

แนวคิดและวิวัฒนาการการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรม ในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

1.1 คำจำกัดความ “ทรัพย์สินวัฒนธรรม”

1.1.1. “ทรัพย์สินวัฒนธรรม” ตามความหมายของอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

ก่อนหน้าที่จะมีการจัดทำอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ได้มีความตกลงระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ในการจำกัดความเสียหายจากกรณีขัดกันด้วยอาวุธโดยให้ความคุ้มครองอย่างเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรมแต่ก็ไม่ได้มีการให้คำจำกัดความคำว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมอย่างเฉพาะเจาะจงหรือกำหนดกรอบความหมายของทรัพย์สินวัฒนธรรมเอาไว้ ดังนั้นเมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธในปี 1954 จึงได้มีการจำกัดความคำว่า “ทรัพย์สินวัฒนธรรม” โดยเมื่อพิจารณาการจำกัดความ “ทรัพย์สินวัฒนธรรมตามอนุสัญญาแล้วสามารถแบ่งการจำแนกออกเป็น

การจำกัดความทรัพย์สินวัฒนธรรมอย่างกว้าง

ก) สंहาริมทรัพย์สินวัฒนธรรม

สंहาริมทรัพย์สินวัฒนธรรม (Movable Cultural Property) คือ ทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งสามารถเคลื่อนย้ายได้โดยมีองค์ประกอบคือ

1. มีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ

“ความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ” เป็นองค์ประกอบซึ่งอนุสัญญาได้เปิดโอกาสให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของแต่ละรัฐ เนื่องจากวัฒนธรรมของแต่ละรัฐไม่สามารรถได้รับการตัดสินจากรัฐอื่นว่ามีความสำคัญต่อวัฒนธรรมหรือไม่เพราะวัฒนธรรมแต่ละวัฒนธรรมย่อมมีเอกลักษณ์ซึ่งมีความแตกต่างกัน ดังนั้นความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมจึงต้องอาศัยการจำกัดความขององค์กรภายในและเป็นหน้าที่ขององค์กรภายในของแต่ละรัฐซึ่งจะกำหนดความสำคัญของทรัพย์สินใดๆ ซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยการบ่งชี้ด้วยเครื่องหมายลักษณะเฉพาะซึ่งกำหนดไว้ในอนุสัญญา

อนุสัญญาได้กำหนดตัวอย่างไว้ว่าความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ ได้แก่ อนุสาวรีย์ทางสถาปัตยกรรม อนุสาวรีย์ทางศิลปกรรม อนุสาวรีย์ทางประวัติศาสตร์ เป็นต้น

2. เป็นทรัพย์สินทางศาสนาหรืออาณาจักร

องค์ประกอบนี้เป็นการกำหนดว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมอาจเป็นทรัพย์สินซึ่งเป็นการสร้างเพื่ออุทิศทางศาสนา ได้แก่ วัตถุเคารพทางศาสนา เช่น พระพุทธรูป รูปเคารพ หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งไม่ได้เป็นการสร้างเพื่อศาสนา ได้แก่ ชูร์บแชก หรือเครื่องกระเบื้องซึ่งมีคุณค่า เป็นต้น

ข) อสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม

อสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม (Unmovable Cultural Property) คือทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ โดยมีองค์ประกอบคล้ายคลึงกับสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม ดังนี้

1. มีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ต้องอาศัยมาตรการภายในของแต่ละรัฐในการกำหนดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

2. เป็นทรัพย์สินทางศาสนาหรืออาณาจักร กล่าวคือสถานที่ดังกล่าวอาจเป็นสถานที่ทางศาสนา ได้แก่ โบสถ์ วิหาร ไม่ว่าจะศาสนาใดหรือเป็นทรัพย์สินทางอาณาจักร ได้แก่ ตำแหน่งคุณาศาสตร์ส่วนบุคคล เป็นต้น

การจำกัดความทรัพย์สินวัฒนธรรมอย่างเฉพาะเจาะจง

การจำกัดความประเภทนี้เป็นการระบุชนิดของทรัพย์สินวัฒนธรรมเอาไว้อย่างชัดเจนว่าทรัพย์สินใดบ้างที่จะเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยเป็นการกำหนดแยกต่างหากจากการจำกัดความอย่างกว้าง การจำกัดความอย่างเฉพาะเจาะจงนี้ ได้แก่

ก) ทำเลที่ตั้งโบราณคดี (Archaeological Sites)

ทำเลที่ตั้งโบราณคดี ตามบันทึกประกอบการประชุมถูกจำกัดความให้เป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมชนิดหนึ่งเนื่องจากผู้แทนของสาธารณรัฐอิสราเอลได้เสนอว่า "ไม่เป็นการสมเหตุสมผลในการคุ้มครองพิพิธภัณฑสถาน แต่ดเว้นการคุ้มครองต่อที่มาของทรัพย์สินในพิพิธภัณฑสถาน ซึ่งถือเป็นแหล่งกำเนิดทางประวัติศาสตร์โดยตัวของมันเอง อันอาจถูกทำลายได้ในยามสงคราม"¹ นอกจากนี้ยังรวมถึงหลุมศพโบราณ เช่น หลุมศพของมนุษย์สมัยหินใน อ.บ้านเชียง จ.อุดรธานี หรือ หลุมศพของชนเผ่า Hittites ในดินแดนอนาโตเลีย (Anatolia) หรือ ทุ่งไหหินในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นต้น ซึ่งหลุมศพโบราณเหล่านี้ถือเป็นพื้นที่ขุดค้นทางโบราณคดีชนิดหนึ่ง

ข) หมู่อาคารซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ และ/หรือ ศิลปะ (Groups of buildings)

¹ Jiri Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, (Hamshire : Dartmouth, 1996) , p.51.

หมู่อาคารซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ เป็นทรัพย์สินซึ่งพิจารณาคุณค่าทางประวัติศาสตร์เป็นหลัก โดยมากคุณค่าทางประวัติศาสตร์มักจะถูกกำหนดโดยอายุของสถานที่หรือความสำคัญของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นต่อหมู่อาคารดังกล่าว ส่วนคุณค่าทางศิลปะอาจได้รับการพิจารณาจากลักษณะทางสถาปัตยกรรมหรือลักษณะทางศิลปะซึ่งเห็นควรว่าทรงคุณค่าโดยไม่คำนึงถึงอายุของสถานที่

ค) ศิลปกรรม (Works of Art)

การจำกัดความทรัพย์สินวัฒนธรรมชนิดนี้เป็นการจำกัดความอย่างกว้างๆ โดยหมายถึงงานศิลปะแขนงต่างๆ ได้แก่งานศิลปะตกแต่ง งานศิลปะที่เป็นจิตรกรรม ประติมากรรม การแกะสลัก โดยหมายรวมถึงงานแสดงผลงานศิลปะ พิพิธภัณฑสถานทางศิลปะ และผลิตภัณฑ์ในทางศิลปะจากยุคสมัย หรือ ดินแดนต่าง ๆ

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ศิลปกรรมเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะ ไม่ว่าจะมียุคเก่าหรือใหม่แต่หากเป็นศิลปกรรมย่อมได้รับความคุ้มครองโดยอนุสัญญาเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรมประเภทนี้อาจมีปัญหาในการตีความเนื่องจากในปัจจุบันได้มีศิลปะแนวสัจนิยม (Abstract) ซึ่งสามารถมีการอ้างได้ว่าเป็นศิลปะแต่ในอดีตศิลปกรรมมีความเป็นรูปนิยม (Realism) มากกว่าและมีความละเอียดอ่อนมากกว่าในปัจจุบันมาก จึงทำให้เป็นปัญหาว่าศิลปะสมัยใหม่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมหมดทุกชิ้นหรือไม่

ง) หัตถสาร หนังสือ หรือวัตถุต่างๆ ซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี

หัตถสาร หมายถึง งานเขียนต้นฉบับซึ่งถูกเขียนด้วยมือ หรือ งานที่สำเนาด้วยมือ งานพิมพ์ซึ่งไม่ได้พิมพ์ด้วยเครื่องพิมพ์ หัตถสารเหล่านี้จะถูกคุ้มครองเมื่อมีคุณค่าทางศิลปะ หรือประวัติศาสตร์²

หนังสือ ประกอบด้วย ความเรียงซึ่งเขียน หรือ พิมพ์ขึ้น หรือ ชุดของความเรียงซึ่งประกอบขึ้นด้วยแผ่นกระดาษ หรือ วัตถุอื่น ที่ถูกผูกมัดรวมไว้ด้วยกัน ไม่ได้จำกัดถึงวัสดุที่นำมาใช้ในการพิมพ์ หรือ เขียน และมีความหมายรวมถึงหัตถสารด้วย³

ในกรณีนี้รวมถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับงานสะสมหัตถสาร หรือ เก็บหนังสือด้วย ได้แก่ หอจดหมายเหตุ ที่เก็บหนังสือโบราณ หอพระไตรปิฎก หรือ ห้องสมุดที่เก็บหนังสือหายาก ส่วนห้องสมุดทั่วไปจะได้รับความคุ้มครองในการจำกัดความอื่น

² Ibid., p.51.

³ Ibid., p.52.

วัตถุอื่น ๆ ซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือ โบราณคดี เป็นการนิยามอย่างกว้าง ๆ ไม่จำกัดแต่เพียงหัตถสารหรือหนังสือ เท่านั้นเพราะมีจุดมุ่งหมายให้สามารถบังคับใช้ได้อย่างไม่ มีช่องว่างทางกฎหมาย

จ) การเก็บรวบรวมทางวิทยาศาสตร์

การเก็บรวบรวมทางวิทยาศาสตร์ มีที่มาของการนิยามจากการที่ต้องการให้มีการคุ้มครอง หนังสือวิทยาศาสตร์ด้วย ไม่เพียงแต่หนังสือที่มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือ โบราณคดี เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดียังรวมถึงวัตถุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับทางวิทยาศาสตร์ แต่อย่างไรก็ดีข้อจำกัด ของการเก็บรวบรวมทางวิทยาศาสตร์นี้ไม่รวมถึงการเก็บรวบรวมส่วนบุคคลเพราะอาจจะถูกใช้ เพื่อความมุ่งหมายทางทหารได้⁴

ฉ) การเก็บรวบรวมหนังสือหรือบรรณสาร

การคุ้มครองนี้ถูกให้แก่การเก็บรวบรวมหนังสือที่สำคัญ และบรรณสาร โดยไม่คำนึงว่าจะ มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ โบราณคดี หรือวิทยาศาสตร์ ดังนั้น สิ่งสะสมในห้องสมุด หรือ หอสมุดต่าง ๆ ย่อมได้รับความคุ้มครองนี้ในความหมายหนังสือที่ถูกเก็บรวบรวม เนื่องจาก เหตุผลเพื่อคุ้มครององค์ความรู้ของมวลมนุษยชาติ⁵

ช) สิ่งทำเทียมหรือการจำลองแบบของทรัพย์สินซึ่งได้กล่าวมาแล้ว

ทรัพย์สินวัฒนธรรมไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่สิ่งที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ โบราณคดี แต่ยังรวมถึงสิ่งซึ่งมีการจำลองแบบขึ้น เช่น การจัดทำไมโครฟิล์มเอกสารที่สำคัญ การทำสำเนา รูป วาดที่มีชื่อเสียง เป็นต้น

ทรัพย์สินซึ่งเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมจากความสำคัญของสิ่งที่เก็บรักษาอยู่

ในกรณีนี้ทรัพย์สินซึ่งถูกจัดให้เป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมไม่ได้มีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติ ศาสตร์ หรือโบราณคดีโดยคุณค่าของทรัพย์สินเองแต่มีคุณค่าในแง่ของสถานที่เก็บรักษาทรัพย์สิน ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ได้แก่

ก) อาคารซึ่งมีความมุ่งประสงค์ที่จะป้องกันรักษาสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม

อาคารซึ่งมีความมุ่งประสงค์ในการป้องกันรักษาสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรม ได้แก่ ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ อาคารซึ่งเป็นคลังเก็บสิ่งของสำคัญ หรือที่หลบภัยซึ่งมีความมุ่งหมายในการกำบัง ทรัพย์สินวัฒนธรรม

ข) อาคารซึ่งมีความมุ่งประสงค์ที่จะแสดงทรัพย์สินวัฒนธรรม เช่น พิพิธภัณฑ์ หอแสดง ภาพ (Gallery)

⁴ Ibid.,p.52.

⁵ Ibid.,p.53.

ศูนย์กลางซึ่งมีทรัพย์สินวัฒนธรรมจำนวนมาก

สถานที่ซึ่งมีทรัพย์สินวัฒนธรรมที่ได้กล่าวมาแล้วไม่ว่าจะเป็นสิ่งหาทรัพย์สินวัฒนธรรมหรืออสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรมเป็นจำนวนมากในสถานที่ใกล้เคียงกัน อนุสัญญาได้จำกัดความให้เป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งเรียกว่า “ศูนย์กลางที่มีอนุสาวรีย์” ได้แก่ นครรัฐวาติกัน ซึ่งประกอบด้วยอาคารซึ่งทรงคุณค่าทางศาสนาซึ่งอยู่รวมกันเป็นหมู่ใหญ่

จะเห็นได้ว่า “ทรัพย์สินวัฒนธรรม” ตามที่ได้จำกัดความตามอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ สามารถแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ดังนี้

1. ทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่าทางวัฒนธรรม ได้แก่ สิ่งหาทรัพย์สินหรืออสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรม ศิลปกรรม ทำเลที่ตั้งทางโบราณคดี เป็นต้น
2. ทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งมีคุณค่าเนื่องจากเป็นที่เก็บรักษาทรัพย์สินวัฒนธรรม เช่น พิพิธภัณฑ หอสมุด หอแสดงภาพ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาการนิยามคำจำกัดความ “ทรัพย์สินวัฒนธรรม” แล้วข้อดีและปัญหาของการจำกัดความทรัพย์สินวัฒนธรรมตามที่ได้จำกัดในอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ เมื่อพิจารณาดังนี้

ข้อดีของการจำกัดความ

1. การจำกัดความนี้ทั้งการจำกัดความอย่างกว้าง คือ ทรัพย์สินซึ่งมีความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ ซึ่งทำให้สามารถกำหนดกรอบของทรัพย์สินวัฒนธรรมให้สามารถครอบคลุมต่อความหมายของทรัพย์สินวัฒนธรรมในแต่ละรัฐได้โดยอาศัยมาตรการภายในของแต่ละรัฐ

2. ทรัพย์สินวัฒนธรรมไม่ได้ถูกกำหนดให้พิจารณาถึงคุณลักษณะทางเวลาแต่พิจารณาถึงคุณลักษณะวัฒนธรรมของทรัพย์สิน ซึ่งตามอนุสัญญาสามารถพิจารณาถึงคุณลักษณะวัฒนธรรมคือ มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ คุณค่าทางศิลปะ คุณค่าทางโบราณคดี อีกทั้งยังรวมถึงการสะสมทางวิทยาศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินทางศาสนาหรือทรัพย์สินอื่นๆ ทำให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมไม่ถูกจำกัดด้วยคุณลักษณะทางเวลา

3. การจำกัดความได้มีการครอบคลุมถึงสถานที่ซึ่งใช้เก็บรักษาหรือแสดงทรัพย์สินวัฒนธรรม ซึ่งแม้ว่าอาคารหรือสถานที่จะไม่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมโดยตัวของอาคารเองแต่ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินวัฒนธรรมเนื่องจากมีความสำคัญในฐานะเป็นที่เก็บรักษาหรือแสดงทรัพย์สินวัฒนธรรม

ข้อเสียของการจำกัดความ

1. การนิยามซึ่งเปิดโอกาสให้มีการตีความเกี่ยวกับ "ความสำคัญยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ" ควรมีการวางมาตรฐานในการตีความอย่างชัดเจนเนื่องจากแต่ละรัฐย่อมมีความแตกต่างกันซึ่งอาจทำให้ทิศทางในการกำหนดคุณค่าทางวัฒนธรรมมีความกว้างขวางเกินไปซึ่งทำให้คุณค่าในทางวัฒนธรรมมีความลดน้อยลง หรือถ้าหากมีความจำกัดเกินไปก็จะทำให้การคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมไม่อาจครอบคลุมบรรลุผลได้

2. การจำกัดความบางประการยังไม่มี ความชัดเจน ได้แก่ คุณค่าของศิลปกรรม ซึ่งปัจจุบันมีประเด็นปัญหาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งที่มีความค่าทางศิลปะเพราะได้มีแนวศิลปะแบบนามธรรมซึ่งอาจพิจารณาถึงคุณค่าทางศิลปะได้ยากและอาจถูกอ้างในหลายกรณีได้ว่าสิ่งที่ถูกทำลายเป็นทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าศิลปะแบบนามธรรมได้ อีกประเด็นหนึ่งได้แก่ "สิ่งทำเทียมทรัพย์สินวัฒนธรรม" ซึ่งมีการกำหนดไว้ อนุสัญญาไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทำเทียมว่า การทำเทียมในลักษณะใดจึงจะมีคุณค่าทางวัฒนธรรมอันได้รับความคุ้มครอง เช่น การทำเทียมสถานที่สำคัญทางวัฒนธรรมในเมืองโบราณ อ.เมือง จ.สมุทรปราการ หรือ การจำลองแบบในอัตราย่อส่วนเป็นจำนวนมาก อนุสัญญาควรมีการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการจำลองทรัพย์สินวัฒนธรรม

จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาได้มีการนิยามเกี่ยวกับ "ทรัพย์สินวัฒนธรรม" ไว้เพื่อเป็นสิ่งพิจารณาในการให้การคุ้มครองทรัพย์สินดังกล่าวในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธโดยได้มีการเปิดโอกาสให้มีการตีความและอาศัยมาตรการภายในของแต่ละรัฐในการสนับสนุนการจำกัดความ "ทรัพย์สินวัฒนธรรม" โดยในหัวข้อต่อไปจะมีการพิจารณาถึงการจำกัดความของประเทศไทยเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรมในเชิงความสอดคล้องกับคำจำกัดความตามอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

1.1.2 มาตรการภายในของประเทศไทยต่อการจำกัดความ "ทรัพย์สินวัฒนธรรม"

ประเทศไทยมีกฎหมายภายในเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรมฉบับที่สำคัญ คือ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504(แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ.2535)

แม้กฎหมายฉบับนี้จะได้มีการกำหนดคำจำกัดความคำว่า "ทรัพย์สินวัฒนธรรม" ไว้โดยตรงแต่สิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้เป็นบริบทเดียวกันกับคำว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้เกี่ยวกับการคุ้มครองรักษาสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้

"โบราณสถาน"

โบราณสถาน หมายถึง อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้างหรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี โดยโบราณสถานนี้หมายความรวมถึงสถานที่ซึ่งเป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์และอุทยานประวัติศาสตร์⁶

จากความหมายดังกล่าวสามารถที่จะจำแนกองค์ประกอบของโบราณสถานออกเป็นหลักเกณฑ์ดังนี้

1. เป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยอสังหาริมทรัพย์ตามความของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 100 ได้บัญญัติว่า "อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดินกับทรัพย์อันติดที่ดินนั้นหรือประกอบเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับที่ดินนั้น อนึ่งคำว่า อสังหาริมทรัพย์ ท่านหมายรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย"

อสังหาริมทรัพย์จึงได้แก่ดังต่อไปนี้

- ก) ที่ดิน ทั้งที่ดินซึ่งมีเจ้าของกรรมสิทธิ์และยังรวมถึงที่ดินซึ่งมีผู้มิสิทธิครอบครอง
- ข) ทรัพย์อันติดกับที่ดิน ได้แก่ ทรัพย์ที่เกิดหรือติดกับที่ดินโดยธรรมชาติ เช่น ไม้ยืนต้นหรือ ทรัพย์ที่ติดกับที่ดินโดยมีผู้นำมาติด เช่น ดึก อาคาร อนุสาวรีย์ เจดีย์ เป็นต้น
- ค) ทรัพย์ซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน ได้แก่ แม่น้ำ ลำคลอง เป็นต้น
- ง) สิทธิอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แบ่งเป็น 2 ประเภทได้แก่ สิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยตรง และ สิทธิเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยอ้อม

2. โดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้างหรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี ซึ่งองค์ประกอบของข้อนี้สามารถพิจารณาถึงหลักการสำคัญอย่างหนึ่งอย่างใดใน 3 ประการ ได้แก่

- ก) อายุของอสังหาริมทรัพย์
 - ข) ลักษณะการก่อสร้างของอสังหาริมทรัพย์
 - ค) หลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์
- ทั้งนี้โดยเป็นประโยชน์ต่อศาสตร์แขนงใดแขนงหนึ่งต่อไปนี้
- ก) ศิลปะ
 - ข) ประวัติศาสตร์
 - ค) โบราณคดี

ซึ่งได้มีการแบ่งประเภทของโบราณสถานเอาไว้เป็น 2 ประเภท คือ

⁶ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 พ.ศ. 2535) มาตรา 4.

- ก) โบราณสถานซึ่งมีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย
- ข) โบราณสถานที่ไม่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากความหมายและองค์ประกอบของโบราณสถานสามารถพิจารณาเปรียบเทียบกับคำจำกัดความของคำว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมตามข้อ 1 ตามอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ โบราณสถานตามพระราชบัญญัติฯ ผู้เขียนมีความเห็นว่าสามารถพิจารณาได้กับทรัพย์สินอันเคลื่อนย้ายไม่ได้ซึ่งมีความสำคัญอย่างใหญ่หลวงต่อมรดกทางวัฒนธรรม พื้นที่ทางโบราณคดี กลุ่มอาคารซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์หรือศิลปะ⁷ ศูนย์รวมอนุสรณ์สถาน⁸

นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนโบราณสถานทั้งที่เป็นของรัฐและเป็นของเอกชนอีกด้วยโดยได้มีการออกประกาศ

“โบราณวัตถุ”

โบราณวัตถุ หมายถึง สิ่งหาปริมาตรที่เป็นของโบราณ ไม่ว่าจะเป็สิ่งประดิษฐ์หรือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของโบราณสถาน ซากมนุษย์หรือซากสัตว์ ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการประดิษฐ์หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของสิ่งหาปริมาตรนั้นเป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี⁹

“ศิลปวัตถุ”

ศิลปวัตถุ หมายถึง สิ่งที่ทำขึ้นด้วยฝีมืออย่างประณีตและมีคุณค่าสูงในทางศิลปะ

ทั้งโบราณวัตถุและศิลปวัตถุตามพระราชบัญญัติฯ นี้สามารถพิจารณาความหมายเปรียบเทียบกับความตามอนุสัญญาปี 1954 เกี่ยวกับคำจำกัดความเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรม ได้ดังนี้

โบราณวัตถุและศิลปวัตถุ เป็นทรัพย์สินอันเคลื่อนย้ายได้ซึ่งมีความสำคัญอย่างใหญ่หลวงต่อมรดกทางวัฒนธรรม, ผลงานทางศิลปะ, ผลงานซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี¹⁰

ศูนย์วิทยพัทยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷ อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 1(a).

⁸ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 1 (c).

⁹ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 พ.ศ. 2535), มาตรา 4.

¹⁰ อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, ข้อ 1 (a).

“สิ่งเทียมโบราณวัตถุ”และ“สิ่งเทียมศิลปวัตถุ”

สิ่งเทียมโบราณวัตถุ หมายถึง สิ่งที่ทำเทียมโบราณวัตถุหรือส่วนของโบราณวัตถุที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัตินี้หรือที่อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากร

สิ่งเทียมศิลปวัตถุ หมายถึง สิ่งที่ทำเทียมศิลปวัตถุหรือส่วนของศิลปวัตถุที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้ตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะมีขนาด รูปลักษณะหรือวัตถุอย่างเดิมหรือไม่

โดยได้กำหนดว่าการทำเทียมหมายความว่า เลียนแบบ จำลอง หรือทำเอาอย่างด้วยวิธีการใดๆ ให้เหมือนหรือคล้ายของจริงไม่ว่าจะมีขนาด รูปลักษณะและวัสดุอย่างเดิมหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขจัดกันด้วยอาวุธแล้วสามารถพิจารณาได้ว่าการคุ้มครองของกฎหมายภายในของไทยตามพระราชบัญญัติฯ เกี่ยวกับสิ่งทำเทียมโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุนี้ตรงกับคำว่า “สิ่งจำลองของทรัพย์สินที่กำหนด” (Reproduction of the property defined above)¹¹

เมื่อวิเคราะห์คำนิยามของคำว่าโบราณสถาน โบราณวัตถุ และศิลปวัตถุแล้วสามารถพิจารณาประกอบกับคำจำกัดความ “ทรัพย์สินวัฒนธรรม” ตามอนุสัญญาว่าเป็นมาตรการภายในของรัฐซึ่งได้เป็นการวางแนวทางและจำกัดความหมายของ “สิ่งหาปริมาตรวัฒนธรรมหรืออสังหาริมทรัพย์วัฒนธรรมซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อมรดกวัฒนธรรมของประชาชาติ”

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของโบราณสถานและโบราณวัตถุตามพระราชบัญญัติ จะเห็นได้ว่ามีองค์ประกอบของคุณลักษณะของทรัพย์สินเป็นไปในคุณลักษณะของทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งได้กำหนดไว้ในอนุสัญญา คือ เป็นทรัพย์สินซึ่งมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ โบราณคดี และไม่ได้กำหนดเงื่อนไขทางด้านอายุของทรัพย์สินไว้ ซึ่งมีความหมายตรงกับหัตถสารและวัตถุซึ่งเป็นที่สนใจทางศิลปะ วิทยาศาสตร์และโบราณคดี

สำหรับทำเลที่ตั้งทางโบราณคดีและหมู่อาคารซึ่งเป็นที่น่าสนใจทางประวัติศาสตร์หรือศิลปะตามอนุสัญญาก็อยู่ในความหมายของโบราณสถานตามพระราชบัญญัติฯ เนื่องจากเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีคุณค่าทางโบราณคดี ประวัติศาสตร์และศิลปะ เช่นกัน

ศิลปกรรมตามอนุสัญญาปี 1954 นั้นเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติได้มีการกำหนดเกี่ยวกับความหมายของศิลปวัตถุเอาไว้โดยเฉพาะ คือ เป็นสิ่งที่ทำขึ้นอย่างประณีตและมีคุณค่าสูงในทางศิลปะ ซึ่งมีความหมายเป็นไปตรงกับ “ศิลปกรรม” ตามอนุสัญญาปี 1954

“การจำลองแบบ” ทรัพย์สินวัฒนธรรมตามอนุสัญญาปี 1954 พระราชบัญญัติก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับ “สิ่งทำเทียมโบราณวัตถุ” และ “สิ่งทำเทียมศิลปวัตถุ” เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้

¹¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 1(a).

ว่ามีความต้องตรงกัน เพียงแต่ “การจำลองแบบ” ตามอนุสัญญาไม่ได้จำกัดแต่สิ่งห้ามทรัพย์ตามอนุสัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า “การจำลองแบบ” ตามอนุสัญญาน่าจะรวมถึงการจำลองแบบอสังหาริมทรัพย์ด้วย เนื่องจากต้องมีการกำหนดอัตราส่วนในการจำลองและใช้ความละเอียดอ่อนในการจำลองแบบ อย่างไรก็ตามแม้ว่าการจำลองแบบอสังหาริมทรัพย์นี้จะไม่มีการกล่าวถึงตามพระราชบัญญัติแต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า การจำลองแบบอสังหาริมทรัพย์น่าจะเข้าตามความหมายของโบราณสถานเนื่องจากเป็นอาคารซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ เพราะต้องใช้ความอดุสาหะและความพยายามในการจำลอง เช่น เมืองจำลองที่มีชื่อเสียงต่าง ๆ ในประเทศไทย เป็นต้น

อาคารซึ่งใช้เป็นที่เก็บรักษาทรัพย์สินวัฒนธรรม พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติแต่ข้อจำกัดของพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติตามพระราชบัญญัตินี้ คือ พิพิธภัณฑสถานในการดูแลของพระราชบัญญัตินี้เป็นเฉพาะแต่พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติหรือพิพิธภัณฑสถานซึ่งมีการประกาศโดยรัฐมนตรีในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งทำให้ไม่รวมพิพิธภัณฑสถานอื่นซึ่งนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ แต่หากอาคารซึ่งเก็บรักษาทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฯ เป็นอาคารซึ่งมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีก็จะได้รับความคุ้มครองตามความหมายของโบราณสถาน

นอกจากนี้มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งเก็บไว้ในพิพิธภัณฑสถานอื่นซึ่งไม่ใช่พิพิธภัณฑสถานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติก็อาจได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ทรัพย์สินนั้นน่าจะเป็นโบราณสถาน โบราณวัตถุและศิลปวัตถุซึ่งมีการขึ้นทะเบียนจากกรมศิลปากรและได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากรให้เก็บรักษาไว้ในพิพิธภัณฑสถานที่ราชการ หรือวัดได้ซึ่งสามารถพิจารณาได้ว่าแม้ว่าพิพิธภัณฑสถานหรือสถานที่เก็บรักษาทรัพย์สินซึ่งได้รับการขึ้นทะเบียนจากกรมศิลปากรจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าทรัพย์สินซึ่งเก็บรักษาไว้จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง หากทรัพย์สินนั้นได้รับการขึ้นทะเบียนจากกรมศิลปากร

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับทรัพย์สินวัฒนธรรมตามอนุสัญญาซึ่งยังคงเป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการภายในของประเทศไทย ได้แก่

1. อาคารซึ่งเป็นที่เก็บรวบรวมหัตถสาร และหนังสือต่างๆ คือ หอสมุด หรือหอจดหมายเหตุแห่งชาติ
2. อาคารซึ่งเป็นที่แสดงทรัพย์สินวัฒนธรรม คือ หอศิลป์ หรือหอแสดงงานศิลปะ
3. การเก็บรวบรวมทางวิทยาศาสตร์
4. ที่หลบภัยสำหรับทรัพย์สินวัฒนธรรม
5. พิพิธภัณฑสถานหรือสถานที่เก็บรักษาซึ่งเป็นของเอกชนหรือหน่วยงานอื่น

อาจเป็นปัญหาข้อสงสัยว่า เหตุใดทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งเป็นทรัพย์สินซึ่งควรได้รับการคุ้มครองจากผลเสียหายของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งในหัวข้อต่อไปจะมีการศึกษาถึงขอบข่ายคุณค่าของทรัพย์สินวัฒนธรรมซึ่งทำให้เกิดการคุ้มครองจากกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

1.1.3 ขอบข่ายของทรัพย์สินวัฒนธรรม

ทรัพย์สินวัฒนธรรมอาจถูกพิจารณาถึงขอบข่ายความสำคัญของคุณค่าทรัพย์สินวัฒนธรรม ได้เป็น 2 ขอบข่าย ดังนี้

ก. ทรัพย์สินวัฒนธรรมในฐานะมรดกทางวัฒนธรรม (Cultural Heritage)

ทรัพย์สินวัฒนธรรมเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง หรือ สงวนรักษาไว้ ดังจะเห็นได้จากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทนำของ อนุสัญญาปี 1954 ว่า

“ด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ว่า รัฐภาคีอนุสัญญาต่างก็ได้ ตระหนักดีว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมได้ถูกทำลายอย่างแสนสาหัส ระหว่างสงครามโดยเหตุผลของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของสงครามอันจะทำให้อันตรายจากการทำลายล้างเพิ่มมากขึ้น

เชื่อว่าความเสียหายที่มีต่อทรัพย์สินวัฒนธรรมที่เป็นของใครคนใดคนหนึ่งนั้นหมายความว่าความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษยชาติ นับตั้งแต่มนุษย์นั้นได้ทำให้สิ่งเหล่านั้นแพร่หลายต่อวัฒนธรรมของโลก

พิจารณาว่าการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมเป็นความสำคัญอย่างยิ่งใหญ่หลวงต่อประชาชนทั้งหมดในโลก และเป็นสิ่งที่สำคัญที่มรดกเหล่านี้สมควรจะได้รับการป้องกันในระดับระหว่างประเทศ¹²

อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธมีแนวความคิดที่เสนอมุมมองทรัพย์สินวัฒนธรรมว่าเป็นรูปแบบของมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษยชาติ (Cultural heritage of all mankind) ที่ทุกรัฐจะต้องร่วมมือกันพิทักษ์รักษาในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ไม่ให้ทรัพย์สินวัฒนธรรมนั้นถูกทำลายเนื่องจากผลของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

ข. ทรัพย์สินวัฒนธรรมในฐานะเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของรัฐ (Cultural Identity)

เมื่อพิจารณา อนุสัญญาปี 1970 ว่าด้วยวิธีการห้ามและป้องกันการนำเข้า การส่งออก และการโยกย้ายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹³ ในส่วนของบทนำว่า

¹² อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ, บทนำ

“ ...โดยพิจารณาถึงการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินวัฒนธรรมระหว่างชาติโดยจุดมุ่งหมายทางวิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม และการศึกษา เป็นการเพิ่มพูนความรู้ในเรื่องความเจริญรุ่งเรืองของมนุษย์ เสริมสร้างชีวิตทางวัฒนธรรมของประชาชนทั้งหมด และก่อให้เกิดความเคารพและความชื่นชมกันในระหว่างชาติ

โดยพิจารณาว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมได้ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบพื้นฐานของความเจริญรุ่งเรืองและวัฒนธรรมของชาติและคุณค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินวัฒนธรรมจะได้รับการชื่นชมได้ก็เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เป็นไปได้อย่างมากที่สุดในเรื่องของจุดกำเนิด ประวัติศาสตร์ และ สถานที่ที่ตั้งตามประเพณีดั้งเดิม... ”

อนุสัญญาฉบับนี้ได้เน้นถึงความสำคัญของทรัพย์สินวัฒนธรรมที่รัฐมีอยู่ในดินแดนและคุ้มครองเพื่อให้รอดพ้นภัยอันตรายต่าง ๆ โดยใช้หลักศีลธรรมมาช่วยในการกำหนดหน้าที่และขอบเขตที่รัฐนั้นจะต้องกระทำการ อนุสัญญาปี 1970 นี้ได้มองว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของแต่ละรัฐในการป้องกันไม่ให้เกิดภัยอันตรายใด ๆ โดยเน้นหลักเรื่องความเป็นชาติ (Nationalist)

จะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาถึงข้อข้อยกเว้นทรัพย์สินวัฒนธรรมแล้ว ทรัพย์สินวัฒนธรรมจึงมีทั้งคุณค่าสำหรับรัฐที่เป็นแหล่งกำเนิดเนื่องจากเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมและมีคุณค่าในทางสากลเนื่องจากเป็นสิ่งบ่งบอกความเจริญของมวลมนุษยชาติและเป็นองค์ความรู้ที่สำคัญอีกด้วย ดังนั้นอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธจึงมีเนื้อหาไม่เพียงแต่การคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมภายในรัฐภาคีเท่านั้นแต่ยังรวมถึงทรัพย์สินวัฒนธรรมของรัฐอื่นด้วยทรัพย์สินวัฒนธรรมจึงเป็นสิ่งที่ต้องมีการคุ้มครองจากผลร้ายของการขัดกันด้วยอาวุธ

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹³ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import ,
Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970

1.2 การคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธกับกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

1.2.1 คำจำกัดความของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎหมายซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มุ่งคุ้มครองผู้ที่ไม่สามารถสู้รบได้และมุ่งในการจำกัดวิธีการและปัจจัยแห่งการสู้รบ¹⁴

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ คือ กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอันมาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และ จารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งนำมาปรับใช้กับสถานการณ์พิพาททางอาวุธระหว่างประเทศ หรือ ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ เพื่อจำกัดสิทธิของคู่พิพาทในการกำหนดวิธีการและอาวุธในการโจมตี และ คุ้มครองบุคคลรวมถึงทรัพย์สินที่ถูกกระทบ หรือ อาจถูกกระทบในกรณีพิพาทนั้น¹⁵

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ หรืออาจเรียกอีกนามหนึ่งได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ อาจแบ่งแยกได้เป็น

ก. กฎหมายเจนีวา¹⁶ ได้แก่ อนุสัญญาเจนีวาปี 1954 ทั้ง 4 ฉบับ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองทหารซึ่งไม่สามารถทำการสู้รบได้ พลเรือน และทรัพย์สินพลเรือนซึ่งไม่มีส่วนร่วมในการสู้รบ ที่มาของการเรียกว่าเป็นกฎหมายเจนีวา เนื่องจากพันธกรณีที่มีความมุ่งหมายเช่นนี้มีการตกลงกัน ณ นครเจนีวา สหพันธ์รัฐสวิส ได้แก่

- อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้บาดเจ็บและป่วยไข้ในกองทัพในสนามรบมีสภาพะดีขึ้น ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949
- อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่ง บาดเจ็บป่วยไข้และเรือต้องอับปาง มีสภาพะดีขึ้น ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949
- อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949

¹⁴ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ : ตอบคำถามคุณ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เด็อนตุลา) , หน้า 4.

¹⁵ Christophe Swinarski , International Humanitarian Law and Human Rights (Hong Kong : The International Committee of Red Cross,1994) , p.13.

¹⁶ คณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศ, กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ: ตอบคำถามคุณ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เด็อนตุลา) , หน้า 4.

- อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949
- ข. กฎหมายเฮก¹⁷ ได้แก่ อนุสัญญาซึ่งทำขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิ หน้าที่ของผู้สู้รบ และจำกัดขอบเขตวิธีการและปัจจัยทางในการสู้รบ ซึ่งตกลงและลงนามกัน ณ นครเฮก ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ได้แก่
 - อนุสัญญาปี 1899 และ 1907 เกี่ยวกับการเคารพต่อกฎหมาย และ จารีตแห่งสงครามภาคพื้นดิน
 - อนุสัญญาปี 1899 เกี่ยวกับกระสุนหัวตัด
 - อนุสัญญาปี 1899 เกี่ยวกับการทิ้งระเบิดจากบอลลูน

ในความเป็นจริงกฎหมายทั้งสองนี้มีได้แยกจากกันโดยเด็ดขาดในทางปฏิบัติเนื่องจากผลของกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลเกี่ยวพันกัน เพราะกฎเกณฑ์บางกฎเกณฑ์ของกฎหมายเฮกมีผลในการคุ้มครองเหยื่อในการสู้รบคล้ายกันกับหลักในกฎหมายเจนีวา ในทางเดียวกัน กฎเกณฑ์ของกฎหมายเจนีวาบางข้อก็มีผลในการจำกัดการกระทำของผู้ที่สู้รบเช่นกัน

ในเวลาต่อมาได้มีการรวมเอากฎหมายทั้งสองนี้เอาไว้ด้วยกันอย่างชัดเจนในความตกลงระหว่างประเทศซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็น "กฎหมายผสมผสาน" ได้แก่ อนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1954 ฉบับที่ 1 และ ฉบับที่ 2 ปี 1977 เป็นต้น

1.2.2 วัตถุประสงค์และหลักการพื้นฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งมุ่งจำกัดและลดความเสียหายจากสงครามลงให้มากที่สุดโดยการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สงครามในการปฏิบัติการทางทหารเพื่อรักษาพลเรือน ทรัพย์สินของพลเรือน ผู้วางอาวุธ เหยื่อยศิก ผู้บาดเจ็บ หรือ เจ็บป่วยจากความเลวร้ายของปฏิบัติการทางทหารในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ และจำกัดผลความเสียหายให้เกิดขึ้นเพียงแต่ที่จำเป็นในการบรรลุผลสำเร็จของกรณีขัดกันด้วยอาวุธ

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมีหลักการพื้นฐานในการปฏิบัติ¹⁸ ดังนี้

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

¹⁸ Marco Sassoli, Antoine A. Bouvier, Laura Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Milner, How does law protect in war?,(Geneva : International Committee of Red Cross,1999),p.67.

ก) ในการโจมตีต้องมีการแบ่งแยกเป้าหมายทางการทหาร และ ทางพลเรือนออกจากกัน กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมุ่งให้มีการแบ่งแยกเป้าหมายทางพลเรือนให้ไม่ได้รับความเสียหายหรือมีความเสียหายน้อยที่สุดจากกรณีการขัดกันด้วยอาวุธโดยจำกัดการโจมตีเฉพาะแต่เป้าหมายทางการทหารซึ่งมีความจำเป็นต่อการทำลาย การแบ่งแยกเป้าหมายทางการทหารและพลรบออกจากเป้าหมายทางพลเรือนได้มีการจำแนกเป้าหมายทั้งสองประเภทนี้ออกจากกันโดยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศหลายฉบับโดยเป้าหมายทั้งสองประเภทอาจจำแนกได้ ดังนี้

พลรบและเป้าหมายทางการทหาร

“พลรบ” เป็นผู้สังกัดในกองทัพของภาคีคู่พิพาทหรือภาคีในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและมีสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในการสู้รบโดยตรง¹⁹ ซึ่งกองทัพของภาคีคู่พิพาทหมายรวมถึง กองทัพ กลุ่ม หน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งมีการจัดตั้งอย่างมีระบบและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชารับผิดชอบสำหรับการปฏิบัติการของผู้บังคับบัญชา มีระบบวินัยภายในซึ่งใช้บังคับให้มีการปฏิบัติสอดคล้องกับกฎแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ²⁰ อย่างไรก็ตามกองทัพนั้นไม่ได้ประกอบแต่เฉพาะพลรบแต่อาจประกอบด้วยพลเรือนด้วย เช่น อนุศาสนาจารย์ บุคลากรทางการแพทย์ เป็นต้น พลรบเป็นบุคคลผู้มีหน้าที่หรือพันธะในการปฏิบัติตามกฎแห่งกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งใช้บังคับกับกรณีพิพาททางอาวุธและแสดงตนให้แตกต่างจากพลเรือน²¹ สำหรับกรณีพิพาททางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น กองทัพหมายรวมถึงกองกำลังซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชารับผิดชอบและควบคุมอาณาเขตส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐโดยมีการปฏิบัติการทางการทหารอย่างต่อเนื่องและพร้อมเพรียง²² เมื่อพิจารณาจากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเชลยศึกอาจพิจารณาได้ว่าบุคคลซึ่งเป็นพลรบอันอาจกลายเป็นเชลยศึก²³ ได้แก่

1. ผู้สังกัดในกองทัพของภาคีคู่พิพาท มิใช่เชลยหรือหน่วยอาสาสมัครส่วนหนึ่งส่วนใดของกองทัพ
2. ผู้สังกัดในกองกำลังซึ่งมีผู้บังคับบัญชาอันเป็นบุคคลที่รับผิดชอบสำหรับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา กองกำลังนี้มีเครื่องหมายที่กำหนดไว้เด่นชัดสามารถจะเห็นได้ในระยะไกล ถืออาวุธอย่างเปิดเผยและปฏิบัติการตามกฎหมายและประเพณีแห่งสงคราม

¹⁹ พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949, ข้อ 43 (2).

²⁰ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 43 (1).

²¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 44 (2) และ (3).

²² พิธีสารฉบับที่ 2 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949, ข้อ 1.

²³ อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึก ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949, ข้อ 4

3. ผู้สังกัดในกองทัพประจำซึ่งมีความสวามิภักดิ์ต่อรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ที่มีได้รับการรับรองจากประเทศที่กักคุม
4. พลเมืองในอาณาเขตที่มีได้ถูกยึดครองและจับอาวุธขึ้นต่อต้านกองกำลังซึ่งบุกรุกเข้ามาแม้ว่าจะไม่ได้มีการรวมเป็นหน่วยกองทหารประจำ

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์นี้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับข้อปฏิบัติตามอนุสัญญาปี 1907 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตแห่งสงครามภาคพื้นดินซึ่งได้กำหนดให้ "ฝ่ายที่กระทำสงคราม" (belligerent) ไม่ได้หมายรวมเฉพาะแต่กองทัพเท่านั้นแต่รวมถึงมิลิเชีย, ตำรวจอาสาสมัครซึ่งมีผู้บังคับบัญชาอันเป็นบุคคลที่รับผิดชอบสำหรับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา กองกำลังนี้มีเครื่องหมายที่กำหนดไว้เด่นชัดสามารถจะเห็นได้ในระยะไกล ถืออาวุธอย่างเปิดเผยและปฏิบัติตามกฎและประเพณีแห่งสงคราม²⁴

ดังนั้น "พลรบ" จึงหมายถึงผู้ซึ่งสังกัดในกองทัพของกรณีพิพาทหรือกองกำลังอื่นใดซึ่งมีผู้บังคับบัญชาอันเป็นบุคคลที่รับผิดชอบสำหรับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา กองกำลังนี้มีเครื่องหมายที่กำหนดไว้เด่นชัดสามารถจะเห็นได้ในระยะไกล ถืออาวุธอย่างเปิดเผยและปฏิบัติตามกฎและประเพณีแห่งสงคราม และมีหน้าที่ในการสู้รบโดยตรงไม่ว่าจะอยู่ในระดับใด แต่ไม่รวมถึงบุคคลพลเรือนซึ่งอยู่ในกองทัพได้แก่ แพทย์ อนุศาสนาจารย์ สำหรับกรณีพิพาททางอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นพลรบยังหมายความรวมถึงบุคคลผู้สังกัดในกองกำลังซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชารับผิดชอบและควบคุมอาณาเขตส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐโดยมีการปฏิบัติการทางการทหารอย่างต่อเนื่องและพร้อมเพรียง

สำหรับเป้าหมายทางการทหาร หมายถึง ทรัพย์สินของซึ่งโดยลักษณะ สถานที่ตั้ง วัตถุประสงค์ การใช้ ก่อให้เกิดประสิทธิผลในการปฏิบัติการทางการทหาร โดยการทำลาย การยึด หรือ

²⁴ ข้อปฏิบัติตามอนุสัญญาปี 1907 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตแห่งสงครามภาคพื้นดิน, ข้อ 1

"The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:

1. To be commanded by a person responsible for his subordinates;
2. To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;
3. To carry arms openly; and
4. To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war."

การทำให้หมดสภาพก่อให้เกิดความได้เปรียบทางการทหาร²⁵ ได้แก่ สถานที่ก่อสร้างกองกำลังของฝ่ายตรงข้าม คลังสรรพาวุธ คลังยุทโธปกรณ์ สถานีโทรคมนาคม เส้นทางคมนาคม.

พลรบและเป้าหมายทางการทหารนี้จะเป็นวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายสำหรับการโจมตีในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธโดยการแบ่งแยกออกจากพลเรือนหรือทรัพย์สินทางพลเรือนซึ่งมีลักษณะดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

พลเรือนและทรัพย์สินทางพลเรือน

ในอดีตกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองต่อพลเรือนและทรัพย์สินของพลเรือนโดยวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองพลเรือนในดินแดนซึ่งถูกยึดครองและโดยการคุ้มครองทรัพย์สินทางพลเรือนและสถานที่ทางพลเรือนจากการยึด ทำลายโดยไม่มีเจตจำนงอย่างยิงในยามสงคราม²⁶ อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเหล่านั้นก็ไม่ได้คุ้มครองพลเรือนและทรัพย์สินทางพลเรือนอย่างจริงจัง รวมถึงการกำหนดการจำกัดความของความหมายพลเรือนและทรัพย์สินทางพลเรือน จนกระทั่งการจัดทำอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ฉบับที่ 4 ซึ่งเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม อนุสัญญาฉบับนี้ได้มีการกำหนดความคุ้มครองต่อพลเรือนเพื่อประกันว่าแม้พลเรือนจะอยู่ท่ามกลางการสู้รบแต่ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ควรต้องได้รับความเคารพโดยไม่คำนึงถึงลักษณะความแตกต่างในทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ หรือความคิดเห็นทางการเมือง สำหรับทรัพย์สินทางพลเรือนได้รับความคุ้มครองจากการทำลายซึ่งไม่จำเป็นต่อการปฏิบัติการทางทหารในดินแดนซึ่งถูกยึดครอง²⁷ ซึ่งก็ยังไม่มีการจำกัดความคำว่า "พลเรือนและทรัพย์สินทางพลเรือน" อย่างชัดเจน

²⁵พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949, ข้อ 52 (2).

²⁶ ข้อปฏิบัติตามอนุสัญญาปี 1899 และ 1907 ว่าด้วยกฎหมายและจารีตแห่งสงครามภาคพื้นดิน, ข้อ 23 (g)

" Besides the prohibitions provided by special Conventions, it is especially prohibited...

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war..."

²⁷ อนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลพลเรือนในเวลาสงคราม ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949, ข้อ 53

" ห้ามมิให้ประเทศที่ยึดครอง ทำลายทรัพย์สินอันเป็นสิ่งหวงห้ามหรืออสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นของส่วนตัวหรือส่วนรวมของเอกชนหรือของรัฐหรือขององค์การสาธารณะหรือขององค์การสังคมหรือสหกรณ์เว้นแต่การทำลายนั้นเป็นการจำเป็นโดยแท้เพื่อการปฏิบัติการทางการทหาร."

เมื่อมีการจัดทำพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ได้มีการกำหนดคำนิยามเกี่ยวกับพลเรือนและทรัพย์สินทางพลเรือนที่ชัดเจนโดยได้จำกัดความว่าพลเรือนคือ ผู้ซึ่งไม่ได้อยู่ในผู้สังกัดในกองทัพของภาคีคู่พิพาท มิได้เสียหรือหน่วยอาสาสมัครส่วนหนึ่งส่วนใดของกองทัพ, ผู้สังกัดในกองกำลังซึ่งมีผู้บังคับบัญชาอันเป็นบุคคลที่รับผิดชอบสำหรับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา กองกำลังนี้มีเครื่องหมายที่กำหนดไว้เด่นชัดสามารถจะเห็นได้ในระยะไกล ถืออาวุธอย่างเปิดเผยและปฏิบัติการตามกฎหมายและประเพณีแห่งสงคราม, ผู้สังกัดในกองทัประจําซึ่งมีความสวามิภักดิ์ต่อรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ที่มีได้รับการรับรองจากประเทศที่กักคุม หรือพลเมืองในอาณาเขตที่มีได้ถูกยึดครองและจับอาวุธขึ้นต่อต้านกองกำลังซึ่งบุกรุกเข้ามาแม้ว่าจะไม่ได้มีการรวมเป็นหน่วยกองทหารประจำ บุคคลซึ่งไม่ได้จัดอยู่ในประเภทของบุคคลดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นพลเรือน²⁸

ส่วนทรัพย์สินทางพลเรือน คือ สิ่งซึ่งไม่ใช่เป้าหมายทางการทหาร²⁹ หรือทรัพย์สินของซึ่งโดยลักษณะ สถานที่ตั้ง วัตถุประสงค์ การใช้ ไม่ก่อให้เกิดประสิทธิผลในการปฏิบัติการทางการทหารโดยการทำลาย การยึด หรือการทำให้หมดสภาพไม่สามารถก่อให้เกิดความได้เปรียบทางการทหารได้

พลเรือนจะต้องได้รับความคุ้มครองทั่วไปจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการทางการทหารและไม่ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตี ห้ามมิให้กระทำการคุกคามหรือกระทำการรุนแรงแก่ประชากรพลเรือน³⁰ สำหรับทรัพย์สินทางพลเรือนจะได้รับความคุ้มครองโดยการไม่ตกเป็นเป้าหมายของการโจมตีหรือการปฏิบัติการตอบโต้การโจมตีจะต้องจำกัดเฉพาะเป้าหมายทางการทหาร³¹

ดังนั้นในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธจึงจำเป็นต้องมีการแบ่งแยกเป้าหมายทางการทหารออกจากพลเรือนโดยการโจมตี ตอบโต้ จะกระทำต่อเฉพาะพลรบและเป้าหมายทางการทหารเท่านั้นจึงจะเป็นการชอบต่อกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศและกฎหมายว่าด้วยกรณีขัดกันด้วยอาวุธ

ข) ห้ามมีการจู่โจมต่อผู้วางอาวุธ

นอกจากการแบ่งแยกพลรบและเป้าหมายทางการทหารออกจากพลเรือนและทรัพย์สินทางพลเรือนแล้ว ในกรณีของพลรบผู้ซึ่งวางอาวุธ ผู้บาดเจ็บหรือผู้ป่วยไข้ จะเห็นได้จากการจัดทำอนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้บาดเจ็บและผู้ป่วยไข้ในกองทัพในสนามรบให้มีสภาวะดีขึ้น อนุสัญญาเจนีวาเพื่อให้ผู้สังกัดในกองทัพขณะอยู่ในทะเลซึ่งบาดเจ็บ ป่วยไข้และเรือต้องอับปางมีสภาวะดีขึ้น

²⁸ พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949, ข้อ 50 (1).

²⁹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 52 (1).

³⁰ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 51.

³¹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 52.

และอนุสัญญาเจนีวาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเชลยศึกซึ่งได้ให้การคุ้มครองพลรบผู้วางอาวุธ ผู้บาดเจ็บป่วยไข้จากกรณีขัดกันด้วยอาวุธ

ค) การโจมตีต้องไม่ก่อให้เกิดความทรมานโดยไม่จำเป็น หมายถึงวิธีและปัจจัยในการต่อสู้ซึ่งไม่ทำให้ฝ่ายตรงข้ามได้รับความทุกข์ทรมานเกินสมควร อาวุธที่ใช้นั้นใช้ได้เท่าที่จะทำให้อาการบาดเจ็บหรือต้องออกจากการสู้รบเท่านั้น ตัวอย่างอาวุธซึ่งก่อให้เกิดความทรมานโดยไม่จำเป็น เช่น กระสุนที่มีรอยบากที่หัวกระสุน หรืออาจกล่าวได้ว่าสามารถใช้วิธีการรบที่ทำให้ศัตรูตายได้แต่ต้องไม่ให้ความทรมานหรือบาดเจ็บเกินความจำเป็น

การห้ามการโจมตีซึ่งก่อให้เกิดความทรมานโดยไม่จำเป็นเริ่มปรากฏในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศตามปฏิญญาอนุสรณ์ปีเตอร์สเบิร์ก ปี 1868 ซึ่งได้ห้ามการใช้กระสุนดินปืนซึ่งมีน้ำหนักต่ำกว่า 400 กรัม เนื่องจากการระเบิดหรือแสงผลในการทำลายอาคารต่างๆ ต้องใช้ดินปืนซึ่งมีน้ำหนัก 400 กรัมขึ้นไป การที่ใช้กระสุนดินปืนน้ำหนักน้อยกว่า 400 กรัมเป็นการมุ่งใช้เพื่อหวังผลต่อมนุษย์ซึ่งจะก่อให้เกิดความทรมานมากซึ่งเป็นการก่อให้เกิดความทรมานโดยไม่จำเป็น ต่อมาได้มีการห้ามการใช้กระสุนหัวตัดซึ่งก่อให้เกิดการขยายของบาดแผลเป็นการก่อให้เกิดความทรมานโดยไม่จำเป็น³²

หลักการโจมตีต้องไม่ก่อให้เกิดความทรมานโดยไม่จำเป็นนี้ได้มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนในข้อ 35 วรรค 2 ของพิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 ว่า ห้ามมิให้ใช้อาวุธ กระสุนและวัตถุ และวิธีการทำสงครามในลักษณะที่จะก่อให้เกิดการบาดเจ็บเกินสมควรหรือความทุกข์ทรมานโดยไม่จำเป็น พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาได้มีการกำหนดครอบคลุมถึงอาวุธ กระสุน วัตถุและวิธีการ มิได้จำกัดเพียงอาวุธบางประเภทอย่างเฉพาะเจาะจงเหมือนซึ่งเคยกำหนดไว้ในกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในปี 1899 ซึ่งมีการกำหนดไว้เฉพาะในแต่ละความตกลงไป ทำให้ขอบเขตของการป้องกันนั้นขยายรวมถึงวิธีการใดๆ ในการทำสงครามอีกด้วย

ง) หลักความจำเป็นทางทหาร หมายถึง การปฏิบัติการหรือการใช้กำลังต่อเป้าหมายเท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุภารกิจทางทหารเท่านั้น ทั้งนี้เป็นการปฏิบัติดังกล่าวจะต้องกำหนดให้อยู่ภายใต้ขอบเขตและกฎเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ความจำเป็นทางทหารเป็นแนวคิดซึ่งยากที่สุดแนวคิดหนึ่งซึ่งถูกกำหนดภายใต้กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศซึ่งถูกจำกัดความอย่างอิสระซึ่งเป็นการทำลายมาตรฐานของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ในทางกลับกันก็ไม่สามารถเป็นที่ยอมรับได้ว่า “ทุกอย่างยุติธรรมในสงคราม” กฎเกณฑ์ของความจำเป็น

³² International Dimensions of Humanitarian Law (Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1988), pp.138-139.

เป็นทางทหารไม่อนุญาตให้กระบวนการทางการทหารถูกใช้เพื่อละเมิดกฎหมายแห่งสงครามหรือสิ่งซึ่งไม่ได้เป็นเป้าหมายทางทหารซึ่งเป็นสิ่งซึ่งเกี่ยวกับการแพ้ชนะของศัตรูหรือสิ่งซึ่งทำอันตรายต่อประชาชนพลเรือนหรือทำลายทรัพย์สินทางพลเรือนซึ่งเพิ่มเสริมหรือมุ่งหวังเป็นประโยชน์โดยตรงในทางทหาร "ความจำเป็นทางทหารหมายถึงวิธีการที่จำเป็นในกระบวนการซึ่งจำเป็นที่สุดในการบรรลุผลสำเร็จแห่งสงคราม โดยชอบด้วยกฎหมายและประเพณีแห่งสงคราม"³³

นักกฎหมายชาวอเมริกันได้พยายามเสนอคำจำกัดความของความจำเป็นทางทหารว่า ความจำเป็นทางทหารเป็นสิ่งที่ต้องการในกรณีเร่งด่วนโดยปราศจากการชักช้าโดยผู้บัญชาการ ซึ่งเป็นกระบวนการอันจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อบังคับให้มีการยอมจำนนอย่างรวดเร็วที่สุดตราบเท่าที่จะเป็นไปได้ต่อศัตรูโดยวิธีการการใช้กำลังตามกฎหมายเกณฑ์และไม่ต้องห้ามตามกฎหมายและประเพณีแห่งสงคราม

ตามข้อคิดเห็นเกี่ยวกับพิธีสารฉบับที่หนึ่งได้อ้างหลายครั้งถึงคำนิยามของความจำเป็นทางทหารว่าพื้นฐานมาจาก 4 หลัก คือ ความเร่งด่วน, กระบวนการซึ่งถูกจำกัดด้วยความจำเป็นอย่างยิ่ง, การควบคุมต่อการใช้กำลัง, วิธีการซึ่งไม่ ละเมิดการต้องห้ามอย่างไม่มีเงื่อนไข

ความจำเป็นทางทหารได้รับการยอมรับในการวางแผนทางการทหารโดยเป็นอิสระในการตัดสินใจถึงระบบอันสมควรในการใช้ปฏิบัติการทางการทหาร "มันไม่สามารถกำหนดระดับการกระทำอันชอบธรรมได้ซึ่งเป็นระดับการละเมิดอันมีความจำเป็นอย่างเคร่งครัดเพื่อประกันความสำเร็จของการปฏิบัติการในแต่ละกรณี" เพราะฉะนั้นระดับของการยอมรับการตัดสินใจอันอิสระของผู้วางแผนทางการทหารโดยแนวคิดความจำเป็นทางทหารเป็นสิ่งที่สนับสนุนกฎหมายเกณฑ์สัดส่วนความเสียหายและกฎหมายและจารีตแห่งสงครามอื่นๆ

จ) หลักความเป็นสัดส่วนระหว่างความเสียหายกับความจำเป็นทางทหาร หมายถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการทางทหารนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับความจำเป็นทางทหารแล้วจะต้องไม่เกินสมควร อาจกล่าวได้ว่าเป็นการไม่ใช้กำลังที่มากเกินไปกว่าความจำเป็นในอันที่จะบรรลุเป้าหมาย การใช้กำลังควรใช้เพื่อให้ศักยภาพทางทหารของศัตรูลดลงโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมากเกินไปและต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่พลเรือน³⁴

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายว่าด้วยการขัดกันด้วยอาวุธเป็นหลักซึ่งมีบทบาทเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วย

³³ Jan Piclet, *Commentary on the Additional Protocols* (Geneva: ICRC, 1987), p. 393.

³⁴ พิธีสารฉบับที่ 1 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวาปี 1949, ข้อ 57 (2)(iii).

อาวุธ โดยหัวข้อต่อไปจะมีการศึกษาถึงประเภทของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งเป็นเงื่อนไขในการใช้อनुสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

1.2.3 ลักษณะของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

กรณีการขัดกันด้วยอาวุธแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

ก. กรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (International Armed Conflict)

กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law) ซึ่งเป็นกฎหมายอันปรับใช้กับกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ได้รองรับกรอบกรณีของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธไว้สองกรณี โดยข้อแตกต่างของทั้งสองกรณีนั้นพิจารณาจากเส้นแบ่งพรมแดนของรัฐ หากกรณีการขัดกันด้วยอาวุธนั้นเกิดขึ้นจากแต่ละฟากของเส้นแบ่งพรมแดนก็นับเป็นกรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ³⁵

เมื่อศึกษาจากอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ซึ่งได้กำหนดขอบข่ายการบังคับใช้แล้ว สามารถพิจารณาได้ว่า กรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศนี้ ได้แก่ บรรดากรณีสงครามที่ได้มีการประกาศ กรณีการขัดกันด้วยอาวุธอย่างอื่นใดซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างรัฐสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น แม้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะไม่ได้รับรองสถานะสงคราม กรณีที่มีการยึดครองอาณาเขตบางส่วน หรือทั้งหมดของรัฐ แม้ว่าการยึดครองนี้จะไม่ได้มีการต่อต้านด้วยอาวุธ³⁶

³⁵ Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflict According to the Geneva Conventions and Protocols," *RCDAL* 163, No. II (1979), pp. 117-163.

³⁶ อนุสัญญาเจนีวา ปี 1949, ข้อ 2 รวม

"ข้อ 2 นอกจากบทบัญญัติที่จะต้องใช้ในยามสงบแล้ว ให้อनुสัญญานับนี้บังคับแก่บรรดากรณีสงครามที่ได้มีการประกาศ หรือ กรณีพิพาทกันด้วยอาวุธอย่างอื่นใดซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างอัครภาคีผู้ทำสัญญาสองฝ่าย หรือ กว่านั้นขึ้นไป แม้ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะมีรับรองว่ามีสถานะสงครามก็ตาม

อนุสัญญานี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดากรณีการยึดครองอาณาเขตบางส่วน หรือ ทั้งหมดของอัครภาคีผู้ทำสัญญาด้วย แม้ว่าการยึดครองดังกล่าวจะมีได้ประสพการต่อต้านด้วยอาวุธก็ตาม

แม้ว่าประเทศที่พิพาทกันประเทศหนึ่งจะมีได้เป็นภาคีอนุสัญญานับนี้ก็ตาม ประเทศที่เป็นภาคียังคงมีความผูกพันกันตามอนุสัญญานับนี้ในความสัมพันธ์ระหว่างกันและกัน ยิ่งกว่านั้น บรรดาประเทศดังกล่าวแล้วยังต้องมีความผูกพันตามอนุสัญญานับนี้ในความสัมพันธ์กับประเทศที่มีได้เป็นภาคีด้วย หากว่าประเทศนั้นยอมรับและใช้บทบัญญัติแห่งอนุสัญญานับนี้".

นอกจากนี้เมื่อศึกษาตามความในพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 ปี 1977 เกี่ยวกับการคุ้มครองเหยื่อจากกรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศ (พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ฉบับที่ 1) ได้บัญญัติไว้บทบัญญัติทั่วไป ส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทั่วไปและขอบข่ายแห่งการบังคับใช้พิธีสาร โดยอ้างถึงข้อ 2 รวมของอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ให้รวม “ ข้อพิพาททางอาวุธซึ่งประชาชนต่าง ๆ กำลังต่อสู้เพื่อต่อต้านการปกครองแบบอาณานิคม และการครอบครองโดยชนต่างด้าวและเพื่อต่อต้านระบอบที่แบ่งผิว ทั้งนี้โดยการใช้สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองดังที่ได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ.....”³⁷

เมื่อพิจารณาจากอนุสัญญาเจนีวาปี 1949 และ พิธีสารเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ปี 1977 สามารถจำแนก กรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ออกได้ดังนี้

1. กรณีสงครามที่ได้มีการประกาศระหว่างรัฐ
2. กรณีการขัดกันด้วยอาวุธอื่นใดที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐ แม้จะไม่มี การรับรอง สถานะสงคราม
3. กรณีการยึดครองอาณาเขตบางส่วน หรือ ทั้งหมดของรัฐ แม้ว่าจะไม่มีการตอบโต้ด้วยอาวุธ
4. กรณีการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งประชาชนต่อสู้เพื่อต่อต้าน การปกครองแบบอาณานิคม, การปกครองโดยชนต่างด้าว, ระบอบการแบ่งผิว

กรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่างประเทศนั้นนอกเหนือที่มุ่งไปสู่ผู้กระทำอันเป็นรัฐยังอาจหมายรวมถึงผู้กระทำอันเป็นตัวตนอื่น ๆ หรือ กลุ่มกองกำลังติดอาวุธ บั๊จเจกชน ซึ่งมีองค์ประกอบคือ เป็นกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ และ เกิดขึ้นจากแต่ละฟากของเส้นเขตแดน อีกด้วย

ข. กรณีการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ความขัดแย้งแห่งสงครามที่เกิดขึ้นบนดินแดนของรัฐเดียว ถือเป็นกรณีการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่ก็มีข้อยกเว้น คือ เหตุการณ์ซึ่งประชาชนลุกขึ้นต่อสู้อำนาจอาณานิคมในการกำหนดอนาคตตนเองซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ 1 ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977

ในบางกรณีนั้นกรณีพิพาทภายในรัฐมีสถานการณ์ที่เลวร้ายยิ่งกว่ากรณีพิพาทซึ่งเกิดขึ้นระหว่างรัฐ หรือ กรณีพิพาททางอาวุธอันมีลักษณะระหว่างประเทศ³⁸

³⁷ พิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977, ข้อ 1(4).

³⁸ Sharon A. Williams , The International Protection of Movable Cultural Property A Comparative Study (New York: Oceana Publications, Inc, 1978), p.43.

กรณีการขัดกันด้วยอาวูธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศมีข้อแตกต่างจากกรณีพิพาทระหว่างประเทศ เนื่องจากสถานะทางกฎหมายของตัวตน (Entities) ซึ่งเป็นฝ่ายพิพาทตรงข้ามไม่ใช่รัฐอธิปไตยและเป็นการพิพาททางอาวูธระหว่าง 2 ฝ่าย หรือ มากกว่าภายในดินแดนของรัฐเดียวกัน³⁹

เมื่อวิเคราะห์พิรุธเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี1949 ฉบับที่ 2 ปี 1977⁴⁰ ได้กำหนดไว้ในขอบข่ายการบังคับใช้พิรุธต่อกรณีพิพาทที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศอันมีลักษณะดังนี้

- ก. กรณีการขัดกันด้วยอาวูธซึ่งไม่ใช่กรณีการขัดกันด้วยอาวูธระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 1 ของพิรุธเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949 ฉบับที่ 1 ปี 1977 หรือ กรณีที่การใช้กำลังต่อสู้เพื่อต่อต้านการปกครองแบบอาณานิคม และการครอบครองโดยชนต่างดาว และเพื่อต่อต้านระบอบที่แบ่งผิว⁴¹
- ข. เป็นกรณีพิพาทซึ่งเกิดขึ้นในดินแดนของอำครภาคี ระหว่างกองทัพของรัฐ และ กองกำลังของฝ่ายต่อต้าน หรือ กลุ่มกองกำลังอื่น ๆ ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาที่รับผิดชอบและสามารถควบคุมอาณาเขตส่วนหนึ่งของรัฐภาคินั้นเป็นเหตุให้สามารถปฏิบัติการทางทหารได้โดยต่อเนื่องและพร้อมเพรียง⁴²
- ค. ไม่รวมถึงสถานการณ์ยุ่งยากภายในและความตึงเครียดต่าง ๆ เช่น การจลาจล การใช้กำลังรุนแรงเป็นครั้งคราวและไม่ต่อเนื่อง และการกระทำอื่นที่คล้ายกับดังกล่าวมานี้⁴³

หากศึกษาจากข้อความด้านบน สามารถที่จะจำแนกองค์ประกอบของกรณีการขัดกันด้วยอาวูธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ได้ดังนี้

- เป็นกรณีพิพาทด้วยอาวูธ
- ระหว่างกองทัพของรัฐฝ่ายหนึ่ง และกองกำลังของฝ่ายต่อต้าน หรือ กองกำลังอื่น ๆ
- กองกำลังดังกล่าวนั้นอยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาที่เป็นระบบ

³⁹ เฉลียว นครจันทร์, "การนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการพิพาทด้วยอาวูธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาด้านนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2535), หน้า 22.

⁴⁰ พิรุธเพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ลงวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ.1949 เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากข้อพิพาททางอาวูธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977.

⁴¹ พิรุธฉบับที่ 2 ปี 1977 เพิ่มเติมอนุสัญญาเจนีวา ปี 1949, ข้อ 1 (1).

⁴² เรื่องเดียวกัน, ข้อ 1(1).

⁴³ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 1(2).

- กองกำลังดังกล่าวสามารถควบคุมอาณาเขตส่วนหนึ่งของรัฐนั้น
- กองกำลังดังกล่าวสามารถปฏิบัติการทางการทหารได้อย่างต่อเนื่องและพร้อมเพรียง

สำหรับกรณีการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศนี้ อาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป เช่น สงครามกลางเมือง (Civil War) สงครามการแบ่งแยกดินแดน (Separatist War) และสงครามปฏิวัติ เป็นต้น ⁴⁴

สงครามกลางเมือง (Civil War) ถือว่าเป็นแบบดั้งเดิมของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธซึ่งไม่มีลักษณะระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในสมัยอดีต เป็นกรณีการขัดกันด้วยอาวุธระหว่าง สองฝ่าย หรือ มากกว่าของพลเมืองภายในรัฐเดียวกัน เพื่อควบคุมรัฐบาลของรัฐนั้นเอาไว้เพราะพลเมืองในรัฐนั้นต้องการที่จะแบ่งแยกดินแดน ⁴⁵

นอกจากนี้สงครามการเมืองเป็นการต่อสู้ด้วยอาวุธระหว่างกลุ่มชนซึ่งอาจเป็นกองทหาร หรือ ประชาชนของรัฐนั้น กับรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อล้มล้างการปกครองและเพื่อให้ได้มาซึ่งการปกครองของรัฐนั้น ⁴⁶

ตัวอย่างเช่น สงครามการเมืองในอเมริกา ปี 1861 ซึ่งเป็นการสู้รบเพื่อแบ่งแยกดินแดนระหว่างกองทัพของรัฐฝ่ายเหนือและรัฐฝ่ายใต้ที่ควบคุมดินแดนไว้ได้

สงครามปฏิวัติ (Revolutionary War) หมายถึงสงครามที่มีวัตถุประสงค์ล้มล้างรัฐบาลที่มีอยู่และแทนที่โดยรัฐบาลอื่น ชนิดของสงครามปฏิวัติส่วนมากมีแนวคิดด้าน Marxist-Leninist สนับสนุน เช่น ในฟิลิปปินส์ซึ่งเป็นสงครามปฏิวัติระหว่างกองทัพประชาชนใหม่ ⁴⁷ ซึ่งต้องการล้มล้างการปกครองของรัฐบาลฟิลิปปินส์ เป็นต้น ⁴⁸

สงครามแบ่งแยกดินแดน (Separatist War) คือ กลุ่มฝ่ายตรงข้าม (Dissident group) ที่ไม่อาจล้มล้างรัฐบาลได้ แต่มีเป้าหมายที่จำกัดเพื่อแสวงหาอิสระภาพในดินแดนหนึ่งโดยเฉพาะ ใน

⁴⁴ เฉลียว นครจันทร์, "การนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2535), หน้า 14.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

⁴⁶ รศ.กรันต์ ธนุเทพ, "กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ภาคสงคราม," ใน เอกสารประกอบรายวิชา LA410 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พ.ศ.2524), หน้า 3.

⁴⁷ New People's Army.

⁴⁸ เฉลียว นครจันทร์, "การนำกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศมาประยุกต์ใช้กับการพิพาทด้วยอาวุธที่ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2535), หน้า 16.

กรณีพิพาทชนิดนี้ กลุ่มที่กระทำการต่อต้านรัฐบาลไม่ประสงค์จะทำลายอำนาจของรัฐบาลทั่วประเทศทั้งหมด แต่เป็นการต่อต้านเพียงส่วนหนึ่ง ที่อ้างว่าตนเองควรมีสติที่ดีกว่า เป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้อธิปไตยเหนือดินแดนเพียงบางส่วนไม่ใช่ทั้งหมด เช่น สงครามแบ่งแยกดินแดนของแนวร่วมขบวนการกู้ชาติโมโร (Moro National Liberation Front – MNLF) ที่ต้องการแบ่งแยกดินแดนเพื่อคุ้มครองตนเอง ในเกาะมินดาเนา ซึ่งอยู่ทางภาคใต้ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์⁴⁹

สงครามกองโจร (Guerilla Warfare) ไม่ใช่ชนิดของกรณีพิพาทแต่เป็นวิธีการโดยเฉพาะในการทำสงคราม ซึ่งอาจใช้ในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ทั้งในระหว่างประเทศ และ ไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยวิธีการกระจายทั่วไป และ เคลื่อนที่ ของกลุ่มที่ใช้วิธีการโจมตี ชุ่มโจมตี และ ทำลาย ซึ่งมีการจัดองค์กรขั้นพื้นฐานและมียุทธวิธีการสู้รบที่แปลก โดยสงครามชนิดอื่นไม่นิยมใช้กัน⁵⁰ นอกจากนี้ สงครามกองโจรยังอาจหมายถึง การต่อสู้ในดินแดนที่ยึดครองโดยศัตรูซึ่งกระทำโดยคณะบุคคลถืออาวุธที่มีใช้ส่วนหนึ่งของกองทัพ และไม่มีกำลังเพียงพอที่จะต่อสู้กับศัตรูอย่างเปิดเผย โดยส่วนใหญ่กระทำการต่อสู้อย่างลับ ๆ เป็นระยะ ๆ⁵¹

เมื่อได้มีการศึกษาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดความเสียหายในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและลักษณะของกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ หัวข้อต่อไปจะมีการศึกษาถึงพัฒนาการเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมทั้งในระดับสากลและประเทศไทย

1.3 วิวัฒนาการของการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

1.3.1 วิวัฒนาการของการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธในประเทศต่างๆ

ตลอดมาในประวัติศาสตร์เกิดสงครามระหว่างกลุ่มชนต่างๆ นับครั้งไม่ถ้วน สงครามหรือในปัจจุบันหันไปใช้คำว่ากรณีการขัดกันด้วยอาวุธนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายการทำลายล้างอย่างกว้างขวาง ในสมัยโบราณไม่มีกฎเกณฑ์ใดที่จะป้องกันกองทัพจากการทำลายล้างประเทศที่ปราชัยหรือการยึดทรัพย์สินของผู้แพ้ ส่วนหนึ่งของจุดมุ่งหมายของการสงครามคือทรัพย์สินซึ่งมีการยึดไปจากการชนะสงครามซึ่งมาจากแนวคิด Right to booty โดยหลักการนี้เห็นว่า

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน ,หน้า 16.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน ,หน้า 17.

⁵¹ รศ.กรันต์ ธนูเทพ, "กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ภาคสงคราม," ใน เอกสารประกอบรายวิชา LA410 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง,พ.ศ.2524), หน้า 5.

“มันเป็นกฎหมายสากลและกฎหมายภายในว่าทุกสิ่งทุกอย่างทั้งประชาชนหรือทรัพย์สินในเมืองซึ่งถูกยึดโดยศัตรูในรัฐอันเกิดสงครามจะตกเป็นของผู้มีชัยชนะ”⁵²

ในสมัยกรีก ได้มีแนวคิดในการเคารพต่อสถานที่เคารพและทรัพย์สินทางศาสนาเนื่องจากเชื่อมโยงกับแนวคิดเกี่ยวกับความศักดิ์สิทธิ์ทางธรรมชาติ แม้ว่าจะไม่มีคุณค่าทางศิลปะก็ตาม สถานที่เหล่านั้น เช่น วิหาร และ ทรัพย์สินของวิหาร รูปเคารพของเทพเจ้า Polybius (202 ปี-120 ปีก่อนคริสตกาล)นักประวัติศาสตร์ชาวกรีกได้บันทึกว่า

“อย่างไรก็ดีกฎหมายและสิทธิแห่งสงครามนั้นผูกพันผู้ชนะในการยึด ทำลายเมือง ประชาชน เรือ หรือ ทรัพย์สิน และวัตถุของศัตรูอื่นๆ เพื่อแสดงความเข้มแข็งของผู้ชนะ แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่าจะเกิดผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว แต่ไม่มีผู้ใดทำลายอย่างไม่มีจุดหมายวิหาร วัด หรือ วัตถุศักดิ์สิทธิ์ หากผู้ใดทำลายผู้นั้นคือคนบ้า”⁵³

จะเห็นได้ว่าแนวคิดของกรีกในการคุ้มครองสถานที่ศักดิ์สิทธิ์และทรัพย์สินทางศาสนานั้นก็ยังคงมีข้อยกเว้นให้กับการทำลายที่มีความหมาย

ต่อมาในสมัยโรมัน กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้หายไป โดยมีการยึดถือว่าผู้พิชิตไม่จำเป็นต้องปราณีต่อการทำลาย ไม่ยกเว้นแม้แต่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ซึ่งนอกเหนือจากสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ชาวโรมันเคารพ

ยุคกลาง หรือ ยุคมืดในสงครามครูเสด และ สงครามโดยอนารยชนเยอรมานิก ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินวัฒนธรรมในทุกที่ที่กองทัพเดินผ่าน แม้นักบุญออกัสติน (St. Augustin) จะมีคำสอนว่า “การยึดทรัพย์สินจากสงครามเป็นบาป” แต่ก็ไม่สามารถประสพผลสำเร็จในการห้ามการยึดทำลาย ต่อมาพระเจ้ากรรดิเฟเดริกที่ 1 (ค.ศ.1152-ค.ศ.1194) แห่งจักรวรรดิเยอรมัน ได้ออกประกาศห้ามทำลาย หรือ ยึดโบสถ์วิหารทางศาสนาในปีค.ศ.1158

แนวความคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมได้เฟื่องฟูขึ้นอีกครั้งในสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการซึ่งปรัชญาและศิลปะต่าง ๆ ได้รื้อฟื้นวัฒนธรรมแบบกรีก-โรมันขึ้นมาอีกครั้ง และในคริสต์ศตวรรษที่ 16-17 ได้เริ่มมีงานเขียนเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศของนักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Jacob Przulski เห็นว่าการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่าง ๆ ควรเคารพต่องานศิลปะ ไม่จำเพาะเพียงแต่ทรัพย์สินทางศาสนาเท่านั้น เช่นเดียวกับ Hugo Grotius ได้เสนอแนวคิดว่า

⁵² Sharon A. Williams , The International Protection of Movable Cultural Property A Comparative Study (New York:Oceana Publications,Inc,1978), p.5.

⁵³ Jiri Toman, The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, (Hamshire : Dartmouth,1996) , p.4.

ควรห้ามการกระทำที่รุนแรงต่อประชากรของศัตรู และ ทรัพย์สินของชาติศัตรูรวมถึงทรัพย์สินวัฒนธรรมด้วย⁵⁴

ในสัญญาสงบศึกเวสต์ฟาเลีย (The Peace of Westphalia) ในปี 1648 ได้มีข้อความกำหนดให้มีการรักษาทรัพย์สินไว้ ณ แหล่งกำเนิดของมัน ได้แก่ บรรณสารต่างๆและงานศิลปะ Emmerich de Vattel ได้เขียนไว้ใน กฎหมายนานาชาติหรือหลักกฎหมายธรรมชาติ ว่า “ไม่ว่าสาเหตุใดก็ตามที่ประเทศถูกทำลาย อาคารบางส่วนควรถูกรักษาเพื่อเกียรติของความเป็นมนุษย์ และซึ่งไม่เป็นปัจจัยในการเพิ่มกำลังของฝ่ายปรปักษ์ เช่น วัด หลุมศพ อาคารสาธารณะและคุณาสถ์ซึ่งมีความสวยงาม หากทำลายสิ่งเหล่านี้โดยไม่มีประโยชน์ในการทำลาย มันเป็นการกระทำอันเป็นศัตรูต่อความเป็นมนุษย์”

ส่วนในทางตะวันออกนั้นการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธได้ปรากฏในประเทศญี่ปุ่น รัชสมัยของจักรพรรดิโกดาอิโกะ(Go-Daigo)ในปีค.ศ.1139 ซึ่งได้มีพระราชโองการห้ามกองทัพเผาศาลเจ้าและวัดในการปราบกบฏ

ภายใต้กฎหมายอิสลามได้กล่าวว่า “หน้าที่ในการแบ่งแยกทรัพย์สินพลเรือนและทรัพย์สินกองทัพเป็นกฎบังคับชัดเจนไม่มีการยกเว้น” จะเห็นได้จากกาหลิบบุบัคร် (Abu Bakr) มีพระราชโองการห้ามทำลายต้นปาล์ม เผาที่ฟ้านัก ไร่ข้าวโพด ตัดต้นไม้ผล ฆ่าสัตว์เลี้ยง และห้ามแตะต้องวิหาร การโจมตีต้องกำหนดเป้าหมายทางทหารอย่างเคร่งครัดโดยหมายถึงวัตถุซึ่งโดยลักษณะและลักษณะการใช้สอยที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการโจมตี

ต่อมาในปัจจุบันได้มีความพยายามในการประมวลหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธเป็นการเฉพาะ คือ สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสถานทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ และอนุสรณ์ทางประวัติศาสตร์ ปี 1935 ระหว่างรัฐในภาคพื้นทวีปอเมริกา หรือ Roriech Pact แต่ก็มีความตกลงระหว่างประเทศซึ่งจำกัดในเฉพาะภาคพื้นทวีปอเมริกาเท่านั้น

หลังมหาสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการก่อตั้งองค์การศึกษา วิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ ในปี1945 อันมีความมุ่งหมายหนึ่งในการคุ้มครองวัฒนธรรมซึ่งหมายรวมถึงทรัพย์สินวัฒนธรรมอันจะเห็นได้จากการเกิดอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ และพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับด้วยตระหนักว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมมีความสำคัญต่อมวลมนุษยชาติและไม่ควรถูกทำลายลงด้วยสงครามหรือกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ

เมื่อวิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าก่อนการพัฒนาการมาเป็นกรอบการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธตามอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณี

⁵⁴ Ibid. , pp.2-5.

การขัดกันด้วยอาวุธในปัจจุบัน ก่อนหน้านี้หลักกฎหมายนี้พัฒนาการมาจากแนวคิดเกี่ยวกับการยกเว้นการโจมตี ทำลาย และยึดตามสิทธิของผู้ชนะต่อสถานที่และทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ สถานที่เคารพและทรัพย์สินทางศาสนา ต่อมาได้ขยายมาถึงงานศิลปะ ในที่สุดก็ได้มีการพัฒนาการโดยรวมความหมายของสิ่งที่คุ้มครองเป็นการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธในที่สุด

1.3.2 ความเป็นมาของการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธของประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศซึ่งมีวัฒนธรรมเป็นเอกลักษณ์ของตนมาช้านานตั้งแต่สมัยก่อนประวัติศาสตร์จากหลักฐานของการขุดค้นทางโบราณคดี ณ อำเภอบ้านเชียง จังหวัดอุดรธานีถึงกลุ่มชนก่อนประวัติศาสตร์ สมัยอาณาจักรทวารวดี ในพุทธศตวรรษที่ 11 สมัยอาณาจักรศรีวิชัย สมัยอาณาจักรลพบุรี สมัยอาณาจักรเชียงแสน สมัยอาณาจักรสุโขทัย สมัยอาณาจักรอยุธยา และปัจจุบันสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ระยะเวลาดังกล่าวได้ทำให้สังคมของกลุ่มชนชาวไทยได้มีการสั่งสมและสร้างสรรค์วัฒนธรรมอันเป็นเอกลักษณ์ของกลุ่มชนโดยถ่ายทอดออกมาทั้งในด้านชีวิตความเป็นอยู่ ประติมากรรม งานศิลปะ ฯลฯ อันแสดงถึงความเจริญทางด้านวัฒนธรรมของชาวไทยได้เป็นอย่างดี

ประเทศไทยมีการแสดงจิตสำนึกของการหวงแหนมรดกทางวัฒนธรรม โดยปรากฏหลักฐานในกฎหมายตราสามดวงอันเป็นกฎหมายซึ่งตราขึ้นในสมัยพระบรมไตรโลกนาถและมีการชำระใหม่ในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก รัชกาลที่ 1 โดยมีการกำหนดให้มีการอนุรักษ์สถาบันทางศาสนา คือ วัดและทรัพย์สินของวัด โดยการกำหนดการระวางโทษผู้ลักหรือทำลายพระพุทธรูป ลอกทองพระพุทธรูป เอาพระบฏล้างน้ำ ขูดหาพระพุทธรูป พระศรีมหาโพธิ์ ลักแก้วแหวนเงินทองที่มีผู้บริจาค ลักทรัพย์สินในกุฏิสถาน ให้เขียนด้วยลวดหนัง ตัดมือ ตัดเท้าใส่เตาเผา เอาเหล็กเผาไฟนาบเนื้อตัว⁵⁵ เนื่องจากโครงสร้างทางสังคมในสมัยโบราณของไทยรวมศูนย์อยู่ที่วัดและวังจึงให้มีการให้ความสำคัญต่อการรักษาทรัพย์สินทางศาสนา

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 ได้มีการออก “หมายประกาศเขตรังวัดผู้ร้ายขุดวัด จุลศักราช 1216” ซึ่งกำหนดว่า หากมีการทำลายหรือลอบขุดพระอุโบสถ วิหาร เจดีย์ พระพุทธรูปจนชำรุด หักพัง ประชาชนในเขตรัศมี 41 เส้นในบริเวณนั้นต้องมา

⁵⁵ กรมศิลปากร, กฎหมายตราสามดวง, หน้า 243-246.

ร้องเรียนนายอำเภอรั้วแขวงกรมการเมืองภายใน 1 เดือน หากทะเลาะไม่มาแจ้งต้องมีพินัยเสียค่าปฏิสังขรณ์จนกว่าสำเร็จดังเก่าคือจนกว่าจะสมบูรณ์ดังเดิม

ปี พ.ศ.2466 ได้มีการออก “ประกาศการตรวจของโบราณ 17 มกราคม พ.ศ.2466 ซึ่งได้กล่าวว่า “ในประเทศสยามนี้มีของโบราณ เช่นเจดีย์สถานและวัตถุต่างๆ ซึ่งสมเด็จพระเจ้าแผ่นดินและช่างผู้ชำนาญศิลปศาสตร์ได้สร้างไว้แต่ปางก่อนเป็นอันมา” ดังนั้นจึงมีการกำหนดให้กรรมการหอพระสมุทราสำหรับพระนครเป็นผู้ตรวจตราดูแลให้ทรัพย์สินเหล่านี้สงบเรียบร้อย

ต่อมาได้มีการก่อตั้งกรมศิลปากรขึ้นต่อกระทรวงวังในวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ.2454 รับผิดชอบในการดูแลโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ในปัจจุบันกรมศิลปากรอยู่ในสังกัดกระทรวงวัฒนธรรมตามพระราชบัญญัติปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2545

สำหรับกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ประเทศไทยมีการสงครามมาตั้งแต่สมัยโบราณโดยสงครามในประวัติศาสตร์มักเป็นการสงครามเพื่อแสดงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ การขยายพระราชอาณาเขตหรือด้วยความมุ่งหมายอื่น ในอดีตประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางวัฒนธรรมหลายด้านจากประเทศอินเดียผ่านทางประเทศพม่า เมื่อศึกษาแนวคิดในการสงครามจากรรณคดีสันสกฤตนั้นได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของสงครามเพื่อเป็นการสนองตอบความต้องการมีอำนาจ ทรัพย์สิน ดินแดน และการแก้แค้น ดังปรากฏในหิโตปเทศว่า “เมื่อใดการสงครามจะมีผลสามประการ คือ ดินแดน 1 มิตร 1 แลเงินทอง 1 เมื่อนั้นก็ควรจะทำสงคราม” โดยผู้พ่ายแพ้สงครามยอมเป็นธรรมดาที่จะสูญเสียอำนาจ อาณาเขตและทรัพย์สินสมบัติ⁵⁶ ประเทศไทยได้รับอิทธิพลของคติความเชื่อนี้มาด้วย นอกจากนี้การทำสงครามในอดีตของชาวล้านนา ในทางภาคเหนือของประเทศไทยมีคติการเก็บผักใส่ซ้า เก็บข้าใส่เมือง⁵⁷ คือการทำสงครามเหมือนกับการเก็บผักใส่ตะกร้า คือเป็นการกวาดต้อนคนเข้าเมืองจะสังเกตจากปัจจุบัน จังหวัดทางภาคเหนือของประเทศไทยมีคนหลายเผ่าพันธุ์ โดยการสงครามเพื่อกวาดต้อนคนเข้าเมืองนี้ก็ได้มีการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินต่างๆ รวมถึงทรัพย์สินวัฒนธรรมตามมาด้วย เช่น การเคลื่อนย้ายพระพุทธรูปสำคัญจากดินแดนที่พ่ายแพ้สงคราม เป็นต้น

ตัวอย่างที่เด่นชัดที่สุดในการสูญเสียทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธคือสงครามคราวเสียกรุงศรีอยุธยาครั้งที่ 2 ซึ่งมีการเผาวัดทั่วกรุงศรีอยุธยา การลอกทองพระพุทธรูป

⁵⁶ สมศิริ มีพานิช, “สงครามในวรรณคดีสันสกฤต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชาอักษรศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 20-21.

⁵⁷ สรัสวดี อ๋องสกุล, ประวัติศาสตร์ล้านนา (กรุงเทพมหานคร:อมรินทร์พริ้นติ้ง, 2535), หน้า 19.

การเผาพระราชวังหลวง ปล้นสดมภ์ทรัพย์สินเอกชนและการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินซึ่งมีความสวยงามไปยังประเทศผู้ชนะสงคราม

ผู้เขียนมีความเห็นว่าจากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีกระบวนการในการรักษาทรัพย์สินวัฒนธรรมในยามสันติได้อย่างพอเพียง แต่ในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธนั้นเนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลการสงครามมาจากวัฒนธรรมอินเดียซึ่งมีความมุ่งหมายในดินแดนทรัพย์สิน ทำให้ขาดพัฒนาการพื้นฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธในอดีตเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ในแถบเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดีปัจจุบันประเทศไทยได้ตระหนักถึงความสำคัญในหลักการการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธจะเห็นได้จากการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ในปีพ.ศ.2501 เป็นต้นมา

จากบทนี้สามารถทำให้เห็นว่ากฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศหรือกฎหมายว่าด้วยกรณีการขัดกันด้วยอาวุธนั้นเป็นกฎหมายซึ่งมุ่งจำกัดผลของการทำลายล้างในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธหรือสงครามต่างๆ ได้มีการครอบคลุมการจำกัดนั้นต่อทรัพย์สินซึ่งมีความสำคัญทางวัฒนธรรมเนื่องจากทรัพย์สินวัฒนธรรมเป็นทรัพย์สินซึ่งแสดงถึงเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของแต่ละกลุ่มชนและเป็นสิ่งอันเป็นมรดกร่วมกันของมวลมนุษย์ไม่ควรถูกทำลายจากภัยในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ ต่อมาแนวคิดนี้ได้พัฒนาการก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศในรูปของความตกลงระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีพิพาทอาวุธ คืออนุสัญญาปี 1954 เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธและพิธีสารเพิ่มเติม โดยมีการกำหนดนิยามของคำว่าทรัพย์สินวัฒนธรรมเพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาโดยทั่วไป ซึ่งโดยระบบความคุ้มครองของอนุสัญญาฉบับนี้และพิธีสาร รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ก่อนการจัดทำอนุสัญญาในการคุ้มครองทรัพย์สินวัฒนธรรมในกรณีการขัดกันด้วยอาวุธ จะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย