

ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับ
อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมไ้่น้ำ

ดร.ยศพนธ์ นิตรจิโรจน์

ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับ
อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ
The Comparative Study of Thai Law and the UNESCO Convention
on the Protection of the Underwater Cultural Heritage

ดร.ยศพนธ์ นิตริจิโรจน์*

Dr.Yodsapon Nitiruchirot

บทคัดย่อ

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ หากแต่ได้นำพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมทั้งบนบกและในน้ำมาปรับใช้เพื่อป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ขณะนี้ประเทศไทยยังอยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ค.ศ.2001 (อนุสัญญายูเนสโก) แต่ด้วยเหตุที่ไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องดังกล่าว กฎหมายภายในของไทยอาจยังไม่สอดคล้องหรือไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญายูเนสโกได้

*หัวหน้าหน่วยวิจัยกฎหมายและการพัฒนาพื้นที่ชายแดน, อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท., สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, น.ม. สาขากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. Xiamen University, China. E-mail: surino_juris@hotmail.com.

Head of Research Unit on Border Area Law and Development: ReBALD, Lecturer at School of Law, Mae Fah Luang University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Law at Thammasat University, LL.D. at Xiamen University, China.

วันที่รับบทความ (received) 29 มิถุนายน 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 14 กันยายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 20 กันยายน 2561.

ด้วยเหตุดังกล่าวบทความนี้จึงมุ่งจะศึกษาเปรียบเทียบเพื่อชี้ให้เห็นถึงความไม่สอดคล้อง
ต้องกันของอนุสัญญาเนสโกกับกฎหมายไทย จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ
ของไทยได้ประกาศใช้ก่อนที่อนุสัญญาเนสโกจะถูกร่างขึ้น แม้จะได้มีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2535
แต่ยังมีความไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาเนสโกหลายประการ เช่น 1) นิยามความหมายของคำว่า
มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ 2) บทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ
3) กรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ และ 4) หลักการไม่แสวงหาประโยชน์ทางการค้า

Abstract

Thailand does not have a specific law on underwater cultural heritage (UCH) protection. Nevertheless, the Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art and National Museums B.E. 2504 (1961), a general law on cultural heritage in land or underwater, is applied to protect UCH. Currently, Thailand is considering ratifying the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001 (the UNESCO Convention). Due to Thailand has no specific law in this matter, Thai's law may incompatible or insufficient to implement obligations under the UNESCO Convention.

This article aims to comparatively study on incompatibility between the UNESCO Convention and Thai laws. As a result of the study, the author found that the Act on Ancient Monuments had been promulgated before the UNESCO Convention was adopted, even it was amended in 1992, some provisions of the Act on Ancient Monuments are not compatible with the UNESCO Convention such as 1) the definition of UCH, 2) jurisdiction on UCH protection, 3) ownership of UCH, 4) and the principle of no commercial exploitation.

คำสำคัญ: มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ, อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ, พระราชบัญญัติโบราณสถาน

Keywords: underwater cultural heritage, the UNESCO convention on the protection of the underwater cultural heritage, the act on ancient monuments

1. บทนำ

กฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ได้แก่ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 (อนุสัญญากฎหมายทะเล) และอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ค.ศ.2001 (ต่อไปนี้จะเรียกว่าอนุสัญญายูเนสโก) ในขณะที่ร่างอนุสัญญากฎหมายทะเลนั้นได้มีการถกเถียงกันเรื่องการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำอยู่บ้างแต่ไม่มากนัก เนื่องจากในขณะนั้นยังเป็นเพียงแค่ความกังวลของนานาชาติ หากแต่ยังไม่มีรายงานความสูญเสียมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่แน่ชัด อีกทั้งเทคโนโลยีในการขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในขณะนั้นก็ยังไม่มีการพัฒนามากพอ ดังนั้น ภายใน 320 มาตรา และ 9 ภาคผนวกแห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลจึงมีเพียงสองมาตราเท่านั้นที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ซึ่งมีความไม่ชัดเจนและไม่เพียงพออย่างยิ่ง¹

ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีเกี่ยวกับการขุดค้นโบราณวัตถุใต้น้ำได้ถูกพัฒนา โดยเฉพาะเหตุการณ์การค้นพบเรือไททานิค (RMS Titanic) ซึ่งจมอยู่ใต้น้ำทะเลในระดับความลึก 3,800 เมตรในปี พ.ศ.2528² ทำให้เห็นได้ว่าเทคโนโลยีปัจจุบันสามารถขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในทะเลได้เกือบทั่วโลก หลายประเทศจึงเริ่มเป็นกังวลต่ออันตรายของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำมากขึ้น

จนกระทั่งองค์การยูเนสโกได้ประชุมและจัดทำร่างอนุสัญญาเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเสร็จสิ้นในปี ค.ศ.2001 ในการประชุมเต็มคณะในการประชุมใหญ่สามัญครั้งที่ 31³ ประกอบด้วย 35 มาตราและหนึ่งภาคผนวก โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำและอุดช่องว่างของอนุสัญญากฎหมายทะเล อนุสัญญาดังกล่าว จึงถือเป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญและมีพัฒนาการที่ดีที่สุดในเรื่องการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในขณะนี้ ประเทศไทยเป็นภาคีเพียงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโก ดังนั้น บทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญา

¹Yodsapon Nitiruchiro, "The Challenges of Underwater Cultural Heritage Protection in the South China Sea," *China Oceans Law Review* 2 (2016): 247-249.

²Sarah Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 4.

³Kuen-chen Fu, *Essays on International Law of the Sea* (Xiamen: Xiamen University Press, 2004), p. 47.

ยูเนสโกจึงยังไม่ผูกพันต่อประเทศไทย ปัจจุบันยังอยู่ในระหว่างการศึกษาเพื่อเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว

ในส่วนของกฎหมายภายใน เดิมประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยโบราณสถาน ศิลปวัตถุ โบราณวัตถุ และการพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2477 (ค.ศ.1934) เป็นกฎหมายเพื่ออนุรักษ์ ป้องกันโบราณสถานและโบราณวัตถุ ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504 ขึ้นเพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติ พ.ศ.2477⁴ อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรม ได้น้ำ ดังนั้น การป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำของประเทศไทยจึงต้องอาศัยพระราชบัญญัติ โบราณสถานฯ พ.ศ.2504 (ค.ศ.1961) และได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดในปี พ.ศ.2535 (ค.ศ.1992) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ”) ในสถานการณ์ดังกล่าว กฎหมายภายในของ ประเทศไทยอาจยังไม่สอดคล้องหรือไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญายูเนสโกได้

ดังนั้น บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาเปรียบเทียบข้อบทที่สำคัญบางมาตราระหว่าง พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ กับอนุสัญญายูเนสโก พร้อมทั้งผู้เขียนจะได้เสนอความเห็น บางประการเกี่ยวกับข้อบทของอนุสัญญาฯ 2001 เหล่านั้นด้วย อย่างไรก็ตามยังมีอีกหลายข้อบทที่ยังไม่ได้นำมาวิเคราะห์ในบทความนี้

2. นิยามความหมายของคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ”

อนุสัญญายูเนสโกได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ” หมายถึง “ร่องรอยที่มีอยู่ของมนุษย์ทั้งหมดมีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะดำรงอยู่ได้น้ำโดยมีช่วงเวลาหรืออย่างต่อเนื่องอย่างน้อย 100 ปี อาทิ ที่ตั้งของเมือง โครงสร้าง ตัวอาคาร สิ่งประดิษฐ์และซากศพมนุษย์ รวมไปถึงวัตถุทางโบราณคดี และทางธรรมชาติในทรัพย์สินเช่นว่านั้น และอนุสัญญายังหมายความว่า รวมถึงเรือ อากาศยาน ยานพาหนะ อื่นๆ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของสินค้าหรือทรัพย์สินอื่นที่อยู่ในระวางเรือหรือวัตถุทางโบราณคดีและทางธรรมชาติและวัตถุต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นวัตถุที่มีมาก่อนประวัติศาสตร์ แต่อย่างไรก็ตาม ท่อและสายเคเบิลที่ถูกวางไว้ใต้ทะเลลึกดี หรือแม้แต่ท่อและสายเคเบิลอื่นใดที่ยังคงใช้งานอยู่ใต้ท้องทะเล หากได้ถือว่าเป็นมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำตามความหมายในอนุสัญญานี้แต่อย่างใดไม่”⁵

⁴ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504, มาตรา 3 (1).

⁵ เกียรติพร อำไพ, รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหากฎหมายในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ในเขตทางทะเลของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ, 2556), หน้า 189.

จากนิยามดังกล่าวเห็นว่ามรดกทางวัฒนธรรมได้นำภายใต้อนุสัญญาเนสโกประกอบด้วยสองหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ได้แก่ หลักเกณฑ์ด้านระยะเวลาของการจมอยู่ใต้น้ำ 100 ปี และหลักเกณฑ์ด้านคุณลักษณะของวัตถุที่ต้องประกอบด้วยลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี นอกจากนี้มรดกทางวัฒนธรรมได้นำตามมาตรานี้ยังครอบคลุมทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ แต่ไม่ครอบคลุมถึงวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง (intangible)

2.1 หลักเกณฑ์ด้านระยะเวลาการจมของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

หลักเกณฑ์ว่าด้วยระยะเวลาของการจมน้ำนั้นได้มีการใช้ในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศก่อนที่จะมีการจัดทำอนุสัญญาเนสโกแล้ว เช่น อนุสัญญาว่าด้วยวิธีการในการห้ามและป้องกันการนำเข้า การส่งออกและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ค.ศ.1970 (The 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970),⁶ และอนุสัญญาโรว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ค.ศ.1985 (The European Convention on Offences relating to Cultural Property 1985)⁷ เป็นต้น แต่เกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักการทางโบราณคดีหรือประวัติศาสตร์แต่อย่างใด เนื่องจากในทางประวัติศาสตร์และโบราณคดี วัตถุที่จมอยู่ใต้น้ำไม่ถึง 100 ปีก็อาจมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีได้⁸

อย่างไรก็ตามเกณฑ์ด้านระยะเวลาในอนุสัญญาเนสโกถือว่ามิประโยชน์อย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่

1) เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการอ้างกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่จมน้ำเกินกว่า 100 ปีนั้น น่าจะนานพอที่จะสันนิษฐานว่าเจ้าของได้สละกรรมสิทธิ์ในมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นแล้ว แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่จมอยู่ในน้ำเกินกว่า 100 ปี จะไม่สามารถพิสูจน์ความเป็นเจ้าของได้ และ

⁶The UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970, Article 1 (e), (k).

⁷The European Convention on Offences relating to Cultural Property 1985, Appendix II. Para. 1.

⁸Zhang Xianglan and Zhu Qiang, “Comments on the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage,” *China Oceans Law Review* 1 (2006): 451.

2) เพื่อแยกมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำออกจากขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการกักขัง และกฎหมายว่าด้วยการค้นพบ เนื่องจากแม้ประเทศส่วนใหญ่จะมีแนวทางบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกักขังกับเรือเพื่อช่วยเหลือเรือที่อยู่ในอันตรายเท่านั้นไม่ครอบคลุมไปถึงมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ แต่บางประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) พยายามขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับเรือที่จมอยู่ใต้น้ำเป็นระยะเวลายาวนานด้วย⁹ โดยกลุ่มประเทศเหล่านี้ อ้างว่าการที่มรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำจมอยู่ใต้น้ำเป็นเวลานานอาจได้รับความเสียหายได้เช่นกัน หากไม่มีการเก็บกู้ขึ้นมารักษา อย่างไรก็ตามข้ออ้างดังกล่าว ได้รับการคัดค้านจากนักโบราณคดีเป็นอย่างมาก เนื่องจากมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำที่จมอยู่ใต้น้ำเป็นเวลานานสามารถปรับสมดุลกับสิ่งแวดล้อมได้ทันท่วงทีได้ ดังนั้น จึงไม่มีอันตรายกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำนั้นอีกต่อไป¹⁰

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ร่างอนุสัญญายูเนสโกจึงมุ่งที่จะแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างกลุ่มประเทศที่บังคับใช้กฎหมายการกักขังกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำกับประเทศที่มีได้บังคับใช้กฎหมายการกักขังกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ โดยนำเกณฑ์ระยะเวลาการจมของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ 100 ปีมาเป็นจุดแบ่งให้บังคับใช้กฎหมายการกักขังเฉพาะกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำที่จมน้ำไม่เกิน 100 ปี เท่านั้น

2.2 หลักเกณฑ์ด้านคุณลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

ในขณะร่างอนุสัญญายูเนสโกนั้น กลุ่มประเทศคอมมอน ลอว์ พยายามเสนอให้ใช้แนวทางการคุ้มครองเฉพาะวัตถุที่กำหนดไว้เท่านั้น (Selective approach) กล่าวคือ ต้องเป็นวัตถุที่มีความสำคัญจริงๆ เท่านั้นถึงจะให้การคุ้มครอง ในทางกลับกันกลุ่มประเทศซีวิล ลอว์ เสนอให้ใช้แนวทางป้องกันแบบขยาย (Expansive Approach) กล่าวคือ ต้องให้ความคุ้มครองแก่วัตถุทุกชิ้นที่มีอายุตามที่กำหนด ซึ่งเรียกแนวทางนี้ว่า การป้องกันแบบครอบคลุม (Blanket Protection) แต่ท้ายที่สุดเกณฑ์ความสำคัญ (Significance criterion) ได้ถูกนำมาบังคับใช้ โดยวัตถุที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องมีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีเท่านั้น อย่างไรก็ตาม วัตถุที่มีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีนั้นมีขอบเขตค่อนข้างกว้าง ไม่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจน ในเรื่องดังกล่าวศาสตราจารย์ Patrich J. O'Keefe เห็นว่าการบัญญัตินิยาม

⁹ Ibid., p. 461.

¹⁰ Ibid., pp. 461-462.

ความหมายของมรดกทางวัฒนธรรมได้นำลักษณะนี้ไม่มีความหมาย เนื่องจากวัตถุที่อยู่ใต้น้ำเกินกว่า 100 ปี ย่อมมีลักษณะทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีในตัวเองอยู่แล้ว¹¹

ในส่วนของกฎหมายไทย พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มีขอบเขตการบังคับใช้กับโบราณสถานและโบราณวัตถุ ซึ่งคำว่าโบราณวัตถุและโบราณสถานนี้อาจเทียบเคียงได้กับคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ” แห่งอนุสัญญาเนสโกได้

คำว่า “โบราณสถาน” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นประโยชน์ในทางศิลปประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี ทั้งนี้ ให้รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย และ “โบราณวัตถุ” หมายความว่า สสังหาริมทรัพย์ที่เป็นของโบราณ ไม่ว่าจะเป็นสิ่งประดิษฐ์หรือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ หรือที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของโบราณสถาน ซากมนุษย์หรือซากสัตว์ ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการประดิษฐ์หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นประโยชน์ในทางศิลปประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี¹²

จะเห็นได้ว่านิยามความหมายของคำว่าโบราณสถานและโบราณวัตถุในพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ครอบคลุมทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ แต่ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาการจมน้ำของโบราณวัตถุหรือโบราณสถาน นอกจากนั้นพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ได้กำหนดลักษณะทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีเท่านั้น ไม่รวมถึงลักษณะทางวัฒนธรรมด้วย

ดังนั้น ในประเด็นเรื่องนิยามความหมายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่กฎหมายไทยได้ให้การคุ้มครองมีลักษณะกว้างกว่าอนุสัญญาเนสโก แต่มีข้อน่าสังเกตอยู่ประการหนึ่ง ได้แก่ ลักษณะของโบราณวัตถุไทยไม่ครอบคลุมถึงวัตถุที่มีลักษณะทางวัฒนธรรมด้วย ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าวอาจต้องดำเนินการเพิ่มเติมลักษณะทางวัฒนธรรมเข้าไปในนิยามความหมายของคำว่าโบราณวัตถุและโบราณสถานด้วย ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหาข้อถกเถียงในการบังคับใช้กฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เนื่องจากนิยามความหมายของคำว่าโบราณสถานหรือโบราณวัตถุตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มิได้กำหนดเกณฑ์ระยะเวลาไว้โดยชัดแจ้งดังเช่นอนุสัญญาเนสโก

ในส่วนของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกู้ภัยกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้น คงไม่เป็นปัญหาสำหรับประเทศไทย เนื่องจากตามพระราชบัญญัติช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ.2550

¹¹Patrick O’ Keefe, *Shipwreck Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage* (Great Britain: Institute of Art and Law, 2002), p. 43.

¹²พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ.2504, มาตรา 4.

มาตรา 4 ได้กำหนดให้การช่วยเหลือกู้ภัย หมายความว่า “การกระทำหรือกิจกรรมใดที่ได้กระทำขึ้นเพื่อช่วยเหลือเรือหรือทรัพย์สินอย่างอื่นซึ่งประสบอันตรายในทะเลหรือน่านน้ำใดๆ” ซึ่งจะเห็นได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ไม่ครอบคลุมถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อย่างไรก็ตามประเทศไทยอาจนำนิยามความหมายของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในอนุสัญญายูเนสโกมาปรับใช้ กล่าวคือ ใช้หลักเกณฑ์ระยะเวลาการจมน้ำ 100 ปี แต่มีข้อยกเว้นให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้วัตถุหรือสถานที่ที่จมน้ำระยะเวลาอย่างน้อย 100 ปี เป็นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้ หากเห็นว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นมีความสำคัญดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศมาเลเซียก็ได้¹³ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับอนุสัญญายูเนสโก เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ นอกจากจะคุ้มครองครอบคลุมมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตามนิยามคำว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในอนุสัญญายูเนสโกแล้ว ยังคุ้มครองถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำอื่นที่มีความสำคัญแต่มีได้้อยู่ภายใต้อนุสัญญายูเนสโกอีกด้วย กล่าวได้ว่ามีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างกว่าอนุสัญญายูเนสโกนั่นเอง

3. เขตอำนาจในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อนุสัญญายูเนสโกถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตทะเลต่างๆ เช่น น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขต น่านน้ำหมู่เกาะ เขตต่อเนื่อง เขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีปและบริเวณพื้นที่ หากแต่ไม่ได้กล่าวถึงการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมในทะเลหลวงไว้แต่ประการใด ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่างๆ ระหว่างอนุสัญญายูเนสโกและกฎหมายไทย

3.1 น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตและน่านน้ำหมู่เกาะ

โดยทั่วไปรัฐชายฝั่งย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือ น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตหรือน่านน้ำหมู่เกาะ¹⁴ ในขณะเดียวกันอนุสัญญากฎหมายทะเลได้รับรองความคุ้มครองโดยสมบูรณ์แก่เรือรบและเรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การ

¹³ Malaysian National Heritage Act 2005, Section 63 (1).

“Where the Commissioner is of the opinion that any UCH is situated in Malaysian waters is of cultural heritage significance but less than one hundred years old, he shall advise the Minister and the Minister may by notice published in the Gazette declare the site or object to be a UCH.”

¹⁴ The LOSC, Article 2 (1)-(2).

พาณิชย์ มีข้อสังเกตว่าหากพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรแล้ว เรือรบจะได้รับความคุ้มกันโดยไม่จำกัดพื้นที่¹⁵ แต่เรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินกิจการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์จะได้รับความคุ้มกันต่อเมื่ออยู่ในทะเลหลวง (The High Seas) เท่านั้น¹⁶

อย่างไรก็ตามยังมีข้อสงสัยว่าในกรณีที่เรือรบหรือเรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินกิจการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์ซึ่งจมอยู่ในเขตน่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตหรือน่านน้ำหมู่เกาะของรัฐอื่น เรือรบ เรือซึ่งรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินกิจการและใช้เฉพาะในงานของรัฐบาลอันมิใช่การพาณิชย์จะได้รับความคุ้มกันตามมาตรา 95 และ 96 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลอยู่หรือไม่ ในประเด็นนี้นักวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าเมื่อเรือที่จมอยู่ในน่านน้ำย่อมไม่มีสถานะเป็นเรืออีกต่อไป จึงไม่ได้รับความคุ้มกันตามมาตรา 95 และ 96 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล¹⁷ ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่าเรือที่จมอยู่ใต้น้ำยังคงมีสถานะเป็นเรือรบหรือเรือทางการอยู่เหมือนเดิมและย่อมต้องได้รับความคุ้มกันตามมาตรา 95 และ 96 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล¹⁸

ประเด็นนี้ได้ถูกหยิบยกขึ้นถกเถียงกันเป็นอย่างมากในขณะร่างอนุสัญญายูเนสโก¹⁹ และท้ายที่สุดอนุสัญญายูเนสโกได้ประนีประนอมสองความเห็นดังกล่าวโดยยืนยันสิทธิของรัฐชายฝั่งว่ารัฐชายฝั่งมีสิทธิในการออกกฎหมายและอนุญาตให้ดำเนินกิจการที่มีผลโดยตรงต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในเขตน่านน้ำภายใน น่านน้ำหมู่เกาะและทะเลอาณาเขต²⁰ ในขณะเดียวกันบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายูเนสโกจะต้องไม่ถูกตีความให้ขัดต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับความคุ้มกันของรัฐ (sovereign immunity) เหนือเรือหรือเรือบิน²¹

¹⁵The LOSC, Article 95.

¹⁶The LOSC, Article 96.

¹⁷Lucius Calflisch, "Submarine Antiquities and the International Law of the Sea," **Netherlands Yearbook of International Law** 13, 4 (July 2009): 32.

¹⁸William Riphagen, "Some reflections on "functional sovereignty"," **Netherlands Yearbook of International Law** 6, 6 (December 1975): 128.

¹⁹Sarah Dromgoole and Nicholas Gaskell, "Draft UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 1998," **International Journal of Marine and Coastal Law** 14, 2 (January 1999): 183-184.

²⁰The 2001 UNESCO Convention, Article 7 (1).

²¹The 2001 UNESCO Convention, Article 2 (8).

"Consistent with State practice and international law, including the United Nations Convention on the Law of the Sea, nothing in this Convention shall be interpreted as modifying

และในกรณีที่มีการค้นพบเรือหรือเรือบินของรัฐทางการของรัฐในทะเลอาณาเขตและน่านน้ำหมู่เกาะ (ไม่รวมถึงน่านน้ำภายใน) รัฐชายฝั่งจะต้องแจ้งการค้นพบนั้นแก่รัฐภาคีเจ้าของธง (Flag State Party) และรัฐภาคีอื่นใดซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวหรือมีความเชื่อมโยง (States with a verifiable link) ในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี โดยคำนึงถึงเอกลักษณ์ของเรือและเครื่องบินของรัฐ เช่นว่านั้นด้วย เพื่อความร่วมมือในวิธีการที่ดีที่สุดในการป้องกันเรือหรือเครื่องบินนั้น²²

ประเทศไทยได้ประกาศอำนาจอธิปไตยเหนือน่านน้ำภายในและทะเลอาณาเขตรวมตลอดถึงห้วงอากาศเหนือทะเลอาณาเขตพื้นท้องทะเลและแผ่นดินใต้พื้นท้องทะเลของทะเลอาณาเขต อนึ่งทะเลอาณาเขตของประเทศไทยจะมีความกว้าง 12 ไมล์ทะเลโดยวัดจากเส้นฐานที่ใช้สำหรับวัดความกว้างของทะเลอาณาเขต²³ แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยมิได้บัญญัติให้ผู้ค้นพบมรดกทางวัฒนธรรมได้นำในน่านน้ำภายในหรือทะเลอาณาเขตต้องแจ้งการค้นพบให้แก่หน่วยงานของรัฐ และมีได้กำหนดให้ประเทศไทยมีหน้าที่ต้องแจ้งการค้นพบเรือหรือเรือบินทางการของรัฐอื่นที่ถูกค้นพบในทะเลอาณาเขตของไทยให้แก่รัฐธงเรือหรือรัฐภาคีอื่นใดซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวหรือมีความเชื่อมโยงทราบอีกด้วย

อย่างไรก็ตามมาตรา 29 แห่งอนุสัญญาอนุสนธิสัญญาให้รัฐหรือดินแดนทำคำประกาศพร้อมให้เหตุผลว่าจะไม่บังคับใช้ออนุสัญญาอนุสนธิสัญญาเฉพาะในดินแดน น่านน้ำภายใน น่านน้ำหมู่เกาะหรือทะเลอาณาเขตก็ได้ โดยต้องกำหนดเงื่อนไขที่สอดคล้องกับอนุสัญญาอนุสนธิสัญญาว่าด้วยการไม่บังคับใช้ออนุสัญญานี้และจะถอนคำประกาศนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว²⁴

3.2 เขตต่อเนื่อง

ในขณะที่ร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ผู้แทนจากประเทศกรีซได้เสนอให้ขยายเขตอำนาจของรัฐชายฝั่งว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้นำไปจนถึง 200 ไมล์ทะเล แต่ข้อเสนอนี้ได้รับการคัดค้านจากประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเนเธอร์แลนด์ว่า ข้อเสนอดังกล่าวให้สิทธิที่ไม่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติแก่รัฐชายฝั่งเหนือเขตไหล่ทวีป ซึ่งอาจเป็นการบุกเบิกเส้นทางให้รัฐชายฝั่งสำหรับขอยกเว้นอื่นๆ เป็นการคืบคลานเขต

the rules of international law and State practice pertaining to sovereign immunities, nor any State's rights with respect to its State vessels and aircraft.”

²²The 2001 UNESCO Convention, Article 7 (3).

²³ประเทศไทยประกาศกำหนดความกว้างของทะเลอาณาเขต ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2509.

²⁴The 2001 UNESCO Convention, art 29.

อำนาจ (Creeping Jurisdiction) และท้ายที่สุดจะทำให้รัฐชายฝั่งมีอำนาจเต็มเหนือไหล่ทวีป²⁵ ท้ายที่สุดอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลได้บรรจุข้อบทเพียง 2 มาตราเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ได้แก่ มาตรา 149 และมาตรา 303

มาตรา 303 วรรค 2²⁶ กำหนดให้รัฐชายฝั่งสามารถสันนิษฐานได้ว่าการเคลื่อนย้ายวัตถุซึ่งมีลักษณะทางโบราณคดีและทางประวัติศาสตร์ออกจากพื้นดินท้องทะเลในเขตต่อเนื่องโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐชายฝั่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและข้อบังคับที่ตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 33 กล่าวคือ กฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับศุลกากร การคลัง การเข้าเมืองหรือการสุขาภิบาล ภายในอาณาเขตหรือทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งนั้น²⁷ อย่างไรก็ตามมีข้อพึงสังเกตว่ามาตรา 33 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลนั้นกำหนดให้รัฐชายฝั่งมีอำนาจดำเนินการควบคุมที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับศุลกากร การคลัง การเข้าเมือง หรือการสุขาภิบาลภายในอาณาเขตหรือทะเลอาณาเขตของตนเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำความผิดในเขตต่อเนื่อง ดังนั้น รัฐชายฝั่งจึงไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับกับความผิดตามกฎหมายทั้งสี่ในเขตต่อเนื่อง หากแต่มีเพียงอำนาจดำเนินการควบคุมที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษเท่านั้น²⁸ กรณีจึงเป็นที่สงสัยได้ว่ารัฐชายฝั่งจะมีอำนาจตรากฎหมายเพื่อกำหนดให้ผู้ขนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่องของตนเป็นความผิดหรือมีเพียงแต่อำนาจดำเนินการควบคุมที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษผู้ที่เคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่องเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นมาตราดังกล่าวยังใช้เฉพาะกับการขนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตต่อเนื่อง ไม่รวมถึงการกระทำอื่นๆ แม้จะมีผลกระทบต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นก็ตาม

เพื่อแก้ปัญหาคำถามไม่ชัดเจนของมาตรา 303 (2) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล มาตรา 8²⁹ แห่งอนุสัญญายูเนสโกได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเพื่อยืนยันว่ารัฐชายฝั่ง

²⁵ Lucius Calflisch, op. cit., p. 17.

²⁶ The LOSC, Article 303 (2).

“In order to control traffic in such objects, the coastal State may, in applying article 33, presume that their removal from the seabed in the zone referred to in that article without its approval would result in an infringement within its territory or territorial sea of the laws and regulations referred to in that article.”

²⁷ Sarah Dromgoole, op. cit., p. 34.

²⁸ Ibid., p. 250.

²⁹ The 2001 UNESCO Convention, Article 8.

“Without prejudice to and in addition to Articles 9 and 10, and in accordance with Article 303, paragraph 2, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, States Parties

อาจใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในเขตต่อเนื่องได้ อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวยังคงมีข้อสงสัย 2 ประการ ได้แก่

1) มาตราดังกล่าวได้อ้างถึงมาตรา 9 และ 10 แห่งอนุสัญญายูเนสโกว่า “โดยไม่มีผลกระทบและนอกเหนือจากมาตรา 9 และ 10 (without prejudice to and in addition to Article 9 and 10)” ข้อความนี้ทำให้เกิดข้อสงสัยได้ว่า จะปรับใช้มาตรา 8 ร่วมกับมาตรา 9 และ 10 ได้อย่างไร อย่างไรก็ตามข้อความดังกล่าวอาจถูกตีความว่ามาตรา 8 จะใช้ในกรณีที่รัฐมีการประกาศเขตต่อเนื่อง ภายหลังจากการดำเนินการตามมาตรา 9 และ 10 มาแล้วเท่านั้น หากรัฐชายฝั่งไม่ได้ประกาศเขตต่อเนื่องมาตรา 8 ก็ไม่อาจถูกนำมาปรับใช้³⁰

2) มาตราดังกล่าวได้อ้างถึงมาตรา 303 (2) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ซึ่งมาตราดังกล่าวได้กล่าวถึงเฉพาะการเคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำเท่านั้น แต่มาตรา 8 แห่งอนุสัญญายูเนสโกได้กล่าวถึงกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ จะเห็นได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้มาตรา 8 แห่งอนุสัญญายูเนสโกจะกว้างกว่ามาตรา 303 (2) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ดังนั้น จึงยังเป็นที่ถกเถียงกันว่ารัฐชายฝั่งจะใช้เขตอำนาจในเขตต่อเนื่องได้แค่ไหน อย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่ามาตราดังกล่าวควรถูกปรับใช้ในกิจกรรมเคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำเท่านั้น³¹

ประเทศไทยได้ประกาศเขตต่อเนื่องความกว้าง 24 ไมล์ทะเลวัดจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขต เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2538³² ให้ราชอาณาจักรไทยมีอำนาจดำเนินการที่จำเป็นเพื่อป้องกันและลงโทษการละเมิดกฎหมายและระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการศุลกากร การคลัง การเข้าเมือง หรือสาธารณสุข ที่จะกระทำหรืออาจจะกระทำภายในราชอาณาจักรหรือทะเลอาณาเขตของราชอาณาจักร แต่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าประเทศไทยจะใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือให้อนุญาตในการเคลื่อนย้ายมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำออกจากเขตต่อเนื่องของตน

may regulate and authorize activities directed at underwater cultural heritage within their contiguous zone. In so doing, they shall require that the Rules be applied.”

³⁰Markus Rau, “The UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002): 413.

³¹Eke Boesten, *Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters: Public International Law and What It Offers* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2002), p. 59.

³²ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 112 ตอนที่ 69 ง (29 สิงหาคม 2539).

3.3 เขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป ดังนั้น จึงเกิดเป็นช่องว่างทางกฎหมายสำหรับการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีป ด้วยเหตุดังกล่าววัตถุประสงค์หนึ่งของการจัดทำอนุสัญญายูเนสโกก็เพื่ออุดช่องว่างความบกพร่องดังกล่าว

ในขณะที่ร่างอนุสัญญายูเนสโกประเด็นเรื่องเขตอำนาจรัฐชายฝั่งในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้ถูกนำมาถกเถียงกันอย่างกว้างขวางอีกครั้ง เสมือนกับการฉายละครรอบที่สองท้ายที่สุดอนุสัญญายูเนสโก จึงได้ประนอมความขัดแย้งของทั้งสองฝั่งโดยการสร้างระบบการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีปผ่านกลไกความร่วมมือระหว่างประเทศ ได้แก่ ระบบรัฐผู้ประสาน (Coordinating State System) ระบบรัฐผู้ประสานประกอบด้วยสามขั้นตอนหลัก ได้แก่

1) ขั้นตอนการแจ้งและรายงาน

รัฐภาคีต้องเรียกร้องให้คนชาติหรือผู้ควบคุมเรือสัญชาติตนรายงานการค้นพบหรือเจตนาที่จะดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปของตน³³ ของรัฐอื่น³⁴ หรือในเขตพื้นที่ให้ตนทราบ ในกรณีที่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปของรัฐอื่น รัฐอาจเรียกร้องให้คนชาติหรือผู้ควบคุมเรือสัญชาติตนรายงานดังกล่าวต่อ 1) รัฐเจ้าของธงและต่อรัฐชายฝั่งที่เป็นภาคี³⁵ หรือ 2) รัฐเจ้าของธงและรัฐเจ้าของธงจะต้องกระจายรายงานนั้นไปยังรัฐภาคีอื่นทั้งหมด³⁶ และต้องแจ้งรายงานดังกล่าวไปยังผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกด้วย³⁷ เมื่อรัฐต่างๆ ได้รับแจ้งการค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมดังกล่าวข้างต้นแล้ว หากรัฐนั้นมีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้โดยเฉพาะด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์กับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้น อาจแสดงความสนใจที่จะเข้าร่วมปรึกษาหารือวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมนั้นอย่างมีประสิทธิภาพต่อรัฐชายฝั่ง³⁸

³³The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (a).

³⁴The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (b).

³⁵The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (b) (i).

³⁶The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (1) (b) (ii).

³⁷The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (3).

³⁸The 2001 UNESCO Convention, Article 9 (5).

2) ขั้นตอนการปรึกษาหารือ

รัฐชายฝั่งที่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือบนเขตไหล่ทวีปของตนต้องปรึกษาหารือกับรัฐภาคีทั้งหมดที่ได้ประกาศความสนใจว่าด้วยวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ดีที่สุด³⁹ และดำเนินการประสานงานการปรึกษาหารือกันในฐานะรัฐผู้ประสาน เว้นแต่จะได้ประกาศโดยชัดแจ้งแล้วว่าไม่ประสงค์จะดำเนินการเช่นนั้น ซึ่งกรณีดังกล่าว รัฐที่ได้ประกาศความสนใจจะแต่งตั้งรัฐผู้ประสาน⁴⁰

กล่าวได้ว่า หากเป็นการค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีป โดยทั่วไปรัฐผู้ประสาน ได้แก่ รัฐชายฝั่ง เว้นแต่รัฐชายฝั่งไม่ประสงค์จะดำเนินการ รัฐผู้ประสานจะเป็นรัฐที่ประกาศความสนใจ หากเป็นการค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจการต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในบริเวณพื้นที่ (the Area) รัฐผู้ประสาน ได้แก่ รัฐที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโก

3) ขั้นตอนดำเนินการ

รัฐผู้ประสานมีหน้าที่ต้อง 1) บังคับใช้มาตรการป้องกันตามที่ได้ตกลงกัน⁴¹ 2) ต้องออกใบอนุญาตสำหรับการดำเนินการตามมาตรการที่ได้ตกลงกัน⁴² และอาจดำเนินการวิจัยเบื้องต้นที่จำเป็นเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำและออกใบอนุญาตเหล่านั้นโดยจะต้องแจ้งให้ผู้อำนวยความสะดวกการยูเนสโกทราบถึงผลโดยทันที⁴³ ยิ่งกว่านั้นในกรณีที่มีอันตรายฉับพลันแก่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำรัฐผู้ประสานอาจใช้มาตรการที่ปฏิบัติได้หรืออนุญาตให้ดำเนินการก่อนการปรึกษาหารือก็ได้⁴⁴ โดยการกระทำของรัฐผู้ประสานทั้งหมดจะเป็นการดำเนินการในนามของรัฐภาคีทั้งหมดไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของรัฐผู้ประสานโดยส่วนตัว⁴⁵

ในส่วนของการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย แต่เดิมพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มิได้บัญญัติขอบเขตการใช้บังคับไว้ แต่ในขณะนั้นก็สามารถอนุมานได้ว่าพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ไม่อาจถูกบังคับใช้นอกเหนือจากทะเลอาณาเขตได้ โดยมาตรา 24 (เดิม) แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ บัญญัติเพียงว่า “โบราณวัตถุ

³⁹The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (3) (a).

⁴⁰The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (3) (b).

⁴¹The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (5) (a).

⁴²The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (5) (b).

⁴³The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (5) (c).

⁴⁴The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (4).

⁴⁵The 2001 UNESCO Convention, Article 10 (6).

หรือศิลปวัตถุที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งอยู่ ณ ที่ใดๆ...” จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์เรือสัญชาติ ออสเตรเลีย ชื่อว่า ออสเตรเลียไทด์ Australia Tide ได้เข้ามาลักลอบขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของไทย ในบริเวณอ่าวไทย ในปี พ.ศ.2535 จนเกิดประเด็นโต้เถียงกันว่า ประเทศไทยจะสามารถใช้สิทธิหวงกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของตนได้หรือไม่ เหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้ประเทศไทยได้ปรับปรุงแก้ไขมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติ โบราณสถานฯ ในปี พ.ศ.2542 ว่า “โบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุที่ซ่อนหรือฝังหรือทอดทิ้งไว้ใน ราชอาณาจักรหรือในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะ...” ทำให้ปัจจุบันนี้เป็นอันเข้าใจได้ว่า พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ มีขอบเขตบังคับใช้จนถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทยด้วย อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวมิได้กล่าวถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตไหล่ทวีป ดังนั้น มรดกทาง วัฒนธรรมใต้น้ำในดินใต้ผิวดินของบริเวณใต้ทะเล (subsoil of the submarine areas) ย่อมไม่อยู่ใน บังคับของมาตรานี้

นอกจากนั้นมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ยังมิได้กำหนดให้บุคคล ผู้ค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำแจ้งการค้นพบหรือเจตนาขึ้นแก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หากแต่เพียงกำหนดเพียงให้ผู้เก็บได้ต้องส่งมอบแก่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงาน ฝ่ายปกครองหรือตำรวจแล้วมีสิทธิจะได้รับรางวัลไม่เกินหนึ่งในสามแห่งค่าของทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายอื่นๆ ของไทยได้กำหนดให้บุคคลบางกลุ่มเท่านั้นที่ต้องรายงานการค้นพบโบราณวัตถุให้ พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2514 กำหนดให้ผู้รับสัมปทานที่พบ โบราณวัตถุ ซากดึกดำบรรพ์ในขณะที่ทำการสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียม ต้องรายงานให้กรมเชื้อเพลิง ธรรมชาติทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันพบ⁴⁶ หรือพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2560 กำหนดให้ผู้ถือ อาชญาบัตรหรือผู้ถือประทานบัตรแจ้งการพบโบราณวัตถุหรือซากดึกดำบรรพ์ในขณะที่ทำการสำรวจ แร่หรือการทำเหมืองต่อเจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ประจำท้องที่โดยพลัน⁴⁷

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่ากฎหมายภายในของประเทศไทยยังไม่เอื้ออำนวยต่อการปรับใช้ มาตรารัฐผู้ประสานตามมาตรา 9 และ 10 แห่งอนุสัญญายูเนสโก

⁴⁶ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.2516, มาตรา 73.

⁴⁷ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2560, มาตรา 34.

3.4 บริเวณพื้นที่⁴⁸

รัฐภาคีมีพันธกรณีต้องป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในบริเวณพื้นที่ซึ่งสอดคล้องกับ มาตรา 149 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล เมื่อคนชาติหรือเรือที่ชักธงสัญชาติของรัฐใดค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในบริเวณพื้นที่ รัฐนั้นต้องเรียกร้องให้คนชาติหรือนายเรือแจ้งการค้นพบหรือกิจกรรมนั้นให้แก่ตน⁴⁹ หลังจากนั้นรัฐภาคีดังกล่าวต้องรายงานการค้นพบหรือกิจกรรมนั้นต่อไปยังผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกและเลขานุการองค์การพื้นดินท้องทะเลระหว่างประเทศ⁵⁰ และผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกจะทำการกระจายรายงานดังกล่าวไปยังรัฐภาคีอื่นๆ⁵¹

ต่อจากนั้นผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโกจะเชิญรัฐที่แสดงความสนใจที่จะเข้าร่วม ศึกษาหาวิธีวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมนั้นอย่างมีประสิทธิภาพและเลขานุการองค์การพื้นดินท้องทะเลและแต่งตั้งรัฐหนึ่งรัฐใดให้เพื่อดำเนินการประสานการศึกษหาหรือในฐานะรัฐผู้ประสาน⁵² ในกรณีที่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำตกอยู่ในภาวะอันตรายอย่างยิ่งรัฐภาคีทั้งหมดอาจใช้มาตรการป้องกันก่อนจะมีการศึกษาหาหรือก็ได้⁵³

ในส่วนของกฎหมายไทย พระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ไม่ได้กำหนดให้บุคคลที่ค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในบริเวณพื้นที่ต้องรายงานให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบ อีกทั้งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 (แก้ไขล่าสุด พ.ศ.2560) ได้กำหนดแต่เพียงให้นายเรือบางประเภทต้องแจ้งต่อเจ้าท่าเมื่อเข้ามาในน่านน้ำไทย⁵⁴ ให้ทราบถึงวันที่เรือมาถึง ชื่อเรือ ธงชาติของเรือ ประเภทของเรือ ขนาดของเรือ ชื่อนายเรือ เรือมาจากไหน มาขึ้นแก่ผู้ใด ประเภทสินค้าที่บรรทุกมาในเรือ จำนวนคนประจำเรือ เป็นต้น แต่ไม่ต้องรายงานการค้นพบหรือเจตนาดำเนินการกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในบริเวณพื้นที่แต่อย่างใด

ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญายูเนสโกในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ประเทศไทยคงต้องดำเนินการแก้ไข

⁴⁸ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982, มาตรา 1 “บริเวณพื้นที่” หมายถึง พื้นดินท้องทะเลและพื้นมหาสมุทรและดินใต้ผิวดินที่พื้นขอบเขตของเขตอำนาจแห่งชาติ.

⁴⁹ The 2001 UNESCO Convention, Article 11 para 1.

⁵⁰ The 2001 UNESCO Convention, Article 11 para 2.

⁵¹ The 2001 UNESCO Convention, Article 11 para 3.

⁵² The 2001 UNESCO Convention, Article 12 para 2.

⁵³ The 2001 UNESCO Convention, Article 12 para 3.

⁵⁴ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456, มาตรา 17-18.

โดย 1) ต้องกำหนดให้ผู้ค้นพบหรือมีเจตนาดำเนินกิจกรรมต่อวัตถุที่น่าเชื่อว่ามีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ โบราณคดีและวัฒนธรรมไม่ว่าที่ใดในทะเลแจ้งการค้นพบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่ชักช้า 2) ต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องรายงานการค้นพบเรือที่ใช้ในทางราชการของรัฐอื่นให้รัฐที่เกี่ยวข้องทราบ 3) ต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าประเทศไทยมีอำนาจในการตรากฎหมายและอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในเขตต่อเนื่องได้ และ 4) ต้องแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อรองรับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการในฐานะรัฐผู้ประสานตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9-12 แห่งอนุสัญญายูเนสโกดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น

มีปัญหาที่พึงต้องพิจารณาต่อไปคือการใช้เขตอำนาจตามอนุสัญญายูเนสโกนั้นจะเป็นการขัดต่อบัญญัติแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลหรือไม่อย่างไร ดังที่เห็นได้จากการที่รัฐมหาอำนาจทางทะเลไม่ยอมเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกเนื่องจากการขยายเขตอำนาจให้รัฐชายฝั่ง ดังที่เรียกว่าเป็นการคืบคลานเขตอำนาจ (Creeping Jurisdiction)

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาทางปฏิบัติรัฐต่างๆ จะเห็นได้ว่ารัฐต่างๆ ได้ขยายเขตอำนาจของตนในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำนอกเหนือจากทะเลอาณาเขต⁵⁵ และในขณะเดียวกันบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลก็ได้จำกัดอำนาจของรัฐชายฝั่งเฉพาะแต่ที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญากฎหมายทะเลเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากมาตรา 59 ซึ่งได้รับรองการใช้สิทธิของรัฐชายฝั่งที่ไม่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญากฎหมายทะเล แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐชายฝั่งกับรัฐอื่นๆ จากการใช้เขตอำนาจของรัฐชายฝั่ง จะพึงได้รับการระงับข้อขัดแย้งบนมูลฐานแห่งความเที่ยงธรรม และโดยพิจารณาถึงสภาพการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความสำคัญตามลำดับของผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายต่างๆ รวมทั้งประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม ดังนั้น เมื่อมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำนั้นเป็นประโยชน์ต่อมวลมนุษยชาติทั้งหมด ไม่ใช่ประโยชน์แต่เพียงรัฐหนึ่งรัฐใด การใช้อำนาจในการอนุรักษ์ป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำพึงได้รับการรับรองเป็นพิเศษ ด้วยเหตุดังกล่าว ในสถานการณ์ปัจจุบัน การใช้เขตอำนาจของรัฐชายฝั่งในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปจึงอาจกระทำได้ และหากเกิดข้อพิพาทจากการใช้เขตอำนาจดังกล่าว รัฐชายฝั่งก็ยังสามารถอ้างข้อโต้แย้งได้

⁵⁵ Mariano J. Aznar, "The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone," *The International Journal of Marine Coastal Law* 29, 1 (March 2014): 1-51.

4. กรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

ในระหว่างยกร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลและอนุสัญญาเนสโกได้มีการถกเถียงกันในเรื่องปัญหาการจัดการกรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ได้รับรองสิทธิของเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ระบุตัวได้ (identifiable owners) ว่าจะไม่ถูกระทบกระเทือนจากการปรับใช้บทบัญญัติมาตรานี้⁵⁶ อย่างไรก็ตามยังเป็นที่สงสัยว่ามาตราดังกล่าวจะครอบคลุมจะคุ้มครองกรรมสิทธิ์เหนือมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตหรือทะเลอาณาเขตของประเทศอื่นด้วยหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติความขัดแย้งระหว่างรัฐชายฝั่งและรัฐเจ้าของเรือที่จมอยู่ในทะเลอาณาเขตได้รับการระงับผ่านความตกลงสองฝ่าย เช่น the V.O.C shipwreck Batavia 1972, the CSS Alabama 1989, the *La Belle* wreck 2003⁵⁷ ส่วนในบริเวณพื้นที่ปัญหากรรมสิทธิ์เหนือมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้รับการแก้ปัญหาทางอ้อมผ่านแนวความคิดที่ว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำจะได้รับการสงวนหรือนำไปจัดการเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติทั้งมวลและต้องคำนึงเป็นพิเศษถึงบุริมสิทธิของรัฐหรือประเทศซึ่งเป็นต้นกำเนิดหรือรัฐซึ่งเป็นต้นกำเนิดทางวัฒนธรรม หรือรัฐซึ่งเป็นต้นกำเนิดทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีด้วย⁵⁸ แต่ในเรื่องบุริมสิทธิของรัฐนั้นยังไม่อาจจะระบุได้ว่าจะให้รัฐใดมีสิทธิที่สุทธระหว่างรัฐที่เป็นต้นกำเนิด รัฐที่เป็นต้นกำเนิดทางวัฒนธรรมหรือรัฐที่เป็นต้นกำเนิดทางประวัติศาสตร์และโบราณคดี

ในขณะที่ยกร่างอนุสัญญาเนสโกแรกเริ่มได้มีการเสนอให้บังคับใช้ออนุสัญญาเนสโกกับมรดกทางวัฒนธรรมที่ถูกละทิ้งจากเจ้าของแล้วเท่านั้น แต่ในที่ประชุมไม่สามารถหาข้อยุติได้ว่าพฤติกรรมเช่นไรจะถือเป็นการละทิ้งมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ดังนั้น อนุสัญญาเนสโกจึงได้ละประเด็นดังกล่าวไว้และไม่บัญญัติข้อบทใดๆ เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

อย่างไรก็ตามอนุสัญญาเนสโกได้นำแนวความคิดของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลมาปรับใช้ เช่น ประการแรก อนุสัญญาเนสโกรับรองว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำจะต้องได้รับการสงวนหรือจัดการเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติและ ประการที่สอง อนุสัญญาเนสโก

⁵⁶The LOSC, Article 303 (3).

⁵⁷LIU Lina, *Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area* [Online], available URL: <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/images/ChinaUCHintheArea.pdf>, 2018 (January, 19).

⁵⁸The LOSC, Article 149.

รับรองสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้ (verifiable link) กับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์ ไว้ในหลายกรณี เช่น 1) อาจได้รับเชิญให้เข้าร่วมในความตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคีที่จัดทำขึ้นโดยรัฐภาคีสำหรับอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ⁵⁹ 2) ได้รับแจ้งการค้นพบเรือหรือเรือบินของทางการที่ถูกค้นพบในทะเลอาณาเขตหรือน่านน้ำหมู่เกาะของรัฐอื่น⁶⁰ 3) ได้รับแจ้งการค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมต่อมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีปและบริเวณพื้นที่และ 4) มีสิทธิแสดงความสนใจที่จะเข้าร่วมปรึกษาหารือวิธีการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมนั้นอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามอนุสัญญายูเนสโกได้กำหนดให้รัฐที่มีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้กับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์มีบุริมสิทธิเหนือมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำดังเช่นที่ระบุไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลแต่อย่างใด

ในส่วนของกฎหมายไทย มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ กำหนดว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ไม่สามารถพิสูจน์เจ้าของได้ ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย ให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของประเทศไทย อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวไม่ได้รับรองสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงอันอาจพิสูจน์ได้กับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และโบราณคดีศาสตร์ ดังนั้น หากมีการค้นพบมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ไม่อาจพิสูจน์เจ้าของได้ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย แต่มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นมีความเชื่อมโยงทางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์หรือโบราณคดีศาสตร์กับประเทศอื่นๆ อาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศไทยกับประเทศนั้นๆ ได้

ผู้เขียนเห็นว่าการที่อนุสัญญายูเนสโกรับรองว่ามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำจะต้องได้รับการสงวนไว้เพื่อมวลมนุษยชาติและสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ เป็นการหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงปัญหากรรมสิทธิ์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำโดยชัดแจ้ง แต่อาจอนุมานได้ว่ารัฐที่มีโอกาสได้เข้าครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำประกอบด้วย รัฐชายฝั่งและรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้น ส่วนกฎหมายของไทยรับรองเพียงสิทธิของรัฐชายฝั่ง ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกประเทศไทยควรผ่อนปรนความเคร่งครัดของมาตราดังกล่าว โดยเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปรึกษาหารือร่วมกับรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในด้านต่างๆ และมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะยินยอมให้มรดกทาง

⁵⁹The 2001 Convention, Article 6 (2).

⁶⁰The 2001 Convention, Article 7 (3).

วัฒนธรรมใต้น้ำตกอยู่ในการดูแลของรัฐอื่น โดยที่ประเทศไทยสามารถเข้าถึงมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นในอนาคตได้

5. หลักการไม่แสวงหาประโยชน์ทางการค้า

การไม่แสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นมีทั้งแนวคิดที่ให้การสนับสนุนและแนวคิดที่ให้การคัดค้าน นักโบราณคดีให้การสนับสนุนหลักการดังกล่าว โดยอ้างว่าข้อมูลทางโบราณคดีไม่ใช่มีเพียงโบราณวัตถุชิ้นใดชิ้นหนึ่ง หากแต่ข้อมูลที่สมบูรณ์จะได้มาจากโบราณวัตถุทั้งหมดที่อยู่ ณ ที่แห่งนั้น ตลอดจนบริบทข้างเคียง ซึ่งจะทำให้แสดงเรื่องราวประวัติศาสตร์ได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น หากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำถูกนำออกขายย่อมจะทำให้มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเหล่านั้นไม่ถูกเก็บไว้ในที่เดียวกันและทำให้ประวัติศาสตร์ไม่สมบูรณ์⁶¹ และหากการขุดค้นโบราณวัตถุใต้น้ำเป็นไปเพื่อการพาณิชย์แล้ว ผู้ดำเนินการมักจะคำนึงถึงคุณค่าทางด้านเศรษฐกิจเป็นหลักโดยไม่คำนึงถึงคุณค่าทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีของโบราณวัตถุนั้น⁶² ในทางกลับกันบริษัทเอกชนที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการขุดค้นและเก็บกู้มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำให้การคัดค้านหลักการดังกล่าวโดยอ้างว่างานด้านโบราณคดีใต้น้ำนั้นมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก แต่งบประมาณของรัฐสำหรับงานโบราณคดีโดยทั่วไปจะถูกจำกัด หากมีการร่วมมือกับบริษัทเอกชนจะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวและนักโบราณคดีและบริษัทเอกชนสามารถร่วมงานกันได้⁶³

อนุสัญญายูเนสโกได้ให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าวและได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (7) ว่าห้ามมิให้แสวงหาผลประโยชน์ทางพาณิชย์กับมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ⁶⁴ และภาคผนวกแห่งอนุสัญญาดังกล่าวได้ให้รายละเอียดไว้ว่าการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ของมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำสำหรับการค้าหรือการเก็งกำไรหรือการโอนจำหน่ายโดยไม่สามารถเอาคืนมาได้เป็นการขัดต่อการป้องกันและจัดการมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำและได้ให้ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ เช่น การค้า การขาย การซื้อหรือการเรียกเปลี่ยนมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ

⁶¹Sarah Dromgoole, op. cit., p. 219.

⁶²Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “The Underwater Cultural Heritage: Report of the Committee on Cultural and Education (Rapporteur: Mr John Roper)” Document 4200-E, Strasbourg, 1978, p. 39.

⁶³Sarah Dromgoole, op. cit., p. 220.

⁶⁴The 2001 UNESCO Convention, Article 2 (7)

“Underwater cultural heritage shall not be commercially exploited.”

ดังเช่นสินค้าทางพาณิชย์⁶⁵ ดังนั้น การแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ จึงไม่รวมถึงการนำมาใช้ในกิจการต่างๆ ที่ไม่ได้ทำให้มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำสูญหายไป เช่น การนำมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำมาแสดงในพิพิธภัณฑ์เพื่อเก็บค่าเข้าชม เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการประนีประนอมแนวคิดที่คัดค้านและสนับสนุนหลักการดังกล่าว อนุสัญญาเนสโกได้กำหนดให้อายุของการจมอยู่ใต้น้ำแห่งมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำเป็นที่ตั้งแบ่งแยก กล่าวคือ มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่จมอยู่ใต้น้ำไม่ถึง 100 ปี อาจถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ได้ และได้เปิดช่องให้รัฐสามารถแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำได้ ภายใต้เงื่อนไขสองประการ ดังนี้

- 1) เป็นการดำเนินการตามหลักวิชาชีพโบราณคดีและการบริการที่จำเป็นและดำเนินไปโดยสอดคล้องกับข้อบทต่างๆ ในอนุสัญญานี้และต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจ และ
- 2) การจัดการมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำต้องไม่กระทบต่อคุณค่าทางวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมหรือบูรณภาพ ต้องไม่เป็นผลให้การโอนหรือจำหน่ายโดยไม่อาจติดตามนำกลับมาได้ในอนาคต ต้องดำเนินการโดยสอดคล้องกับข้อบทแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการเก็บรักษามรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำที่ได้รับการกู้และต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจ จึงสรุปได้ว่าการแสวงหาผลประโยชน์ทางพาณิชย์ในมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำนั้นต้องเป็นการดำเนินการไปตามหลักวิชาชีพโบราณคดีและอาจนำกลับมาได้ในอนาคต

⁶⁵ Rule 2 of the Annex to the 2001 UNESCO Convention.

“The commercial exploitation of underwater cultural heritage for trade or speculation or its irretrievable dispersal is fundamentally incompatible with the protection and proper management of underwater cultural heritage. Underwater cultural heritage shall not be traded, sold, bought or bartered as commercial goods.

This Rule cannot be interpreted as preventing:

(a) the provision of professional archaeological services or necessary services incidental thereto whose nature and purpose are in full conformity with this Convention and are subject to the authorization of the competent authorities;

(b) the deposition of underwater cultural heritage, recovered in the course of a research project in conformity with this Convention, provided such deposition does not prejudice the scientific or cultural interest or integrity of the recovered material or result in its irretrievable dispersal; is in accordance with the provisions of Rules 33 and 34; and is subject to the authorization of the competent authorities.”

ในส่วนของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ โบราณวัตถุ ไม่ว่าจะได้ขึ้นทะเบียนแล้วหรือไม่ก็ตามอาจทำการค้าได้หากได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากร ตามมาตรา 19 เว้นแต่จะเป็นโบราณวัตถุที่ห้ามทำการค้า ซึ่งอธิบดีกรมศิลปากรเห็นว่าสมควรได้รับการสงวนไว้เป็นสมบัติของชาติ ตามมาตรา 14 วรรค 2 และหากเป็นโบราณวัตถุที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินและอยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากรจะโอนกันมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายหรือถ้าโบราณวัตถุและศิลปวัตถุใดมีเหมือนกันอยู่มากเกินต้องการ อธิบดีจะอนุญาตให้โอนโดยวิธีการขายหรือแลกเปลี่ยน เพื่อประโยชน์แห่งพิพิธภัณฑ์สถานแห่งชาติหรือให้เป็นรางวัลหรือเป็นค่าแรงงานแก่ผู้ขุดค้นก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ

ตามพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ อาจสรุปได้ว่า โดยทั่วไปโบราณวัตถุอาจถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ทางการค้าเมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมศิลปากร แต่กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้ทำการค้าวัตถุโบราณไว้ดังเช่นข้อยกเว้นแห่งอนุสัญญายูเนสโกแต่อย่างใด และในกรณีโบราณวัตถุที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่อยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากรอาจถูกนำออกขายได้หากโบราณวัตถุนั้นมีเหมือนกันเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เพื่อเป็นรางวัลหรือค่าแรงงานแก่ผู้ขุดค้น ดังนั้น หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญายูเนสโกทั้งหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ทำการค้าวัตถุโบราณและการอนุญาตให้นำวัตถุโบราณที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินซึ่งอยู่ในความครอบครองของกรมศิลปากรออกขายได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและสอดคล้องกับอนุสัญญายูเนสโก เช่น วัตถุโบราณนั้นต้องได้รับการขุดค้นตามหลักโบราณคดีและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการดำเนินกิจกรรมที่มีผลเกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ และการค้านั้นต้องไม่กระทบต่อคุณค่าทางวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมหรือบูรณะภาพและอาจติดตามนำกลับมาได้ในอนาคตด้วย

6. บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโก ประเทศไทยจะต้องทำการแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าวก่อน อาทิเช่น 1) ต้องแก้ไขนิยามความหมายของโบราณสถานและโบราณวัตถุ ให้ครอบคลุมถึงโบราณสถานและโบราณวัตถุที่มีลักษณะทางวัฒนธรรมด้วย ในกรณีที่มีได้กำหนดอายุหรือระยะเวลาการจมน้ำของมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำไว้โดยชัดแจ้ง 2) ต้องบัญญัติหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในเขตต่อเนื่องของประเทศไทย 3) ต้องกำหนดให้คนชาติหรือ

นายเรือที่ชักธงเรือสัญชาติไทยรายงานการค้นพบหรือเจตนาที่จะดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ไม่ว่าจะค้นพบหรือเจตนาดำเนินกิจกรรมในเขตทะเลใดๆ ก็ตาม 4) ต้องกำหนดให้บุคคลที่ค้นพบหรือเจตนาที่จะดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ภายในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือเขตไหล่ทวีปของไทยรายงานการค้นพบหรือดำเนินกิจกรรมนั้นต่อเจ้าหน้าที่ของไทยโดยไม่ชักช้า 5) ต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีของรัฐภายใต้ระบบรัฐผู้ประสาน 6) ต้องแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อรองรับสิทธิของรัฐที่มีความเชื่อมโยงกับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำในการเข้าร่วมปรึกษาหารือเพื่อหาวิธีการดูแลรักษามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ และ 7) ต้องแก้ไขหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการแสวงหาประโยชน์ทางการค้ากับมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญายูเนสโก

หากประเทศไทยแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับข้อบทของอนุสัญญายูเนสโกตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาช้างต้นจะมีผลดีหลายประการ กล่าวคือ ทำให้ประเทศไทยมีความพร้อมที่จะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกและสามารถร่วมมือกับต่างประเทศในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น การใช้กลไกรัฐผู้ประสานร่วมกับรัฐอื่นๆ ในทางกลับกัน การแก้ไขกฎหมายภายในของไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญายูเนสโก จะทำให้ประเทศไทยมีภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ

ส่วนแนวทางการอนุรักษ์หรือการแก้ไขกฎหมายไทยให้สอดคล้องอนุสัญญายูเนสโก อาจทำได้สองวิธี กล่าวคือ แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติโบราณสถานฯ ดังเช่น ประเทศมาเลเซียและประเทศอินโดนีเซีย กับการตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาโดยเฉพาะ เช่น ประเทศจีน (ทั้งจีนแผ่นดินใหญ่และจีนไต้หวัน) และประเทศเวียดนาม อย่างไรก็ตามเนื่องจากการป้องกันรักษามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำมีหลักการและวิธีที่แตกต่างจากมรดกทางวัฒนธรรมบนดิน อีกทั้งอนุสัญญายูเนสโก ยังได้บัญญัติกลไกทางกฎหมายอีกหลายประการซึ่งเป็นมาตรการเฉพาะสำหรับการป้องกันรักษามรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากประเทศไทยจะตรากฎหมายเพื่อป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมได้น้ำ ประเทศไทยควรจะตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมาเพื่อบังคับใช้กับเรื่องดังกล่าว

หากประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายูเนสโกนอกจากข้อบทต่างๆ ที่ได้ศึกษามาในบทความนี้ ยังมีอีกหลายข้อบทในอนุสัญญายูเนสโกที่จะต้องทำการศึกษาวิเคราะห์กันอีกต่อไป นอกจากนั้นประเทศไทยจะต้องคำนึงขีดความสามารถทางการเงินและบุคลากรของประเทศไทยที่จะต้องใช้ในการปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญายูเนสโก ตลอดจนต้องคำนึงถึงพันธกรณีที่จะต้องผูกพันกลไกการระงับข้อพิพาทภาคบังคับอีกด้วย

ข้อสังเกตอีกประการ ได้แก่ อนุสัญญายูเนสโกยังไม่เป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย ซึ่งเห็นได้จากจำนวนของภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว ในปัจจุบันมีเพียง 58 ประเทศที่เข้าเป็นภาคี สาเหตุหลักเนื่องจากยังมีหลายข้อบทที่ยังไม่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ดังนั้น ประเทศไทยยังอาจไม่จำเป็นต้องเร่งรีบในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯ ดังกล่าว จนกว่าอนุสัญญาดังกล่าวจะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางแล้ว ในทางกลับกันประเทศไทยควรดำเนินการแก้ไขกฎหมายภายใน ในส่วนของข้อบทที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศแล้ว เช่น หลักเกณฑ์การให้อนุญาตขุดค้นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ดังที่ระบุไว้ในภาคผนวกแห่งอนุสัญญายูเนสโกและหลักการป้องกันโดยไม่เคลื่อนที่ (Preservation *In Situ*) เป็นต้น

บรรณานุกรม

- เกียรติพร อำไพ. รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหากฎหมายในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในเขตทางทะเลของประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2556.
- Aznar, Mariano J. "The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone." *The International Journal of Marine Coastal Law* 29, 1 (March 2014): 1-51.
- Boesten, Eke. *Archaeological and/or Historic Valuable Shipwrecks in International Waters: Public International Law and What It Offers*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2002.
- Calflisch, Lucius. "Submarine Antiquities and the International Law of the Sea." *Netherlands Yearbook of International Law* 13, 4 (July 2009): 32.
- Dromgoole, Sarah and Nicholas Gaskell. "Draft UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 1998." *International Journal of Marine and Coastal Law* 14, 2 (January 1999): 183-184.
- _____. *Underwater Cultural Heritage and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Fu, Kuen-chen. *Essays on International Law of the Sea*. Xiamen: Xiamen University Press, 2004.
- Keefe, Patrick O'. *Shipwreck Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage*. Great Britain: Institute of Art and Law, 2002.
- Lina, LIU. *Ownership of Underwater Cultural Heritage in the Area* [Online]. Available URL: <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/images/ChinaUCHintheArea.pdf>, 2018 (January, 19).
- Nitiruchirot, Yodsapon. "The Challenges of Underwater Cultural Heritage Protection in the South China Sea." *China Oceans Law Review* 2 (2016): 247-249.
- Rau, Markus. "The UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002): 413.
- Riphagen, William. "Some reflections on "functional sovereignty"." *Netherlands Yearbook of International Law* 6 (December 1975): 128.
- Xianglan, Zhang and Zhu Qiang. "Comments on the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage." *China Oceans Law Review* 1 (2006): 451.