมบัติทางศิลปะ ซึ่งเป็นตัวแทนทางวัฒนธรรมของพวกเขา (best represent their culture) ซึ่งพวกเขาทั้งหมดต่างรับรู้ถึงความสำคัญของทรัพย์สินมรดกนั้น และถ้าหากขาดสิ่งนี้ไป ก็จะเป็นเหตุให้เกิดความทุกข์ใจอย่างใหญ่หลวง

จากข้อความในคำกล่าวข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นแนวความคิดในเรื่องเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมที่เริ่มปรากฏขึ้นในสังคมระหว่างประเทศ โดยอ้างอิงถึงความสำคัญของทรัพย์สินที่มีต่อวัฒนธรรมของประเทศและมีต่อประชาชนในประเทศ ในปี ค.ศ. 1980 โดยความร่วมมือของ UNESCO ในการประชุมของคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลในการหาหนทางและวิธีการในการสนับสนุนให้เกิดการเจรจาระดับทวิภาคีในเรื่องการชดใช้และการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมให้แก่ประเทศผู้สูญเสียก็ได้กำหนดถึงชนิดของทรัพย์สินที่สามารถเรียกคืนได้ว่า

"จะต้องเป็นทรัพย์สินที่โดยลักษณะพิเศษแล้ว จะแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชาติที่ได้ให้กำเนิด (Particularly Representative of the Cultural Identity of a Given Nation)

ตัวกำหนดบรรทัดฐานในเรื่องเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม (Cultural Identity) อันจะเป็นคุณสมบัติของทรัพย์สินที่จะสามารถเรียกคืน

คำว่า "วัฒนธรรม" ในความหมายของภาษาเป็นลักษณะที่แสดงถึงความเจริญงอกงาม แต่ผลของการปฏิบัติ วัฒนธรรมเป็นรูปแบบทางพฤติกรรมที่เกิดจากการรวมกลุ่มของมนุษย์ที่เราเรียกว่า "สังคม" ดังนั้นวัฒนธรรมจึงเป็นคุณภาพของสังคม และเมื่อยุคสมัยแห่งคุณภาพของสังคมเปลี่ยนแปลงไป รูปแบบทางวัฒนธรรมก็ย่อมเปลี่ยนแปลงไปด้วย ถ้าคุณภาพของคนในสังคมสูงขึ้น วัฒนธรรมย่อมพัฒนาเติบโตเป็นเงาตามตัว และสามารถสร้างค่านิยมที่ดีให้ปรากฏแก่ชนรุ่นหลังได้⁵

หากมนุษย์ในสังคมได้รับการพัฒนาทางด้านความคิด จิตใจ และการกระทำ โดยเท่าเทียมกัน คุณภาพของวัฒนธรรมย่อมเป็นไปตามนั้นด้วย และจะเป็นพลังสามารถทำให้เกิดคำว่า "ชาตินิยม" พร้อมกันนั้นก็จะมีรูปแบบที่เรียกว่า "ลักษณะประจำชาติ" เติบโตอย่างต่อเนืองตามไปด้วย ซึ่งเป็นความต้องการของทุกชาติเป็นอย่างยิ่ง ยกตัวอย่างเช่น เกาหลี และญี่ปุ่น ซึ่งดูจะเด่นชัดในเรื่องนี้มากกว่าชาติอื่นใด

⁵ ธีระวิชัย ภาคินธุ, สารระที่ถูกลืมมองข้ามทางวัฒนธรรม, โอ. เอส. พรินติ้ง เฮ้าส์.

ส่วนคำว่า "เอกลักษณ์" คือลักษณะที่เป็นหนึ่ง ซึ่งตราบโศกที่มนุษย์รวมตัวกัน เป็นกลุ่มสังคมที่เหนียวแน่น เอกลักษณ์ของสังคมที่จะปรากฏให้เห็นและจะเปลี่ยนแปลงไปตามวิถีทางของสังคม⁶ มิได้ถูกกำหนดตายตัวว่า สิ่งนั้นสิ่งนี้สมควรเป็นเอกลักษณ์ ดังนั้น เมื่อวัฒนธรรมมีลักษณะที่เลื่อนไหลไปตามสังคม เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมก็จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย ตัวกำหนดบรรทัดฐานในเรื่อง เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมที่แน่นอนที่สุดก็คือ สังคมและพลังของมนุษย์ในสังคมที่ได้แสดงความรู้สึกร่วมกัน

ดังนั้นเงื่อนไขในเรื่องเวลา ความเก่าใหม่ของทรัพย์สินจึงมิใช่สาระสำคัญที่จะเป็นตัวกำหนดความเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของทรัพย์สิน หากแต่พิจารณาจากสังคมและพลังของมนุษย์ในสังคมดังกล่าวมาแล้ว

เมื่อรัฐได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในการป้องกันและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในยามสงคราม ซึ่งได้ตั้งอยู่ภายในดินแดนของตน โดยถือว่าทรัพย์สินนั้นมีลักษณะพิเศษที่ควรจะหวงกันไว้เป็นสมบัติของคนในชาติ แนวความคิดในเรื่องความสำคัญของทรัพย์สินนี้ได้พัฒนามาจากหลักกฎหมายในเรื่องกรรมสิทธิ์ อันเป็นหลักกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ เมื่อนำมาใช้กับหลักในเรื่องความสำคัญของทรัพย์สินที่สมควรจะป้องกันและพิทักษ์รักษา จึงทำให้รัฐตรากฎหมายภายในอันมีลักษณะพิเศษเป็นการคุ้มครองทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะ สิทธิตามกฎหมายในการป้องกันและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จึงมีรากฐานและพัฒนามาจากแนวความคิดในเรื่องความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังนี้

2.2 สาธารณประโยชน์ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (Public Interest of Property) ซึ่งได้มองความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีต่อสาธารณประโยชน์ และเห็นว่าสาธารณชนทั่วไปต่างมีส่วนเกี่ยวข้องเป็นอย่างมากต่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยคำนึงถึงคุณค่าที่แสดงออกของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอันประกอบไปด้วย⁷

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

⁷ John Henry Merryman, The Public Interest in Cultural Property, California Law Review, Vol.77: 339, 1989, pp. 346-347.

- คุณค่าทางความเป็นจริงและความแน่นอน (Truth and Certainty)

โดยเชื่อว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้แสดงออกถึงความเป็นจริง ซึ่งมนุษย์ต้องการในผลงานที่ผ่านมาจากมือของผู้รังสรรค์และแสดงออกถึงความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ ความเป็นจริงของศิลปโบราณวัตถุจะสร้างความรู้สึกที่พึงพอใจ ความรู้สึกมีเกียรติ ความรู้สึกของชั้นนั้นได้บ่งบอกถึงเวลาอันยาวนาน แต่ถ้าเราพบว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชั้นนั้นได้ถูกเก็บไว้ในที่แห่งหนึ่ง สิ่งที่เราเห็นอยู่นั้นเป็นเพียงของที่ลอกเลียนแบบมาเท่านั้น และไม่ว่าจะได้ลอกเลียนแบบมาได้เหมือนจริงมากแค่ไหน เรายังรู้สึกว่าเราถูกหลอกลวงมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้นความเป็นจริงและความแน่นอนจะมีอยู่ได้ก็แต่ เฉพาะแต่สิ่งที่เป็นต้นฉบับหรือของจริง เท่านั้น

- คุณค่าทางศีลธรรม (Morality) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมก่อให้เกิด

ทัศนคติทางด้านศีลธรรมแก่มนุษย์ (Moral Attitudes) ซึ่งจะเห็นได้ชัดจากวัตถุที่สำคัญทางศาสนาที่ได้สร้างพลังและความเชื่อมั่นให้แก่กลุ่มคนในสังคมมาเป็นเวลาช้านาน และแนวความคิดที่ว่าศิลปวัตถุจะแสดงให้เห็นถึงเนื้อหาของความรู้สึกผิดชอบชั่วดีไม่ว่าจะ เป็นการเลือกวัสดุ กระบวนการในการทำเนื้อหา รูปแบบ การขัดแต่งหรือการตกแต่ง ผู้รังสรรค์งานจะต้องใช้กระบวนการในการตัดสินใจเป็นอันมาก และการที่จะทำให้ได้ดีที่สุดหรือไม่ก็ย่อมขึ้นอยู่กับตลาดและความต้องการของประชาชน โดยใช้ความรู้สึกผิดชอบในการประดิษฐ์อย่างประณีตที่สุด และในการเลือกใช้ชิ้นตอนต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ก็จะต้องประกอบไปด้วยพิจารณาอย่างเต็มเปี่ยม เพื่อให้ได้ผลงานที่มีคุณค่า และทำให้ผู้ที่ได้เห็นรู้สึกชื่นชมและเข้าใจถึงความพยายามอันนั้น

- คุณค่าในความทรงจำ (Memory) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมคือ รากฐาน

ของความทรงจำทางวัฒนธรรม แต่ในสังคมที่มีลักษณะเป็น Mass Production, Mass Media และ Mass Markets เราได้กำหนดคุณค่าพิเศษของวัตถุที่สร้างขึ้นด้วยมือ เช่น รูปภาพ ว่าเป็นผลงานของศิลปิน เช่นเดียวกับเครื่องตกแต่งบ้านที่สร้างขึ้นโดยช่างฝีมือ แต่ในช่วงเวลาอันสั้นนับตั้งแต่ได้มีการปฏิบัติอุตสาหกรรม วัตถุที่ถูกผลิตด้วยเครื่องจักรกลและวัตถุที่ผลิตเพื่อการค้าเป็นจำนวนมากได้กลายมาเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ตัวอย่างที่น่าแปลกประหลาดเช่นนี้ก็ได้แก่ แสตมป์และเหรียญเงิน พิพิธภัณฑวัตถุ พิพิธภัณฑวิทยาศาสตร์ หรือไม่ว่าจะเป็นผู้สะสมภาพโปสเตอร์ ขวดน้ำหอม การที่เราได้สนใจในสิ่งเหล่านี้ก็คือ สิ่งของเหล่านี้ต่างก็มีคุณค่าในความทรงจำและโดยสัญชาตญาณ เราจะเก็บรักษามันไว้เพื่อมิให้ถูกทำลาย

- คุณค่าในการสืบชีวิตต่อไป (Survival) มีผู้กล่าวว่าบรรดาวัตถุทางวัฒนธรรมคือ ผู้ซบชีวิต (Cultural Objects are Survivors) และชีวิตอาจจะสั้นแต่ศิลปะยืนยาว⁸ (Life may be short, but art is long) วัตถุที่ยั่งยืนอยู่ได้นั้นก็เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นนิรันดร์ของมนุษยชาติ เราได้ถือว่า วัตถุทางวัฒนธรรมได้เป็นตัวแทนของความเป็นอมตะ และเป็นตัวแทนของการเอาชนะกาลเวลาไม่ว่าจะเป็นภาพวาดสมัยยุคหินในถ้ำปิรามิดที่ยังคงอยู่ต่อไปนั้น ได้มีส่วนช่วยใ้มนุษย์เกิดพลังที่จะสร้างสรรค์สิ่งอื่นต่อไป

- คุณค่าต่อชุมชน (Community) วัตถุทางวัฒนธรรมนั้นก่อให้เกิดความรู้สึกร่วมในชุมชน และแสดงให้เห็นธรรมชาติในสังคมของมนุษย์ ความเกี่ยวข้องระหว่างคนคนหนึ่งที่มีต่อคนหลายคน และสื่อสารผ่านเวลาและระยะทาง วัตถุทางวัฒนธรรมบ่งบอกถึงประวัติศาสตร์อันยาวนานของชุมชน แสดงถึงความภาคภูมิใจในเกียรติยศศักดิ์ศรีที่มีต่อบรรพชนในอดีต ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของรัฐมนตรีกระทรวงวัฒนธรรมของกรีก ที่ได้กล่าวไว้ในอดีต Elgin Marbles ว่า "นี่คือประวัติศาสตร์ของเรา และนี่คือวิญญาณของเรา" (This is our history, this is our soul)

2.3 ทรัพย์สินที่เป็นมรดกของชาติ (National Patrimony) ซึ่งได้วางแนวความคิดไว้ว่า ทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะ (Specific Cultural Value) ของชาตินั้น เป็นมรดกของชาติ แนวความคิดนี้ได้กลายเป็นองค์ประกอบสำคัญที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายว่าด้วยการควบคุมการส่งออก และการโยกย้ายซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ส่วนบรรทัดฐานที่จะถือว่าทรัพย์สินประเภทใดมีคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะนั้น จำเป็นจะต้องดูถึงคุณค่าทางวัฒนธรรมของงานศิลปะ หรือทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอื่น ๆ ความเกี่ยวเนื่องของความ เป็นชาติที่มีต่อวัตถุชิ้นนั้น ถ้าจะกล่าวไปแล้วก็เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดบรรทัดฐานที่จะวัดได้อย่างชัดเจน แต่คุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะนี้ คือที่มาของความภาคภูมิใจ หรือแรงบันดาลใจของประชาชนกลุ่มนั้น ๆ รวมทั้งเป็นสัญลักษณ์และความเชื่อของคนในชาติซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป

⁸William P. Buranich, The Art Collecting Countries and Their Export Restrictions on Cultural Property: Who Owns Modern Art?, California Western International Law Journal, Vol. 19, p. 160.

ในกรณีนี้ จะขอยกตัวอย่างคดีสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในเรื่องคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะของทรัพย์สิน

คดีมงกุฎของ St. Stephen (The Crown of St. Stephen)

ในปี ค.ศ. 1000 Stephen ดยุกของ Hungary ได้รับมอบมงกุฎจากพระสันตปาปา Sylvester ที่ 2 เพื่อรับการสถาปนาขึ้นเป็นกษัตริย์พระองค์แรกของฮังการี และเป็นเวลานานนับศตวรรษที่มงกุฎนี้ได้มีความสำคัญและมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ต่อชาวฮังการี โดยได้เป็นสัญลักษณ์ที่แสดงถึงความเป็นเอกราช และความมีอิสรภาพในการนับถือศาสนา และเมื่อกองทัพรัสเซียได้เข้ายึดประเทศฮังการี ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ด้วยความกลัวว่ามงกุฎนี้จะสูญหาย นายทหารชาวฮังการีซึ่งเป็นผู้รักษามงกุฎ ก็ได้มอบมงกุฎให้อยู่ในความดูแลของรัฐบาลอเมริกัน และ 32 ปีต่อมา ประธานาธิบดีจิมมี คาร์เตอร์ ก็ได้แสดงเจตนาที่จะส่งมงกุฎกลับคืนไปยังประชาชนชาวฮังการีจนถึงแม้จะมีเสียงคัดค้านจากวุฒิสมาชิกบางคนก็เห็นว่า จะเป็นการรับรองประเทศรัสเซียที่ควบคุมรัฐบาลฮังการีอยู่นั้น แต่ในที่สุดก็มีการมอบมงกุฎคืนมาให้ชาวฮังการี ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า การที่ประธานาธิบดี Carter แสดงเจตนาเช่นนี้ก็เพราะเห็นความสำคัญในคุณค่าของมงกุฎที่มีต่อจิตใจของชาวฮังการี และคุณค่าดังกล่าวนี้เห็นได้อย่างชัดเจนในความกระตือรือร้นของประชาชน เมื่อมงกุฎได้กลับคืนไปยังประเทศของตน ซึ่งถึงแม้ว่ากาลเวลาจะผ่านไปนาน แต่คุณค่าทางวัฒนธรรมของทรัพย์สินนี้ก็ยังคงอยู่ตลอดไป

คดี Afo-A-Kom (The Afo-A-Kom)

คดี Afo-A-Kom นี้ นับเป็นคดีตัวอย่างที่ดีที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในเรื่องคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะของทรัพย์สิน ซึ่งตัว Afo-A-Kom นั้น เป็นรูปแกะสลักไม้ที่อายุมากกว่า 100 ปี ซึ่งใช้ในพิธีสถาปนาและสืบสมบัติของชนเผ่า Kom ซึ่งเป็นชนเผ่าอัฟริกันตะวันตกในประเทศ Cameroon

รูปแกะสลักนี้ได้ถูกขโมยในปี ค.ศ. 1966 และประกาศขายเป็นเงินถึง 600,000 ดอลลาร์ใน New York Art Gallery ในปี ค.ศ. 1973 บทความเกี่ยวกับคุณค่าและความสำคัญของรูปสลักที่มีต่อชนเผ่า Kom ได้ถูกตีพิมพ์ในนิตยสารนิวยอร์คไทม์ ซึ่งทำให้รัฐบาลคาเมรูนทราบเรื่องและได้มีการเรียกร้องให้ส่งรูปสลักนี้กลับคืน คำกล่าวของเลขาธิการเอกสถานทูตคาเมรูนประจำกรุงวอชิงตัน ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งถึงแนวความคิดในเรื่องคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะ โดยกล่าวว่า เป็นเรื่องที่น่าอกเหนือเงินตราและนอกเหนือคุณค่า

มัน เป็นหัวใจของชนเผ่า Kom เป็นศูนย์รวมเผ่าและเป็นวิญญาณของชาติที่ได้หล่อหลอมพวกเรา เข้าด้วยกัน มันไม่ได้เป็นศิลปวัตถุที่มีไว้เพื่อขายและไม่สามารถจะขายได้ ปัญหาได้ถูกคลี่คลาย โดยใช้มาตรการทางการทูต เมื่อรัฐบาลอเมริกันได้ติดต่อไปยังรัฐบาลคาเมรูน และด้วยความ ช่วยเหลือจากกลุ่มเอกชนอเมริกัน รูปแกะสลักก็ได้ถูกซื้อจากนายหน้าค้าของเก่าที่นิวยอร์ก และส่งคืนไปยังชนเผ่า Kom ในที่สุด

จากคดีตัวอย่างทั้งสองนี้ ทำให้สามารถมองเห็นคุณค่าทางวัฒนธรรมของ ทรัพย์สินได้อย่างชัดเจนขึ้น โดยเน้นถึงสถานที่ที่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นได้ตั้งอยู่ในฐานะที่เป็น มรดกของชาติ คุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะนี้จึงควรจะเป็นบรรทัดฐานที่ได้ผลในการที่จะจำกัด การเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และความเป็นจริงที่ว่าคุณค่าทางวัฒนธรรมนี้ ควรจะได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่า สามารถเป็นบรรทัดฐานดังกล่าวได้ก็เด่นชัดยิ่งขึ้นจากการกระทำ ของรัฐบาลอเมริกันในคดีทั้งสองที่ได้ส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมคืนให้แก่ฮังการี และคาเมรูนอัน เป็น ประเทศที่ทรงไว้ซึ่งคุณค่านั้น อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดในเรื่องความสำคัญของทรัพย์สิน ทางวัฒนธรรม ก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติของรัฐในการคุ้มครองและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทาง วัฒนธรรมที่อยู่ในอาณาเขตของตน และเมื่อมีการนำทรัพย์สินทางวัฒนธรรมออกนอกอาณาเขต ของรัฐโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เข้าไปยังอาณาเขตของรัฐอื่น แนวทางปฏิบัติภายในรัฐก็ได้เริ่ม ไปเกี่ยวพันในระดับระหว่างประเทศ ผลที่ติดตามมากก็คือ รัฐทั้งหลายจึงได้ร่วมมือกันวางกฎเกณฑ์ ระหว่างประเทศในการคุ้มครองและป้องกันการนำเข้า ส่งออก และโยกย้ายทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันจะเป็นมาตรการที่รัฐจะเรียกร้องให้มีการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจาก อีกรัฐหนึ่งได้โดยอาศัยกฎเกณฑ์ดังกล่าว

จากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และแนวความคิดที่กล่าวมาข้างต้น ในเรื่องทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้ ทำให้สามารถกำหนดบรรทัดฐาน ในการพิจารณาว่า ทรัพย์สินใดจะถือว่าเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ ดังนี้

ก. ในกรณีที่รัฐเป็นภาคีอนุสัญญา UNESCO ปี 1970 ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม นั้นจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ของคำจำกัดความคำว่า "ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม" ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของอนุสัญญา⁹ ว่า

⁹Article 1 of UNESCO Convention 1970: For the purpose of this Convention, the term "cultural property" means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each state as being of importance for archacology, prehistory, history, literature, art or science and which belongs to the following categories:

- a) Rare collections and specimens of fanna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest,
- b) property relating to history, including the history of science science and technology and military and social history, to the life of national leaders thinkers, scientists and artists and to events of national importance;
- c) products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries;
- d) elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered;
- e) antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals;
- f) objects of ethnological interest;
- g) property of artistic interest, such as;
 1. pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material excluding industrial designs
 2. original works of statuary art and sculpture in any material,
 3. original engravings, prints and lithographs;
 4. original artistic assemblages and montages in any material;
- h) rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literacy, etc.) singly or in collections;
- i) postage, revenue and similar stamps, singly or in collection;
- j) archives, including sound, photographic and cinematographic archives;
- k) articles of furniture more than one hundred years old and old musical instrumeants.

- (1) ทรัพย์สินนั้นได้ถูกกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงโดยรัฐแต่ละรัฐ
 ในฐานะที่มีความสำคัญทางโบราณคดีช่วงก่อนประวัติศาสตร์ ประวัติศาสตร์ วรรณคดี ศิลปะหรือ
 วิทยาศาสตร์
- (2) เป็นทรัพย์สินที่ได้อยู่ในประเภทตามที่อนุสัญญาได้จัดไว้ และ
- (3) ทรัพย์สินนั้นเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศ
 ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4¹⁰ ของอนุสัญญาว่า

¹⁰ Article 4 of UNESCO Convention 1970

"The State Parties to this Convention recognize that for the purpose of the Convention property which belongs to the following categories forms part of the cultural heritage of each state:

(a) Cultural property created by the individual or collective genius of nationals of the State concerned, and cultural property of importance to the State concerned created within the territory of that State by foreign nationals or stateless person resident within such territory:

(b) cultural property found within the national territory;

(c) cultural property acquired by archaeological, ethnological or natural science missions, with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property;

(d) cultural property which has been the subject of a freely agreed exchange;

(e) cultural property received as a gift or purchased legally with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property.

"รัฐภาคือนุสัญญาตระหนักว่า ตามจุดประสงค์ของอนุสัญญาทรัพย์สิน
ดังรายการต่อไปนี้ ได้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของแต่ละรัฐ

- (a) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยเอกชนหรือ Collective genius of Nationals ของรัฐที่เกี่ยวข้องและทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีความสำคัญต่อประเทศที่เกี่ยวข้องที่ได้ถูกสร้างขึ้น ภายในอาณาเขตของรัฐนั้น อาจจะโดยคนต่างชาติหรือบุคคลไร้สัญชาติที่ได้พักพิงอยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้นก็ได้
- (b) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ก่อตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐ
- (c) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับมาโดยข้อตกลงทางโบราณคดี ชาติพันธุ์วิทยา หรือวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ โดยความเห็นชอบจากองค์กรผู้มีอำนาจของประเทศถิ่นกำเนิดของทรัพย์สิน เช่นว่านั้น
- (d) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งอยู่ในบังคับของข้อตกลงว่าด้วยการแลกเปลี่ยนโดยเสรี
- (e) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับในฐานะที่เป็นของขวัญหรือซื้อมา โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยความเห็นชอบขององค์กรผู้มีอำนาจของประเทศถิ่นกำเนิดของทรัพย์สิน เช่นว่านั้น

ข. ในกรณีที่มีได้เป็นภาคือนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 การที่จะพิจารณาว่าทรัพย์สินใด เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ควรจะต้องพิจารณาถึง

- (1) ความสำคัญของทรัพย์สินในฐานะที่เป็น
 - 1.1 ทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรม หรือเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม โดยทรัพย์สินนั้นสามารถบ่งบอกถึงที่มาและความเป็นมาของคนในชาตินั้นได้ในเชิงประวัติศาสตร์ โบราณคดี และชาติพันธุ์วิทยา
 - 1.2 มรดกของชาติ โดยถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะ (Specific Cultural Value) ตามแนวความคิดในเรื่องมรดกของชาติดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่การที่จะถือว่า ทรัพย์สินใดเป็นมรดกของชาตินั้น ควรจะต้องมีความเกี่ยวพันในลักษณะที่ว่าทรัพย์สินนั้น
 - ได้ถูกสร้างขึ้นโดยคนชาติของรัฐ หรือ
 - ได้ถูกสร้างขึ้นภายในอาณาเขตของรัฐ โดยไม่

คำนึงถึงเชื้อชาติของผู้สร้างผลงาน

เมื่อคนชาติของรัฐได้สร้างสรรค์งานศิลปะขึ้นมา ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันในฐานะที่เป็นมรดกของชาติอย่างเห็นได้ชัด เพราะได้สะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติหรือแนวความคิดที่มีต่อชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดในเรื่องวัฒนธรรมของชาติ และนำมาซึ่งความภาคภูมิใจ ส่วนงานศิลปะที่ได้ถูกสร้างขึ้นภายในอาณาเขตของรัฐนั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นคนเชื้อชาติอื่น แต่ถ้าเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงวัฒนธรรมของอาณาเขตที่งานศิลปะได้ถูกสร้างขึ้นแล้ว ก็ย่อมจะกล่าวได้ว่าสามารถเป็นรากฐานที่จะกำหนดคุณค่าทางวัฒนธรรมได้ ดังนั้นถ้าหากงานศิลปะและทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นใหม่ ไม่เข้าตามข้อสันนิษฐานนี้ข้อใดข้อหนึ่ง ก็ไม่น่าจะอ้างถึงคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะเพื่อที่จะเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ แนวความคิดนี้ได้มีรัฐหลายรัฐนำมากำหนดในกฎหมายภายในว่าด้วยการจำกัดการส่งออก ซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ในกรณีที่มีปัญหาในงานศิลปะและทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นใหม่ แต่อย่างไรก็ตามมีรัฐบางรัฐที่มีได้จำกัดการส่งออกงานศิลปะสมัยใหม่ไว้เลย เช่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น

สถานะของงานศิลปะและทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นใหม่

ปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไปก็คือ สำหรับงานศิลปะและทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นใหม่ บรรทัดฐานในเรื่องคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยเฉพาะจะนำมาอ้างในฐานะที่เป็นมรดกของชาติได้หรือไม่ งานศิลปะที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ผ่านมา เช่น ภาพวาดฝีมือแวนโก๊ะ (Van Gogh) หรือประติมากรรมของเฮนรี มัวร์ (Henry Moore) ถ้าเรามองในขอบข่ายของมรดกทางวัฒนธรรมของมนุษยชาติ ไม่ว่าจะงานศิลปะนั้นจะถูกสร้างโดยคนชาติใด ก็จะถูกเป็นสมบัติของโลก และสามารถโยกย้ายถ่ายเทเพื่อให้ประชาชนทั้งหมดได้ชื่นชมได้อย่างเสรี แต่ถ้านักกรณีดังกล่าว หากมีการอ้างในเรื่องคุณค่าทางวัฒนธรรมของงานศิลปะและทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นใหม่ โดยถือว่ามีค่าสำคัญทางประวัติศาสตร์และมีความหมายต่อชาติ คงจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องงานที่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยคนชาติของรัฐหรือภายในอาณาเขตของรัฐตามที่ได้กล่าวข้างต้น

3. หลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเอกลักษณ์ของชาติ (National Identity)

เมื่อรัฐเกิดสิทธิตามกฎหมายในการป้องกันและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจากแนวความคิดที่ว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นมรดกของชาติ ดังนั้น ในกรณีที่มีการโยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินทางวัฒนธรรมออกนอกอาณาเขตโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นสิทธิโดยชอบของรัฐนั้นที่จะเรียกร้องให้มีการส่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอันเป็นมรดกของชาติคืนมายังรัฐนั้น อันที่จริงแล้ว

หลักกฎหมายที่เป็นที่มาของแนวความคิดในเรื่องชาตินิยมทางวัฒนธรรม เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม และมรดกของชาติ ก็คือหลักกฎหมายในเรื่องเอกลักษณ์ของชาติ (National Identity) ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิหวงกันเป็นเจ้าของแก่รัฐผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

แนวความคิดนี้ มิใช่เป็นแนวความคิดใหม่¹¹ ตรงกันข้ามกลับ เป็นแนวความคิดที่เริ่มพัฒนามาก่อน แนวความคิดในเรื่องมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ซึ่งมาพัฒนาเมื่อ 30 กว่าปีมานี้ ความจริงแล้วหลักนี้เป็นหลักกฎหมายที่ลงรากฝังลึกในระบบกฎหมายต่าง ๆ ชัดเจน ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป เช่น หลักกฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ เป็นต้น และเป็นรากฐานของแนวความคิดในเรื่องการสงวนรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม การเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งปรากฏในสนธิสัญญาบางฉบับ ซึ่งกินความรวมถึงการคืนทรัพย์สิน (Repatriation) ที่ยึดมาระหว่างสงครามให้แก่เจ้าของ เช่น สนธิสัญญาแซงค์-แอร์แมง ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 1

สิทธิตามกฎหมายของรัฐเป็นเจ้าของในการป้องกันและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของรัฐที่เป็นเจ้าของ

จากหลักกฎหมายในเรื่องเอกลักษณ์ของชาติที่เป็นที่มาของแนวความคิด เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมและมรดกของชาติ ย่อมก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายในการป้องกันและพิทักษ์รักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยรัฐต่าง ๆ ได้ตรากฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่อยู่ในดินแดนของตนให้รอดพ้นจากภัยอันตรายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น หลักกฎหมายในเรื่องเอกลักษณ์ของชาติ เมื่อผนวกเข้ากับแนวความคิดในเรื่องชาตินิยมทางวัฒนธรรม เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมมรดกของชาติ และความสำคัญของทรัพย์สินที่สมควรจะพิทักษ์รักษา รัฐจึงตระหนักถึงอำนาจอันชอบธรรมของตนในการที่จะเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ถูกนำออกนอกประเทศโดยมิชอบด้วยกฎหมายกลับคืนสู่ดินแดน

¹¹ สุธรรม อยู่ในธรรม. กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการสงวนรักษาศิลปะโบราณวัตถุ. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ตุลาคม 2531 ปีที่ 12 ฉบับที่ 2. หน้า 22. โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญและเป็นตัวแทนของแนวความคิดและหลักกฎหมายดังกล่าวก็คือ อนุสัญญา UNESCO ปี 1970 ที่ได้วางหลักในเรื่องเอกลักษณ์ของชาติไว้อย่างชัดเจน รวมทั้งกำหนดกฎเกณฑ์การเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไว้ด้วย โดยอาศัยหลักความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ต่างจากอนุสัญญากรุงเฮก ปี 1954 ซึ่งเป็นตัวแทนของหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common heritage of mankind หรือ res communis)

หลักเอกลักษณ์ของชาติ และแนวความคิดในเรื่องเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมได้ปรากฏอยู่ในบทนำของอนุสัญญาเนสโก ปี ค.ศ. 1970 ซึ่งได้กล่าวถึงความสำคัญของรัฐในการที่จะคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและความสำคัญของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่มีต่อรัฐไว้ว่า

"โดยพิจารณาว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมได้ประกอบขึ้น เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบพื้นฐานของความเจริญรุ่งเรืองและวัฒนธรรมของชาติ และคุณค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จะได้รับการชื่นชมได้ก็ เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เป็นไปได้อย่างมากที่สุดในเรื่องจุดกำเนิด ประวัติศาสตร์ และสถานที่ตั้งตามประเพณีดั้งเดิม

โดยพิจารณาว่า เป็นหน้าที่ของทุกรัฐในการที่จะคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ที่มีอยู่ภายในดินแดนของตนต่อภัยอันตรายอันเกิดจากโจรกรรม การลักลอบขุดค้นและการส่งออก โดยมีขอบด้วยกฎหมาย"

นอกจากนี้ องค์กรอิสระ (Non-governmental Organization) หลายองค์การหลายองค์การก็ยอมรับหลักเอกลักษณ์ของชาติ (National Identity) ที่สำคัญมากก็คือ สมาคมพิพิธภัณฑ์ระหว่างประเทศ (International Council of Museum) หรือที่เรียกโดยย่อว่า ICOM ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่มีอิทธิพลต่อการดำเนินงานของพิพิธภัณฑ์ทั่วโลกได้เคยประกาศ "จรรยาบรรณว่าด้วยการได้มา" (Ethics of Acquisition) เป็นแนวปฏิบัติให้พิพิธภัณฑ์ทั่วโลกถือปฏิบัติตามคำแนะนำกรรมการบริหาร (Executive Committee) และได้พิมพ์บทวิจัยและคำแนะนำที่สำคัญมากคือ Study on the principles, conditions and means for the restitution or return of cultural property in view of sitting dispersed heritage บทวิจัยนี้ยึดหลักเอกลักษณ์ของชาติโดยให้ความสำคัญแก่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่กระจัดกระจายไปอยู่ที่อื่น ๆ กลับคืนมาสู่ประเทศถิ่นกำเนิด

4. ลิทธิทางวัฒนธรรมในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชน (Cultural Right as Human Right)

แนวความคิดในเรื่องสิทธิทางวัฒนธรรมในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชน ที่มีผลต่อการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ควรจะต้องแยกพิจารณาถึงขอบเขตของสิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน ที่ครอบคลุมไปถึง

1. สิทธิของรัฐ
2. สิทธิของกลุ่มชน
3. สิทธิของปัจเจกชน

ในปัจจุบัน แนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชน มิได้คุ้มครองในเรื่องสิทธิของแต่ละบุคคลแต่อย่างใด แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงสิทธิของรัฐ และสิทธิของกลุ่มชน ที่จะพึงมีพึงได้ในสิทธิต่าง ๆ ซึ่งสิทธิมนุษยชนได้คุ้มครองไปถึง อันหมายถึง สิทธิทางวัฒนธรรม เช่นเดียวกัน แนวความคิดนี้ มีภูมิลำเนาจากประเทศโลกที่สามที่ได้มีบทบาทเป็นอย่างมากในการเรียกร้องให้มีการนำทรัพย์สินทางวัฒนธรรมกลับคืนสู่ประเทศของตน และรวมไปกับบรรดาชนกลุ่มน้อยที่อาศัยอยู่ตามรัฐต่าง ๆ โดยถือว่าการยึดเอาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมไปจากประเทศที่เป็นแหล่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม จะนำมาซึ่งการสูญเสียสิทธิ ซึ่งนอกจากจะเป็นสิทธิในการหวงกัน ในฐานะที่เป็นมรดกชาติแล้ว ยังรวมถึงสิทธิที่รัฐจะรักษาสถานภาพทางวัฒนธรรมของตนเองไว้ ให้เป็นที่ชื่นชมและภาคภูมิใจของคนในชาติด้วย

การประนามการเคลื่อนย้ายศิลปวัตถุจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง อันเป็นผลมาจากการล่าอาณานิคม หรือการยึดครองดินแดนของต่างชาติโดยไม่มีการชดเชยค่าเสียหาย ได้ปรากฏในข้อมติ (Resolution) ที่ 3187 ขององค์การสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1974 ที่แสดงให้เห็นความเห็นพ้องต้องกันของสังคมนานาชาติ ในการคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสู่ถิ่นกำเนิดดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ส่วนสิทธิของกลุ่มชนนั้นอาจจะตีความรวมถึงชนกลุ่มน้อย เช่น เผ่าอะบอริจินส์ในประเทศออสเตรเลีย ชนพื้นเมืองเผ่าต่าง ๆ ในทวีปอาฟริกา และอาจจะรวมถึงกลุ่มสถาบันทั้งที่เป็นของเอกชนและของรัฐ เช่น กลุ่มของพิพิธภัณฑ์ เป็นต้น ซึ่งต่างก็จะได้ได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิของปัจเจกชน แต่อย่างไรก็ตาม รัฐควรจะต้องมีบทบาทในการทำให้สิทธิของกลุ่มชนในรัฐ และสิทธิของปัจเจกชนในทางวัฒนธรรมเด่นชัดมากยิ่งขึ้น ในกรณีที่มีเหตุการณ์ที่ทำให้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเกิดขึ้น

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ได้ยอมรับโดยมติที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ
ที่ 217 (3) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ได้รับรองสิทธิในวัฒนธรรมของมนุษย์ไว้ดังนี้¹²

มาตรา 22 ในฐานะสมาชิกของสังคม ด้วยความเพียรพยายามของชาติตลอดจน
ความร่วมมือระหว่างประเทศและโดยสอดคล้องกับการจัดระเบียบและทรัพยากรของแต่ละรัฐ
บุคคลมีสิทธิในความมั่นคงทางสังคมและชอบที่จะได้รับผลแห่งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
ซึ่งจำเป็นต่อศักดิ์ศรีและการพัฒนาบุคลิกภาพอย่างเสรีของตน

มาตรา 27 (1) บุคคลมีสิทธิที่จะเข้าร่วมการใช้ชีวิตทางด้านวัฒนธรรมใน
ประชาคมอย่างเสรี, ที่จะพึงใจในศิลปะและมีส่วนในความคืบหน้าและผลประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

(2) บุคคลมีสิทธิในการรับความคุ้มครองประโยชน์ทางด้านศิลปกรรม
และทางวัตถุอันเป็นผลได้จากการประดิษฐ์ทางวิทยาศาสตร์, วรรณกรรม และศิลปะซึ่งตนเป็น
เจ้าของ

ในมาตรา 27 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สิทธิทางวัฒนธรรมนั้น
ได้เกี่ยวข้องกับสิทธิในการมีส่วนร่วมในความก้าวหน้าและผลประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์ด้วย
ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะพิจารณาถึงวิทยาศาสตร์ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมใน
ความหมายของสิทธิทางวัฒนธรรมตามที่ได้บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากล

นอกจากการรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว ที่ประชุมสมัชชา
สหประชาชาติยังเสนอให้ร่างกติการะหว่างประเทศอีก 2 ฉบับ ที่ได้รับการรับรองจากสมัชชา
สหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1966 คือ

(1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)

¹² คำแปลโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ, เอกสารสิทธิมนุษยชน
ของสหประชาชาติ, อมรินทร์พริ้นติ้งกรุ๊ป, หน้า 23-27.

(2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมือง
(International Covenant on Civil and Political Rights)

คำปรารภในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ, สังคมและวัฒนธรรม
ได้กล่าวว่า¹³

.... โดยรับรองว่า ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, จุดมการณที่ว่า เสรีชน
มีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการ สามารถสัมฤทธิ์ผลได้ก็ต่อเมื่อมีการสร้างสภาวะ ซึ่ง
ทุกคนจะมีสิทธิทางเศรษฐกิจ, สังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งสิทธิทางแพ่งและทางการเมืองด้วย..."

และในมาตรา 15 กติการะหว่างประเทศฉบับนี้ ยังได้กำหนดให้รัฐภาคีกติกา
รับรองสิทธิทางวัฒนธรรม โดยบัญญัติว่า¹⁴

1. รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับรองสิทธิของทุกคน
 - ก. ที่จะให้ชีวิตทางด้านวัฒนธรรม
 - ข. ที่จะได้รับประโยชน์แห่งความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และการประยุกต์
 - ค. ที่จะได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองประโยชน์ทางด้านศิลปกรรมและ
ทางวัตถุอันเป็นผลจากการผลิตทางวิทยาศาสตร์, วรรณกรรมและศิลปะซึ่งตนเป็น เป็นเจ้าของ
2. ขั้นตอนซึ่งรัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้จะดำเนิน เพื่อทำให้สิทธินี้บรรลุผล เป็น
ความจริงอย่างเต็มที่ให้รวมถึงสิ่งต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อการอนุรักษ์, การพัฒนาและเผยแพร่ความรู้
ทางวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมด้วย ...
3. รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับรองประโยชน์ที่ได้จากการสนับสนุนและการพัฒนาการ
ติดต่อระหว่างประเทศและความร่วมมือทางด้านวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรม

แต่อย่างไรก็ดี ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ก็มีมติเพียงว่า¹⁵ ปฏิญญาสากล
ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ เป็นความพยายามที่จะกำหนดมาตรฐานสิทธิมนุษยชนและมาตรการ

¹³ คำแปลโดย คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ, เอกสารสิทธิ
มนุษยชนของสหประชาชาติ, อมรินทร์พริ้นติ้งกรุ๊ป, หน้า 31.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 146-147.

คุ้มครองสิทธิมนุษยชนเท่านั้น หากได้มีสภาพบังคับอย่างจริงจังแน่นอนในทางกฎหมายระหว่างประเทศไม่ ความเข้าใจทั่วไปจึงมีอยู่ว่า ปฏิญญามีใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ และไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายใด ๆ กล่าวโดยสรุปก็คือ ปฏิญญาก่อให้เกิดพันธะทางศีลธรรมและมโนธรรมว่า ควรจะปฏิบัติตามเพื่อยกระดับสิทธิมากกว่าที่จะผูกมัดรัฐที่ให้ความเห็นชอบหรือที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติ

จากผลของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ยูเนสโกในฐานะที่เป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการพัฒนาสิทธิทางวัฒนธรรม ได้ดำเนินการเพื่อประสานนโยบายดังกล่าว โดยในวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1966 ที่ประชุมใหญ่ยูเนสโกได้ยอมรับและประกาศปฏิญญาว่าด้วยหลักการในความร่วมมือทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าจะมีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ซึ่งมีส่วนเกื้อหนุนให้เกิดการพัฒนาและการเผยแพร่ความรู้และความคิดต่าง ๆ แต่การละเลยวิถีทางในการดำเนินชีวิตและขนบธรรมเนียมประเพณีของประชาชนก็ยังคงปรากฏอยู่ อันเป็นการขัดขวางต่อมิตรภาพระหว่างชาติ ความร่วมมือเพื่อสันติภาพและความเจริญก้าวหน้าของมวลมนุษยชาติ

ปฏิญญาว่าด้วยหลักการในความร่วมมือทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ได้วางหลักการเพื่อเป็นแนวทางให้รัฐบาล องค์กรผู้มีส่วนอำนาจ องค์กรต่าง ๆ สมาคมและสถาบันที่รับผิดชอบทางด้านวัฒนธรรมดังต่อไปนี้

- วัฒนธรรมแต่ละวัฒนธรรมมีเกียรติยศและคุณค่าอันจำเป็นที่จะต้องได้รับการเคารพและอนุรักษ์ไว้
- มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและหน้าที่ในการพัฒนาวัฒนธรรมของตน
- ในความแตกต่างและความหลากหลาย และในอิทธิพลที่วัฒนธรรมหนึ่งมีต่ออีกวัฒนธรรมหนึ่ง วัฒนธรรมทั้งหมด เป็นส่วนหนึ่งของมรดกร่วมกันของมวลมนุษยชาติ
- ทุกชาติจะพยายามพัฒนาวัฒนธรรมสาขาต่าง ๆ ให้เจริญก้าวหน้ามากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ไปอย่างพร้อม ๆ กัน เพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคอย่างสอดคล้องกันระหว่างความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและความเจริญก้าวหน้าในด้านวิชาการและศีลธรรมของมนุษยชาติ
- ความร่วมมือทางวัฒนธรรมในระดับระหว่างประเทศ จะครอบคลุมไปถึงกิจกรรมอันเกี่ยวกับวิชาการและการสร้างสรรค์การศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม

นอกจากนี้ในปฏิญญาดังกล่าวด้วยหลักการในความร่วมมือทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศ ยังได้กล่าวถึงจุดมุ่งหมายในการทำความร่วมมือทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในระดับทวิภาคี พหุภาคี ระดับภูมิภาคหรือสากลนั้น จะต้อง

1. เผยแพร่ความรู้ แรงเร้าให้เกิดความสามารถและทำให้วัฒนธรรม เจริญรุ่งเรือง
2. พัฒนาความสัมพันธ์และมิตรภาพระหว่างประชาชนและ เสริมสร้างความ เข้าใจอันดีในวิถีชีวิตของกันและกัน
3. สนับสนุนและ เผยแพร่ให้มีการยอมรับหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และปฏิญญาอื่น ๆ ของสหประชาชาติที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้
4. สนับสนุนและส่งเสริมให้ประชาชนทุกคนมีความรู้และความ เข้าใจที่จะชื่นชมกับงานศิลปะและวรรณกรรมที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยประชาชนทุกคน และมีส่วนร่วมในความ เจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และผลประโยชน์ที่ได้เกิดขึ้นไม่ว่าจะในภูมิภาคใดของโลก รวมทั้งส่งเสริมให้มีความ เจริญรุ่งเรืองในชีวิตทางวัฒนธรรมของประชาชน
5. ยกย่องคุณค่าชีวิตในทางวัตถุและทางจิตใจของมนุษย์ทุกคนในโลก
 - ความร่วมมือทางวัฒนธรรม เป็นสิทธิและหน้าที่ของประชาชนทุกคนและทุกชาติ ซึ่งควรจะมีส่วนร่วมในความรู้และทักษะซึ่งกันและกัน
 - ความร่วมมือระหว่างประเทศในขณะที่มีการส่งเสริมให้เกิดความ เจริญรุ่งเรืองแก่วัฒนธรรมทั้งหลายนั้น จะต้องเคารพในความแตกต่างระหว่างวัฒนธรรมแต่ละวัฒนธรรมด้วย

นับได้ว่า ยูเนสโกได้มีหน้าที่โดยตรงในการดำเนินงานทางด้านวัฒนธรรมในระดับระหว่างประเทศ และได้สานต่อเจตนารมณ์ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในเรื่องวัฒนธรรม โดยได้นำแนวความคิดในเรื่องสิทธิทางวัฒนธรรมมาเป็นแนวทางสำคัญในการกำหนดนโยบายในการชดใช้ความเสียหายและการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในข้อเสนอแนะ ข้อมติ และการประชุมระหว่างรัฐบาล อันจะทำให้แนวความคิดนี้แพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ และได้รับการยอมรับนับถือกันโดยทั่วไป

ในส่วนของประเทศไทย ได้เล็งเห็นความสำคัญทางด้านวัฒนธรรมที่มีต่อประชาชน โดยได้กำหนดนโยบายวัฒนธรรมแห่งชาติ เพื่อเป็นหลักให้หน่วยงานของรัฐและ เอกชนรวมทั้ง

ประชาชนสามารถดำเนินการรักษาและส่งเสริมวัฒนธรรมอย่างมีเป้าหมายตรงกัน ประสานสอดคล้องต้องกัน ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่องนโยบายวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2524 ได้คำนึงถึงความสำคัญของวัฒนธรรมที่ประชาชนทุกคนในชาติพึงได้รับ ดังนี้

"2. เผยแพร่วัฒนธรรมทุกด้านนำไปสู่ประชาชนถึงขั้นปฏิบัติให้แพร่หลายยิ่งขึ้น เพื่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจ ตระหนักถึงความสำคัญของวัฒนธรรมที่มีต่อเอกลักษณ์ ศักดิ์ศรี ความสามัคคีและความมั่นคงของชาติ ตลอดจนเกิดความเข้าใจซึ่งกันและกัน ทั้งภายในประเทศ และระหว่างประเทศ

3. ส่งเสริมวัฒนธรรมพื้นบ้านและวัฒนธรรมของกลุ่มชนในท้องถิ่น เพื่อให้ประชาชนมีความเข้าใจ เห็นคุณค่าและยอมรับวัฒนธรรมของท้องถิ่นซึ่งกันและกัน ก่อให้เกิดการผสมผสานทางวัฒนธรรมอันจะนำไปสู่การอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขในชาติ และมีความรักทวงแทน วัฒนธรรมไทยยิ่งขึ้น"

ในเรื่องแนวทางในการรักษา ส่งเสริมและพัฒนาวัฒนธรรม พุทธศักราช 2529 ตามนโยบายวัฒนธรรมแห่งชาติ หลักในเรื่องสิทธิทางวัฒนธรรมก็ได้ปรากฏอยู่ในหมวด 5 ว่า ด้วยวิธีการในการรักษา ส่งเสริม และพัฒนาวัฒนธรรม ดังนี้

"5.6 การเสริมสร้างความเป็นประชาธิปไตยทางวัฒนธรรม คือ การจัดกิจกรรมหรือดำเนินการให้ประชาชนส่วนใหญ่หรือทั้งหมดได้มีโอกาสมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น การตัดสินใจ การจัดกิจกรรม และการดำเนินการทางวัฒนธรรม ตลอดทั้งมีส่วนร่วมในการประพฤติปฏิบัติที่เหมาะสมในการเลือกสรรวัฒนธรรมและการส่งเสริมกิจกรรมด้านวัฒนธรรม"

นับได้ว่า นโยบายทางวัฒนธรรมของประเทศไทย ก็ได้มีแนวความคิดในเรื่องสิทธิทางวัฒนธรรม เข้ามามีบทบาทในการวางรูปแบบของการดำเนินชีวิตของประชาชน และการมีส่วนร่วมในวัฒนธรรม ซึ่งจะมีส่วนกระตุ้นให้ประชาชนในประเทศตระหนักถึงสิทธิของตนเองพึงมีพึงได้ในวัฒนธรรมของประเทศตน

5. หลักกฎหมายภายในของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม

จากการวิเคราะห์บทบัญญัติตามกฎหมายภายในของประเทศไทย ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เนื่องจากประเทศไทยมิได้เป็นภาคีอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติตามกฎหมายภายในในส่วนที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

5.1 สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1336 ความว่า

"ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือเอาไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีชอบด้วยกฎหมาย"

ดังนั้นในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินได้สูญเสียทรัพย์สินไปจากการครอบครอง เจ้าของทรัพย์สินจึงมีสิทธิติดตามและเอาคืนทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิยึดถือเอาไว้ เช่น มีผู้มายักยอกหรือขโมยทรัพย์สินนั้น หรือมีการเบียดบังทรัพย์สินนั้น โดยมีชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

5.2 การเรียกคืนสิทธิครอบครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1375 บัญญัติว่า

"ถ้าผู้ครอบครองถูกแย่งการครอบครอง โดยมีชอบด้วยกฎหมายไซ้ ท่านว่าผู้ครอบครองมีสิทธิจะได้คืนซึ่งการครอบครอง เว้นแต่ อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สินดีกว่า ซึ่งจะ เป็นเหตุให้เรียกคืนจากผู้ครอบครองได้

การฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครองนั้น ท่านว่าต้องฟ้องภายในปีหนึ่งนับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครอง"

5.3 การได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1367 บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนายึดถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคลนั้นได้สิทธิครอบครอง

มาตรา 1368 บุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือไว้ให้

มาตรา 1369 บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินไว้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลนั้นยึดถือเพื่อตน

มาตรา 1370 ผู้ครอบครองนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ครอบครองโดยสุจริต โดยความสงบและเปิดเผย

5.4 หลักการคุ้มครองผู้ได้ทรัพย์สินมาโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้วางหลักการคุ้มครองผู้ซื้อโดยสุจริตไว้ ตามมาตรา 1332 ดังนี้

"บุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาด หรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น ไม่จำเป็นต้องคืนให้แก่เจ้าของที่แท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะชดใช้ราคาที่ซื้อมา"

จะเห็นได้ว่า การซื้อทรัพย์สินที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่า เป็นการได้มา โดยสุจริตนั้น จะต้องเข้าใจว่าเป็นการซื้อมาจากการขายทอดตลาด หรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้นเท่านั้น สำหรับการซื้อขายโบราณวัตถุในประเทศ ถึงแม้ว่าจะมีการซื้อขายกันในตลาดค้าศิลปะ แต่ถ้าผู้ซื้อต้องการจะนำออกนอกประเทศ จะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี กรมศิลปากร ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504 เสียก่อน ดังนั้น หากผู้ใดนำโบราณวัตถุออกนอกประเทศโดยมิได้มีใบรับรองการส่งออกที่ได้รับอนุญาตแล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะต้องได้รับโทษทางอาญาตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ

นอกจากนี้ ในมาตรา 1329 ยังได้กล่าวถึงสิทธิของผู้สุจริตอีกว่า

"สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้ จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างแล้ว"

ดังนั้น สิทธิของผู้ซื้อที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน จึงถูกรับรองโดยกฎหมาย ถึงแม้ว่านิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆียะและถูกบอกล้างในภายหลังก็ตาม

5.5 การส่งมอบทรัพย์สินที่ตกเป็นของแผ่นดิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1328 ได้บัญญัติว่า

"สังหาริมทรัพย์มีค่าซึ่งซ่อนหรือฝังไว้ นั้น ถ้ามีผู้เก็บได้โดยพฤติการณ์ซึ่งไม่มีผู้ใดสามารถอ้างว่าเป็นเจ้าของได้ไซ้ ท่านว่ากรรมสิทธิ์นั้นตกเป็นของแผ่นดิน ผู้เก็บได้ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ตำรวจนครบาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่อื่น แล้วมีสิทธิจะได้รับรางวัลหนึ่งในสามแห่งค่าทรัพย์สินนั้น"

สังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1328 นี้ จะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ที่มีค่า คือ ไม่เพียงแต่ราคาสูงอย่างเดียวเท่านั้น แต่จะต้องมีคุณค่าในตัวทรัพย์สินนั้นด้วย แต่จะมีเพียงโดยยอม

แล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป¹⁶ ซึ่งในกรณีนี้มีข้อสังเกตคือ เมื่อเทียบเคียงกับบทบัญญัติ
โบราณสถาน มาตรา 24 วรรคแรกว่า

"โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งอยู่ ณ ที่ใด ๆ โดย
พฤติการณ์ซึ่งไม่มีผู้ใดสามารถอ้างว่าเป็นเจ้าของ ไม่ว่าที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งไว้จะอยู่ในกรรมสิทธิ์
หรือความครอบครองของบุคคลใดหรือไม่ ให้ตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ผู้เก็บได้ต้องส่งมอบแก่
พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
แล้วมีสิทธิที่จะได้รับรางวัลไม่เกินหนึ่งในสามแห่งค่าของทรัพย์สินนั้น"

จะเห็นได้ว่า โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุบางอย่างอาจเป็นของไม่มีราคาก็ได้
ความหมายจึงต่างกับมาตรา 1328 ซึ่งแม้จะได้ซ่อนหรือฝังไว้ใหม่ ๆ ไม่ใช่ของโบราณก็เป็น
ของมีค่าได้¹⁷ ดังนั้น หากโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่ค้นพบนั้น ไม่มีค่าก็ไม่เข้าตามบทบัญญัติของ
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1328 ได้ ผลที่ตามมาก็คือ ตามมาตรา 355 ความผิด
ฐานยกยอกทรัพย์ได้บัญญัติไว้ว่า

"ผู้ใดเก็บได้ซึ่งสิ่งสารพัดทรัพย์อันมีค่าอันซ่อนหรือฝังไว้โดยพฤติกรรม
ซึ่งไม่มีผู้ใดอ้างว่าเป็นเจ้าของได้ แล้วเบียดบังเอาทรัพย์นั้นเป็นของตนหรือของผู้อื่น
ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

และในความผิดฐานรับของโจร ตามมาตรา 575 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า
"ผู้ใดช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื้อ รับจําหน่าย หรือรับไว้โดยประการใด
ซึ่งทรัพย์อันได้มาโดยการกระทำความผิด ถ้าความผิดนั้นเข้าลักษณะ ลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์
กรรโชก ริดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฉ้อโกง ยกยอก หรือเจ้าพนักงานยกยอกทรัพย์
ผู้นั้นกระทำความผิดฐานรับของโจร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท
หรือทั้งจำทั้งปรับ"

¹⁶ ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์,"
พระนคร: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2526 หน้า 131.

¹⁷ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, "คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
กฎหมายลักษณะทรัพย์," พระนคร, โรงพิมพ์อักษรสาส์น 2521, หน้า 229.

ดังนั้น โบราณวัตถุซึ่งยกยกไว้เป็นความผิดตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504 นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดฐานยกยกทรัพย์ตามมาตรา 355 เสมอไป เพราะกรณีจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 355 ได้นั้น ต้องเป็น "สังหาริมทรัพย์อันมีค่า" เท่านั้น¹⁸ จึงสรุปได้ว่า

ก) โบราณวัตถุ ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504 และเอาไว้เสีย เป็นความผิดตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัตินั้นทั้งสิ้น ไม่ว่าโบราณวัตถุนั้นจะมีราคาในทางซื้อขายสูงต่ำเพียงใดก็ตาม กฎหมายแห่งเล็งถึงคุณค่าทางวิชาการของโบราณวัตถุนั้นเป็นสำคัญ

ข) ความผิดตามมาตรา 355 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นเรื่องการยกยกสังหาริมทรัพย์มีค่า โดยไม่จำกัดค่าหนึ่งว่า สังหาริมทรัพย์นั้นจะมีค่าทางวิชาการมากน้อยเพียงใด จะเป็นโบราณวัตถุหรือไม่ก็ได้ แต่กฎหมายแห่งเล็งถึงราคาของสังหาริมทรัพย์ที่พบนั้น เป็นสำคัญ

ค) ผลสรุปจากข้อ ข. มีความต่อเนื่องสำคัญต่อไปอีกว่า โบราณวัตถุซึ่งมิได้อยู่ในข่ายความคุ้มครองแห่งประมวลกฎหมายอาญา ตามมาตรา 355 หากมีผู้รับไว้ อีกต่อหนึ่งหรือหลายต่อก็ตาม ผู้รับไว้ นั้นไม่มีความผิดฐานรับของโจร เพราะเหตุที่ว่า ของที่รับไว้ นั้น มิใช่เป็นของที่ยกยกมาจากแผ่นดิน ซึ่งตรงจุดนี้ เป็นความไม่รัดกุมอย่างสำคัญของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ทำให้นักค้าของเก่ามีช่องทางซื้อขายโบราณวัตถุที่เขี่ยคั้งไว้กันได้ โดยไม่มีบทกฎหมายที่จะลงโทษหรือควบคุม เพราะประมวลกฎหมายของเราแห่งเล็งไปในทางราคาทรัพย์สิน เป็นสำคัญกว่าคุณค่าทางวิชาการของโบราณวัตถุ

5.6 การคุ้มครองโบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ

พ.ศ. 2504

พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504 ได้กำหนดการอนุรักษ์ ควบคุมดูแลรักษาโบราณวัตถุ ศิลปวัตถุไว้หลายประการดังนี้

¹⁸ ธงทอง จันทรางศุ. แง่คิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการพบโบราณวัตถุ. วารสารศิลปากร

ก. ขึ้นทะเบียนโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่มีได้อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากร แต่มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดีเป็นพิเศษ¹⁹ อันมีผลทำให้ต้องห้ามมิให้ซ่อมแซม แก้ไข เปลี่ยนแปลง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากร²⁰ และผู้ครอบครองมีหน้าที่ต้องแจ้งการชำรุด หักพัง เสียหาย หรือสูญหาย และการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุนั้นให้อธิบดีกรมศิลปากรทราบ²¹

ข. ห้ามมิให้โอนโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน เว้นแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย²²

ค. ควบคุมการทำการค้าหรือแสดงโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุให้บุคคลชม²³ เช่น ร้านจำหน่ายของโบราณ หรือพิพิธภัณฑ์เอกชน

ง. ควบคุมการส่งหรือนำโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุออกนอกราชอาณาจักร²⁴

จ. คุ้มครองโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่เก็บได้จากการขุดค้น สืบหรือทอดทิ้งไว้²⁵

ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504 ได้แบ่งโบราณวัตถุและศิลปวัตถุออกเป็น 2 ประเภท

1. โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน
2. โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่เป็นของเอกชน

¹⁹ มาตรา 14 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504

²⁰ มาตรา 15 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504

²¹ มาตรา 16 และมาตรา 17 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504

²² มาตรา 18 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504

²³ มาตรา 19 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504

²⁴ มาตรา 22 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504

²⁵ มาตรา 24 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504

จากการวิเคราะห์คำจำกัดความของโบราณวัตถุและศิลปวัตถุ เมื่อเทียบกับ คำจำกัดความของคำว่า "ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม" (Cultural Property) ตามมาตรา 1 ของอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 คำว่า "โบราณวัตถุ" ตามความหมายของพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ 2504 หมายถึงโบราณวัตถุที่มีลักษณะดังนี้

1. ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ คือเป็นสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 101 ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็น

ก. สิ่งประติษฐ์ คือเป็นวัตถุที่มนุษย์ทำขึ้น หรือสร้างขึ้นมา²⁶ เช่น พระพุทธรูป เป็นต้น ในเรื่องนี้ อนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 ไม่ได้กล่าวไว้ แต่รัฐก็สามารถจะกำหนดได้ว่า ทรัพย์สินใดมีความสำคัญในทางโบราณคดี ถึงแม้ว่าจะเป็นสิ่งประติษฐ์ก็ตาม

ข. สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ คือเป็นวัตถุที่มีได้เกิดจากการกระทำหรือการสร้างมนุษย์ แต่เกิดขึ้นเอง ซึ่งในข้อนี้อาจจะเทียบได้กับอนุสัญญายูเนสโก ปี 1970 มาตรา 1 (a) ในเรื่องของสะสมที่หายากและตัวอย่างของพืชพันธุ์ ดอกไม้ แร่ธาตุ และกายวิภาค รวมทั้งวัตถุที่มีค่าทางวิชาว่าด้วยพืชและสัตว์ดึกดำบรรพ์

ค. ส่วนหนึ่งส่วนใดของโบราณสถาน ซากมนุษย์หรือซากสัตว์ ในข้อนี้สามารถเทียบเคียงกับมาตรา 1 (c) (d) คือ ผลผลิตที่ได้จากการขุดค้นทางโบราณคดี หรือผลผลิตที่ได้จากการค้นพบทางโบราณคดี และส่วนประกอบของอนุสรณ์สถานทางศิลปะ หรือทางโบราณคดีหรือแหล่งขุดค้นทางโบราณคดี

2. ต้องเป็นของโบราณ ในกรณีนี้ได้มีความเห็นของนักโบราณคดีที่แตกต่างกันไปว่า แค่นั้นถึงจะเป็นของโบราณ เช่น ศาสตราจารย์หลวงบริบาลบุรีภัณฑ์ ได้กล่าวว่าของเก่าที่มีอายุตั้งแต่ 100 ปีขึ้นไป เป็นของโบราณ ถ้ายังไม่ถึงร้อยปีแต่เป็นของดีสวยงามก็จัดเป็นศิลปวัตถุ²⁷ ซึ่งในคำนิยามของกฎหมายแล้ว ยังไม่มีข้อความใดกำหนดไว้ จึงเป็นเรื่องที่อยู่ ในดุลพินิจของการตีความเป็นกรณีไป ในข้อนี้ ในอนุสัญญาได้ระบุไว้ใน มาตรา 1 (2) เป็นโบราณวัตถุที่มีอายุ 100 ปีขึ้นไป ยกตัวอย่างเช่น จารึก เหรียญและตราที่แกะสลัก

²⁶ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. หน้า 497.

²⁷ ศาสตราจารย์หลวงบริบาลบุรีภัณฑ์ "โบราณคดี". กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์บรรณาคาร, 2506. หน้า 4.

3. เป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ทางประวัติศาสตร์หรือทางโบราณคดี โดยพิจารณาจากหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของทรัพย์สินนั้น ซึ่งตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาเนสโก ปี 1970 ก็ได้บัญญัติไว้ในเรื่องความสำคัญของทรัพย์สินในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์และโบราณคดี เช่นเดียวกัน

ส่วนคำว่า "ศิลปวัตถุ" ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ปี 2504 ให้หมายความว่า เป็นสิ่งที่ทำด้วยฝีมือและเป็นที่นิยมกันว่ามีคุณค่าทางศิลปะ ซึ่งสามารถเทียบเคียงได้กับมาตรา 1 (g) ที่กล่าวถึงทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางศิลปะ

กล่าวโดยสรุปแล้ว โบราณวัตถุและศิลปวัตถุ ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ปี 2504 อาจเทียบเคียงได้กับมาตรา 1 ของอนุสัญญาเนสโก 1970 ซึ่งยอมถือว่าเป็น "ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม" ตามอนุสัญญา แต่พระราชบัญญัติโบราณสถาน พ.ศ. 2504 มิได้กำหนดแนวความคิดในเรื่องมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ ในส่วนที่บ่งบอกถึงความเกี่ยวพันของทรัพย์สินกับคนในชาติ เช่นเดียวกับที่อนุสัญญาเนสโกกล่าวไว้ใน มาตรา 4

แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองโบราณวัตถุและศิลปวัตถุ ตามที่พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504 บัญญัติไว้ ได้วางนโยบายที่ไม่ปกป้องจนเกินไป และไม่เป็นรูปแบบเสรีนิยมมากเกินไป เรียกได้ว่า กึ่งปกป้องนิยม (Protectionism) กึ่งเสรีนิยม (Liberalism) คือ ไม่ได้จำกัดการส่งออกโดยเด็ดขาด รัฐยังอนุญาตให้มีการส่งศิลปวัตถุและโบราณวัตถุออกนอกราชอาณาจักรได้ ถ้าได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี โดยค่าขอรองและใบอนุญาตให้เป็นไปตามแบบที่อธิบดีกำหนด²⁸ นอกจากนี้ ระบบการจดทะเบียนก็เป็นการคุ้มครองโบราณวัตถุและศิลปวัตถุให้อยู่ในความดูแลของกรมศิลปากร แต่มิได้หมายความว่า ผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงจะหายไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น

บทบัญญัติที่สำคัญที่ได้มีรากฐานอยู่ในแนวความคิดในเรื่องมรดกของชาติ ก็คือ บทบัญญัติตามมาตรา 24 ซึ่งให้โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งอยู่ ณ ที่ใด ๆ โดยพฤติการณ์ซึ่งไม่มีผู้ใดสามารถอ้างว่าเป็นเจ้าของ ให้ตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ซึ่งคำว่า

²⁸ มาตรา 22 พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504.

"ตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน" ก็คือรัฐเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในบรรดาทรัพย์สินเหล่านั้น ในฐานะที่เป็นของแผ่นดินหรือของชาติ ซึ่งผู้เก็บได้จะต้องส่งมอบให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น หากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 24 ก็จะถูกลงโทษตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ เว้นแต่เพียงหากมีการนำทรัพย์สินดังกล่าวนี้ออกนอกราชอาณาจักร รัฐในฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ก็มีสิทธิติดตามเอาคืนได้

จึงอาจกล่าวได้ว่า โบราณวัตถุและศิลปวัตถุของประเทศไทยสามารถแบ่งออกเป็น

- ก. โบราณวัตถุและศิลปวัตถุที่ขึ้นทะเบียน โดย
 - มิได้อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากร
 - มีคุณค่าในทางศิลป ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีเป็นพิเศษ
- ข. โบราณวัตถุและศิลปวัตถุที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียน ซึ่งอาจจะอยู่ในความดูแลของเอกชนหรือกรมศิลปากรก็ได้
- ค. โบราณวัตถุและศิลปวัตถุซึ่งเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ตามมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ พ.ศ. 2504 ซึ่งอาจจะขึ้นทะเบียนหรือไม่ก็ตาม

โบราณวัตถุและศิลปวัตถุทั้ง 3 ประเภทนั้น ห้ามมิให้มีการนำออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่จะได้รับความอนุญาตจากอธิบดีเสียก่อน ดังนั้น หากมีการนำออกอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย รัฐจึงมีสิทธิดำเนินคดีกับผู้ส่งออก และผู้ที่ซื้อทรัพย์สินไปโดยรู้ถึงการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนนั้น ย่อมถือว่าเป็นผู้ซื้อโดยไม่สุจริต อันอาจจะเรียกร้องให้มีการคืนทรัพย์สินนั้นได้