

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย และการมีส่วนร่วมของประชาชนตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และแนวทางการแก้ไขปัญหา

นับตั้งแต่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกขององค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือ UNESCO นั้น ประเทศไทยได้ทำข้อตกลงตลอดจนมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีแนวทางและการคุ้มครองอนุรักษ์เกี่ยวกับโบราณสถานและโบราณวัตถุ โดยเฉพาะการนำหลักการดังกล่าวเข้ามาใช้ในการบริหารจัดการเกี่ยวกับการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุของประเทศไทยในวงกว้าง ซึ่งส่วนใหญ่กฎหมายจะกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบ และมีอำนาจหน้าที่ คือ กรมศิลปากร และกฎหมายดังกล่าวยังกำหนดขอบเขตและอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองและอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุ โดยกฎหมายดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535)

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 จึงทำให้พบปัญหาทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับภารกิจและการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และแนวทางการแก้ไขปัญหา

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน การนำพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาบังคับใช้กับโบราณสถานและโบราณวัตถุในประเทศไทยนั้น เกิดปัญหามากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเกิดปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครอง ป้องกัน และอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุที่ถือเป็นแหล่งเรียนรู้อันทรงคุณค่า อีกทั้งยังเป็นสถานที่อันบ่งบอกถึง

รากเหง้าแห่งประวัติศาสตร์ของชนชาติไทยที่ควรค่าในการอนุรักษ์จากประวัติศาสตร์ในอดีต เพราะหากมีการบังคับใช้กฎหมายแล้วส่งผลกระทบต่อทำให้มรดกทางประวัติศาสตร์หรือมรดกทางวัฒนธรรมเหล่านี้เกิดความเสียหายหรือเกิดผลกระทบ จะทำให้โบราณสถานและโบราณวัตถุ สืบสูญหรือสูญหายไปจากประเทศไทยตลอดกาล

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการกำหนดภารกิจและการบังคับใช้ของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พบว่า ในประเทศไทยเกิดปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าว สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับภารกิจของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

2. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

เมื่อพิจารณาปัญหาจากการศึกษาเปรียบเทียบทั้งข้อเท็จจริงและหลักการทางกฎหมาย ตลอดจนแนวคิดและข้อกฎหมายของต่างประเทศ จึงจะขอกกล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในลักษณะต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

4.1.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับภารกิจของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

ในปัจจุบันการบริหาร โบราณสถานและ โบราณวัตถุ เป็นหน้าที่ของกรมศิลปากร โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 อีกทั้งยังมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อาศัยอำนาจในการเข้าไปทำหน้าที่ เช่นเดียวกับกรมศิลปากร โดยอำนาจหน้าที่ดังกล่าวได้อาศัยอำนาจจากการถ่ายโอนอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 เพื่อให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อาศัยอำนาจจากคำสั่งกระทรวงวัฒนธรรม ที่ 157/2547 ที่กำหนดให้ผู้บริหารและข้าราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าพนักงานและมีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 โดยมีอำนาจหน้าที่เพื่อปกป้อง คุ้มครอง ควบคุมดูแลรักษาโบราณสถานและโบราณวัตถุ ซึ่งถูกกำหนดหน้าที่ตามมาตรา 10 ทวิ มาตรา 21 และมาตรา 21 ทวิ ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า ในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าพนักงานพบว่า เกิดปัญหาการทับซ้อนกันของอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายตามอำนาจหน้าที่โดยอาศัยอำนาจจากกฎที่ออกโดยกระทรวงวัฒนธรรมในการมาบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากในกรณีมีการบุกรุก หรือทำลายโบราณสถานและโบราณวัตถุในเขตพื้นที่กำหนดความรับผิดชอบ ทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมศิลปากร หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีอำนาจดำเนินการตามมาตรา 10 ทวิ มาตรา 21 และ มาตรา 21 ทวิ โดยเมื่อพิจารณาจากข้อกฎหมายจะเห็นได้ว่า อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานทั้งสององค์กรมีความทับซ้อนกันอย่างชัดเจน เนื่องจากตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) ให้ได้อำนาจหน้าที่กับพนักงานเจ้าหน้าที่ของทั้งสองหน่วยงาน คือ กรมศิลปากร และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการมีหน้าที่เข้าไปดูแลปกป้อง ป้องกัน คุ้มครอง และอนุรักษ์โบราณสถาน อีกทั้งยังให้อำนาจเพื่อตรวจสอบว่าในบริเวณรอบโบราณสถาน ได้มีการกระทำที่ขัดต่อพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่และขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมาย คือ ได้กำหนดให้กรมศิลปากรเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายและมีภาระหน้าที่ในการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุของทั่วประเทศ ตลอดจนยังมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ประกอบกับคำสั่งกระทรวงวัฒนธรรม ที่ 157/2547 เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามความในพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ที่ได้กำหนดให้ผู้บริหารและข้าราชการสังกัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีอำนาจเช่นเดียวกันกับพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมศิลปากร จากกฎดังกล่าวจึงถือให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นมีภารกิจเช่นเดียวกันนั่นเอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า กรมศิลปากรและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างมีอำนาจในการบริหารจัดการในพื้นที่โบราณสถานและโบราณวัตถุตามกฎหมายกำหนดเช่นเดียวกัน ส่งผลทำให้เกิดข้อพิพาทจากการใช้กฎหมายที่ทับซ้อนกัน โดยต่างฝ่ายต่างอ้างกฎหมายที่ให้อำนาจหน้าที่กับองค์กรของตนในการเข้าไปจัดการปัญหาในพื้นที่โบราณสถาน เพราะกฎหมายแต่ละฉบับได้กำหนดภารกิจของแต่ละองค์กร ตลอดจนหน้าที่ในการเข้าไปควบคุมดูแลตามที่พระราชบัญญัติแต่ละฉบับได้กำหนดภารกิจหรือภาระหน้าที่เช่นเดียวกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

ได้กำหนดภารกิจและหน้าที่ตลอดจนกำหนดโครงสร้างของผู้รับผิดชอบตามกฎหมายที่มีหน้าที่ในการอนุรักษ์ตลอดจนการควบคุมดูแลบริเวณโบราณสถานเป็นของกรมศิลปากร ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อาศัยอำนาจจากราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ในการใช้อำนาจหน้าที่ในภารกิจ คือ การควบคุมดูแลบริเวณโบราณสถานเช่นเดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาการทับซ้อนของภารกิจตามกฎหมาย ส่งผลทำให้เกิดปัญหาจากการนำพระราชบัญญัติแต่ละฉบับที่ให้อำนาจเดียวกันมาบังคับใช้ และกำหนดภารกิจ ตลอดจนสถานะของกฎหมายที่นำมาใช้ในการบังคับยังอยู่ในระดับเท่าเทียมกัน

จากกรณีการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรทั้งสองที่กฎหมายได้กำหนดโครงสร้างที่มีลักษณะอำนาจหน้าที่เดียวกัน เมื่อพิจารณาหลักการกับข้อเท็จจริงพบว่า มีปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดจากการนำพระราชบัญญัติมาบังคับใช้และส่งผลทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างสององค์กรดังกล่าว ตัวอย่างเช่น กรณีบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 (กรณีการจัดการดูแลโบราณสถาน โบราณวัตถุ พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ และหอจดหมายเหตุ ในเขตเทศบาลนครศรีอยุธยา) ซึ่งมีปัญหาในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย จากการใช้อำนาจของสององค์กรที่กล่าวมาข้างต้นตามพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการบริหารจัดการโบราณสถานตามกฎหมายเนื่องจากตามแผนปฏิบัติการกำหนดขั้นตอนและแผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดให้มีการถ่ายโอนภารกิจเกี่ยวกับด้านศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณีและภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งประกอบด้วย การจัดการดูแลโบราณสถาน โบราณวัตถุ และการจัดการดูแลพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ และหอจดหมายเหตุ โดยกำหนดให้มีการถ่ายโอนให้เสร็จสิ้นภายในปี พ.ศ. 2546 และจะแก้ไขกฎหมายว่าด้วยโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ในปี พ.ศ. 2544 แต่ปัจจุบันยังไม่มีการดำเนินการตามแผนแต่อย่างใด โดยกรมศิลปากรยังคงเข้าดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในหลักการแผนแม่บทนครประวัติศาสตร์พระนครศรีอยุธยา เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2536 ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีนี้ได้ล่วงเลยมาเป็นเวลามากแล้ว และมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายจึงไม่อาจถือเป็นแนวทางปฏิบัติยกเว้นเจตนารมณ์ของมาตรา 284 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ได้ สมควรที่จะได้มีการถ่ายโอนภารกิจดังกล่าวให้แก่เทศบาล

นอกจากนี้กรมศิลปากรได้เข้าดำเนินการก่อสร้างสาธารณูปโภคโดยไม่ได้ขออนุญาตก่อสร้างต่อเทศบาลตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ได้รับการ

ยกเว้นตามมาตรา 7 (4) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522¹⁹⁰ ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เนื่องจากรัฐมนตรี มีอำนาจออกกฎกระทรวงยกเว้นได้เฉพาะกรณีของอาคาร โบราณสถาน วัฒนาอาราม หรืออาคารต่าง ๆ ที่ใช้เพื่อการศาสนา ซึ่งมีกฎหมายควบคุมการก่อสร้างไว้ ดังนั้น การก่อสร้างสาธารณูปโภคอื่น จึงต้องขออนุญาตจากเทศบาลก่อน เมื่อพิจารณาในเชิงบูรณาการแล้วการถ่ายโอนภารกิจ ให้เทศบาลบริหารจัดการเองจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ท้องถิ่นเนื่องจากท้องถิ่นสามารถ เก็บรายได้เพื่อนำไปพัฒนาในรูปแบบต่าง ๆ แต่ในปัจจุบันท้องถิ่นรับภาระจากการให้บริการ สาธารณะแต่ไม่สามารถจัดเก็บรายได้จากการชมเมืองโบราณ เนื่องจากกรมศิลปากรได้ดำเนินการ จัดเก็บเอง โดยไม่ได้จัดส่งให้เทศบาล จึงไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยที่มุ่งเน้นการกระจายอำนาจให้แก่ประชาชนเพื่อให้ประชาชนได้ร่วมบริหาร จัดการท้องถิ่นของตนเองอันจะก่อให้เกิดการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศให้สูงขึ้น สอดคล้อง กับศักยภาพของพื้นที่และความต้องการของประชาชนและเพื่อให้การพัฒนาระบบบริหารการ จัดการบ้านเมืองที่ดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

เทศบาลนครนครศรีอยุธยาจึงขอหารือว่าตามมาตรา 284 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจาย อำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 การดำเนินการด้านศิลปวัฒนธรรม จารีต ประเพณีและภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งประกอบด้วยการจัดการดูแลโบราณสถาน โบราณวัตถุ และการ จัดการดูแลพิพิธภัณฑสถานและหอจดหมายเหตุในเขตเทศบาลนครนครศรีอยุธยาจะเป็นอำนาจหน้าที่ ของเทศบาลนครนครศรีอยุธยาหรือกรมศิลปากร

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาข้อหารือดังกล่าว ประกอบกับได้รับฟังคำชี้แจง จากผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น) ผู้แทนกระทรวงวัฒนธรรม (กรมศิลปากร) และผู้แทนเทศบาลนครนครศรีอยุธยาแล้ว เห็นว่า แม้มาตรา 284 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติ กำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 จะบัญญัติให้ รัฐต้องดำเนินการถ่ายโอนภารกิจที่รัฐดำเนินการซ้ำซ้อนกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือที่จัด ให้บริการในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ตาม แต่บทบัญญัติ

¹⁹⁰ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 7 ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงยกเว้น ผ่อนผัน หรือกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนเกี่ยวกับอาคาร ดังต่อไปนี้

(4) โบราณสถาน วัฒนาอาราม หรืออาคารต่าง ๆ ที่ใช้เพื่อการศาสนาซึ่งมีกฎหมายควบคุมการก่อสร้างไว้แล้วโดยเฉพาะ.

ของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวมิได้มีผลให้ภารกิจของรัฐเหล่านี้ถ่ายโอนไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในทันที หากแต่ต้องมีการพิจารณาจัดทำแผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อกำหนดว่าจะถ่ายโอนภารกิจใดให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อกำหนดขั้นตอนการกระจายอำนาจตามแผนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่อไป และเมื่อได้กำหนดขั้นตอนการกระจายอำนาจแล้ว หากอำนาจใดเป็นอำนาจในทางบริหารซึ่งสามารถถ่ายโอนได้โดยคำสั่งทางฝ่ายบริหารคณะรัฐมนตรีย่อมสามารถมีมติหรือสั่งการให้ดำเนินการโอนอำนาจนั้นไปได้ในทันที แต่ถ้าอำนาจใดเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย การจะถ่ายโอนได้โดยวิธีโดยยอมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนด และถ้ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดให้เป็นอำนาจของหน่วยงานใดเป็นการเฉพาะโดยไม่อาจถ่ายโอนให้บุคคลอื่นใดได้ การจะดำเนินการถ่ายโอนอำนาจเพื่อให้เป็นไปตามแผนและขั้นตอนดังกล่าวก็จำเป็นต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายเสียก่อน หากยังมีได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่อาจมีอำนาจหรือหน้าที่ที่จะดำเนินการในภารกิจที่จะถ่ายโอนนั้นได้ แม้ว่าแผนปฏิบัติการจะกำหนดให้ต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถปฏิบัติการที่จะรับโอนภายในปี พ.ศ. 2544 ก็ตาม แต่เมื่อยังมีได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว จึงไม่อาจถือได้ว่าได้มีการถ่ายโอนภารกิจเกี่ยวกับด้านศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณีและภูมิปัญญาท้องถิ่น มาให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่อย่างใด ภารกิจในการจัดการดูแลโบราณสถาน โบราณวัตถุ และการจัดการดูแลพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติและหอจดหมายเหตุในเขตเทศบาลนครนครศรีอยุธยา จึงยังคงอยู่ในอำนาจความรับผิดชอบของกรมศิลปากร

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่ยังมิได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 เพื่อให้การเป็นไปตามแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจ หากจังหวัดเห็นว่าถ้าได้มีการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด จะทำให้การบริหารราชการของจังหวัดบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการพัฒนาแบบบูรณาการ และกรมศิลปากรมิได้มอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 ผู้ว่าราชการจังหวัดก็อาจรายงานไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้กรมศิลปากรดำเนินการตามระเบียบดังกล่าวต่อไปได้

อนึ่ง ตามที่เทศบาลนครนครศรีอยุธยาละนามาด้วยว่า กรมศิลปากรได้เข้าดำเนินการก่อสร้างสาธารณูปโภคโดยไม่ได้ขออนุญาตก่อสร้างต่อเทศบาลตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร

พ.ศ. 2522 ก่อนนั้น เห็นว่า ตามมาตรา 7 (1) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงยกเว้นอาคารของกระทรวง ทบวง กรม ที่ใช้ในราชการหรือใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ได้ด้วย และต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง (ฉบับที่ 9) (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ยกเว้นไว้แล้ว ดังนั้น ในกรณีนี้หากสาธารณูปโภคที่กรมศิลปากรดำเนินการก่อสร้างอยู่ในความหมายคำว่า อาคาร ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และเป็นอาคารตามมาตรา 7 (1) ดังกล่าว กรมศิลปากร ก็ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตก่อสร้างต่อเทศบาลนครนครศรีอยุธยาตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 (ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 25/2549)

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ทั้งสององค์กรนำมาบังคับใช้ได้กำหนดภารกิจเกิดความทับซ้อนกันในการกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ ส่งผลทำให้การนำกฎหมายของทั้งสององค์กรมาบังคับใช้ จึงเกิดปัญหาด้านภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายมาบังคับใช้ ซึ่งบางกรณียังส่งผลจากการตีความกฎหมายขององค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ เอง อีกทั้งจากปัญหาดังกล่าวยังมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติตามกฎหมายของหน่วยงานทั้งสององค์กร เพราะไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ได้อย่างสมบูรณ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการควบคุมดูแล ป้องกัน ค้ำครอง หรืออนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุ

อย่างไรก็ตาม เมื่อนำข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับหลักการตามทฤษฎีที่เกี่ยวกับภาระหน้าที่หรือภารกิจของรัฐที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการ โบราณสถานและโบราณวัตถุ และการจัดการศึกษา ทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรมพบว่า รัฐจะต้องมีภาระหน้าที่หรือภารกิจที่เกี่ยวกับการคุ้มครองดูแลศิลปวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐจะต้องกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐในการทำหน้าที่อย่างชัดเจนว่า องค์กรใดจะเป็นองค์กรในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทต่าง ๆ และมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ตลอดจนรัฐจะมีหน้าที่ควบคุมดูแล โดยใช้กฎหมายเป็นตัวกลางในการทำหน้าที่ตามหลักการนั่นเอง

จากการศึกษาปัญหากับหลักการข้างต้นพบว่า ปัญหาการทับซ้อนของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ส่งผลต่อภารกิจหรือภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายมาใช้บังคับนั้น บางกรณีเกิดจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้บัญญัติรองรับมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการเข้ามามีส่วนร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในพื้นที่ของโบราณสถาน และเกิดจากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดกลไกในการเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการพื้นที่รอบบริเวณ โบราณสถานต่าง ๆ ของประเทศไทย ซึ่งส่งผลทำให้เกิดการบัญญัติกฎหมายในลำดับต่าง ๆ เพื่อทำให้เกิดความสอดคล้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่การกระทำของรัฐที่ไปกำหนดภารกิจหรือภาระหน้าที่มากเกินไป จึงส่งผลทำให้

ภารกิจหรือภาระหน้าที่ของหน่วยงานทั้งสององค์กรเกิดความทับซ้อนของกฎหมายในระดับเดียวกันหรือเท่าเทียมกันที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดบทบาทและสถานะของหน่วยงานในภาระหน้าที่เดียวกัน อีกทั้งการกำหนดให้พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับกำหนดโครงสร้างและหน้าที่ทับซ้อน จึงส่งผลทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงเปรียบเทียบกับหลักการตามทฤษฎีที่เกี่ยวกับภารกิจของรัฐที่กำหนดให้รัฐย่อมมีภารกิจที่สำคัญในลักษณะต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมีหน้าที่จัดทำภารกิจคือ การทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม จะพบว่า ในรัฐสมัยใหม่ที่เป็นประชาธิปไตยและยึดถือหลักนิติรัฐ รัฐจะต้องมีภารกิจในการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรมที่มีอยู่ในรัฐของตน ตลอดจกรัฐต้องระมัดระวังมิให้การสนับสนุนส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมกลายเป็นการกำหนดเนื้อหาทางศิลปวัฒนธรรม หรือบังคับให้บุคคลต้องแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมตามที่รัฐต้องการนั่นเอง โดยเมื่อพิจารณาจากการศึกษาเปรียบเทียบปัญหากับทฤษฎีดังกล่าวพบว่า การกระทำของหน่วยงานทั้งสององค์กรที่ใช้การตีความอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของแต่ละองค์กรมากำหนดภารกิจ คือ กรมศิลปากรและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการตีความเพื่อใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดการบริหารที่เกี่ยวกับโบราณสถานและ โบราณวัตถุ ทำให้เกิดปัญหาทับซ้อนของภารกิจตามกฎหมายที่ทับซ้อนกัน เพราะในกฎหมายแต่ละฉบับมีการกำหนดเนื้อหาให้หน่วยงานทั้งสององค์กรมีอำนาจหน้าที่เดียวกัน ส่งผลทำให้การกระทำของหน่วยงานเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายตามภารกิจที่กฎหมายกำหนดได้ขัดต่อหลักการตามทฤษฎีดังกล่าว เนื่องจากพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับก่อให้เกิดปัญหาที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายและเกิดปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับภาระหน้าที่ตามกฎหมาย เพราะเมื่อหน่วยงานมีการตีความว่าอำนาจหน้าที่และภารกิจตามกฎหมายของหน่วยงานที่ตนบังคับใช้ให้อำนาจและเป็นอำนาจประเภทเดียวกัน ทำให้เกิดความขัดแย้งในการนำกฎหมายไปบังคับใช้และเกิดความทับซ้อนของการใช้อำนาจ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเกิดจากการที่กฎหมายของประเทศไทยมิได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่และภารกิจของหน่วยงานรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน ส่งผลทำให้การกระทำของหน่วยงานทั้งสององค์กรจึงขัดกับหลักการตามทฤษฎีที่เกี่ยวกับภารกิจของรัฐที่เกี่ยวข้องกับภารกิจในการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรมนั่นเอง

ดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงเกิดความเสียหายจากการทับซ้อนของภารกิจและอำนาจของหน่วยงานทั้งสองต่อการป้องกัน คุ้มครอง อนุรักษ์ และฟื้นฟู ตลอดจนการบริหารจัดการที่เกี่ยวกับการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมายกำหนดในส่วนของโบราณสถานและ โบราณวัตถุของประเทศไทย ซึ่งกรณีดังกล่าวยังมีผลทำให้ประเทศไทยเสียประโยชน์จากการเข้าเป็นสมาชิกภาคีตามอนุสัญญา

คุ้มครองมรดกโลก เนื่องจากการกระทำจากการใช้อำนาจทับซ้อนของหน่วยงานทั้งสององค์กร จะนำไปสู่ความเสียหายต่อโบราณสถานและโบราณวัตถุทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งทำให้ประเทศไทย จะสูญเสียมรดกทางวัฒนธรรมและแหล่งเรียนรู้ทางประวัติศาสตร์ที่สำคัญในส่วนต่าง ๆ ของประเทศ อีกทั้งจะก่อให้เกิดการถูกเพิกถอนการจดทะเบียนโบราณสถานของประเทศไทยเป็นแหล่งมรดกโลก จากองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ ส่งผลเสียหายโดยตรง ต่อประเทศไทย ดังนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าปัญหาจากการกิจหรือภาระหน้าที่ ที่ทับซ้อนกันในการบริหารจัดการพื้นที่ในเขตโบราณสถานย่อมส่งผลต่อการอนุรักษ์โบราณสถาน และโบราณวัตถุ และเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลก ที่ประเทศไทยเข้าเป็นรัฐภาคีและได้ลงนามตามข้อตกลงดังกล่าวนั่นเอง

4.1.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

จากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลก ทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ หรืออนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลก ที่ได้ระบุนความตกลงระหว่าง รัฐภาคีในการยอมรับและให้ความร่วมมือที่เกี่ยวกับการคุ้มครองและอนุรักษ์แหล่งมรดกโลก ทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ โดยข้อตกลงตามอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดข้อตกลงที่เป็น พันธกรณีตามสัญญาที่รัฐภาคีต้องปฏิบัติ โดยกำหนดแนวทาง 4 แนวทาง คือ

1) รัฐภาคีจะต้องกำหนดนโยบายและวางแผนแม่บทเพื่ออนุรักษ์และจัดการแหล่งมรดกโลก ทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติที่คำนึงถึงการอนุรักษ์ที่มีประสิทธิภาพพร้อมไปกับการใช้ ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสมต่อชุมชน

2) กำหนดมาตรการที่เหมาะสมด้านกฎหมาย วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี การบริหาร จัดการ และการสนับสนุนที่เกี่ยวกับการปกป้อง คุ้มครอง การอนุรักษ์ และการฟื้นฟู บูรณปฏิสังขรณ์แหล่งมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ

3) ละเว้นการดำเนินการใด ๆ ที่จะทำลายแหล่งมรดกโลกทางวัฒนธรรมและ ทางธรรมชาติ ทั้งทางตรงและทางอ้อม

4) อธิปไตยสูงสุดเหนือแหล่งมรดกโลกยังเป็นของประเทศสมาชิกซึ่งแหล่งมรดกโลก ตั้งอยู่

ในปัจจุบันรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกตามอนุสัญญาดังกล่าวจึงได้นำแนวทางในการอนุรักษ์ โบราณสถานมาใช้ในการอนุรักษ์หลายวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอนุรักษ์ด้วยวิธีการทางกฎหมาย เพราะเป็นการป้องกันและคุ้มครองที่ดีที่สุด ซึ่งการป้องกันของกฎหมายนี้คือเป็นการป้องกัน โดยการกำหนดให้มีกฎหมายเพื่อการปกป้อง คุ้มครอง อนุรักษ์ และฟื้นฟูโบราณสถาน

และโบราณวัตถุ จากการถูกทำลายโดยการบุกรุก หรือการกระทำอื่นใดที่จะส่งผลโดยตรงและโดยอ้อมกับโบราณสถานและโบราณวัตถุ

การป้องกันทางกฎหมายในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุ คือ การกำหนดมาตรการในกฎหมาย และวางแผนให้มีการใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมุ่งเน้นให้กฎหมายเป็นหลักประกันในการป้องกันหรือปกป้องโบราณสถานและโบราณวัตถุ จากการถูกทำลายที่ส่งผลมาจากปัจจัยต่าง ๆ ไม่ว่าจะโดยฝีมือมนุษย์ หรือจากธรรมชาติ โดยสภาพ การป้องกันทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญที่จะทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลให้มรดกทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมยังคงอยู่สืบต่อไปนานเท่านาน

เมื่อพิจารณาจากหลักการตามอนุสัญญากับประเทศไทยที่เป็นรัฐภาคีสมาชิก พบว่า ประเทศไทยได้ลงนามตามข้อตกลงดังกล่าว ส่งผลทำให้ประเทศไทยมีการกำหนดกฎหมายที่มีลักษณะเดียวกับหลักการตามอนุสัญญาดังกล่าว คือ ประเทศไทยได้มีกฎหมายที่ใช้กำหนดภารกิจเกี่ยวกับการจัดการบริหารและคุ้มครองโบราณสถานและโบราณวัตถุ ได้แก่ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักการในการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุตามที่ได้ทำข้อตกลงตามอนุสัญญา

จากการศึกษาพบว่า การบังคับใช้พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ได้ให้อำนาจหน่วยงานต่าง ๆ มีหน้าที่เพื่ออนุรักษ์และปกป้องโบราณสถานนั้น เห็นว่า เกิดปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอำนาจหน้าที่เพื่อบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากทั้งกรมศิลปากรและหน่วยงานอื่นต่างใช้อำนาจจากกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งส่งผลทำให้ในบางกรณีหน่วยงานทั้งสององค์กรได้กระทำการตามกฎหมายทับซ้อนกัน ในส่วนการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ ตามข้อเท็จจริงกรมศิลปากรที่เป็นหน่วยงานจากส่วนกลาง จะมีปัญหาขัดแย้งกับหน่วยงานที่มาจากส่วนกลางด้วยกันในเรื่องการเข้าไปบริหารจัดการพื้นที่รอบโบราณสถาน โดยทั้งสองหน่วยงานจะอ้างเหตุจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ในทางกลับกัน บางกรณีหน่วยงานทั้งสองหน่วยงานกลับมีปัญหาขัดแย้งจากการผลัดความรับผิดชอบตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด โดยจะปฏิเสธว่าเรื่องที่เป็นปัญหามีได้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน หรือปัญหาบางเรื่องจะต้องให้หน่วยงานอีกหน่วยงานกระทำแทนเพราะหน่วยงานของตนไม่มีงบประมาณเพียงพอในการบริหารจัดการ การกระทำดังกล่าวจึงส่งผลทำให้เกิดความเสียหายต่อโบราณสถานจากการใช้กฎหมายมาบังคับ อีกทั้งยังส่งผลทำให้เกิดปัญหาระยะยาว ดังกรณีที่มีการฟ้องคดีในศาลปกครองของประเทศไทยที่หน่วยงาน คือ กรมศิลปากรได้โต้แย้งว่าตนเองไม่มีอำนาจหน้าที่มาบังคับตามกฎหมาย โดยศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทยได้มีคำพิพากษา เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ อ. 296/2551 ในคดีที่เกี่ยวกับการพิพาทของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เพราะในกรณีดังกล่าว กรมศิลปากรมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแต่มิได้กระทำหรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้กฎหมายมาบังคับแก่ผู้ที่กระทำความผิด ซึ่งคำพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติที่ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมาย หรือไม่สามารถจะปฏิบัติหน้าที่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดังรายละเอียดของคำพิพากษาดังต่อไปนี้

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้ว คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (อธิบดีกรมศิลปากร) ไม่ดำเนินการขับไล่ผู้บุกรุกและรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากถนนดินสูง ถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือไม่ เพียงใด แต่ก่อนที่จะพิจารณาในประเด็นหลักว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือไม่ กรณีจำเป็นต้องพิจารณาให้ได้ความก่อนว่า ถนนดินสูงเป็นโบราณสถานที่อยู่ในหน้าที่ความรับผิดชอบที่จะต้องดูแลรักษาตามกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 หรือไม่ เห็นว่า เมื่อพิจารณามาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 บัญญัติว่า โบราณสถาน หมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ในทางศิลปประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี ทั้งนี้ ให้รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์ และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ที่ดินพิพาทในคดีนี้ตั้งอยู่บนถนนดินสูงเป็นคันดินโบราณ มีลักษณะที่แสดงให้เห็นว่า เป็นการกระทำของมนุษย์ในอดีตที่ใช้ภูมิปัญญาจัดทำกรคนาคมและระบบส่งน้ำเพื่อการสาธารณูปโภค มิได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ โดยคันดินบังคับน้ำซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบการส่งน้ำของเมืองโบราณลพบุรี มีเส้นทางของคันดินสัมพันธ์กับองค์ประกอบอื่นที่เป็นโบราณสถานภายในเมืองลพบุรี เช่น คูเมือง กำแพงเมือง แนวคลองส่งน้ำ จึงถือได้ว่า ถนนดินสูงเป็นอสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้างโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นประโยชน์ในทางประวัติศาสตร์หรือโบราณคดี ที่ดินที่พิพาทจึงเป็นโบราณสถานตามคำนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้จึงถือได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้มิกระหน้าที่ตามที่กฎหมายที่จะต้องดูแลรักษา มิให้ผู้บุกรุกโบราณสถานหรือปลูกสร้างอาคารภายในบริเวณโบราณสถาน โดยมีพิกัดตั้งค้ำนึ่งว่าเป็นการกระทำต่อโบราณสถานที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้วหรือไม่ หากกระทำต่อโบราณสถานที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้ว ผู้กระทำต้องรับโทษสูงขึ้นไป ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ปล่อยให้มิมีราษฎร

เข้าไปปลูกสร้างบ้านพักอาศัยบนที่ดินพิพาทถนนดินสูง โดยไม่ได้รับอนุญาต จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติในการดูแลรักษาโบราณสถานนั้น

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อุทธรณ์โต้แย้งว่าถนนดินสูงเป็นโบราณสถานอันเป็นที่ราชพัสดุ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้บุกรุกหรือถอนบ้านออกจากถนนดินสูงดังกล่าวนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้จะเป็นความจริงตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อ้างว่า ที่ดินพิพาทถนนดินสูงเป็นที่ราชพัสดุ ซึ่งตามพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ประกอบกับกฎกระทรวงเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมธนารักษ์ในการให้ผู้บุกรุกหรือถอนบ้านและสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดินพิพาทถนนดินสูงก็ตาม แต่ที่พิพาทนี้ก็เป็นโบราณสถานด้วย และพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ได้กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้มิกระหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดูแลรักษามิให้ผู้ใดบุกรุกโบราณสถานหรือปลูกสร้างอาคารภายในบริเวณโบราณสถานเป็นการเฉพาะแล้ว ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีภาระหน้าที่ดังกล่าว และโดยที่พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 เป็นกฎหมายทั่วไป ในขณะที่พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีภาระหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องดูแลรักษามิให้ผู้ใดบุกรุกโบราณสถานหรือปลูกสร้างอาคารภายในบริเวณโบราณสถานเป็นการเฉพาะ การที่กฎหมายทั้งสองฉบับบัญญัติกำหนดหน่วยงานทางราชการสองหน่วยงานต้องรับผิดชอบในเรื่องเดียวกัน กรณีต้องบังคับตามกฎหมายเฉพาะ ทั้งนี้ ตามหลักการตีความกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า เมื่อกฎหมายสองฉบับซึ่งมีค่าบังคับเสมอกัน มีข้อความขัดหรือแย้งกัน ให้ใช้กฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะบังคับ การจะใช้กฎหมายทั่วไปบังคับได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายพิเศษมิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น สำหรับกรณีนี้เมื่อพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ กำหนดให้การดูแลรักษาโบราณสถานมิให้ผู้ใดบุกรุก หรือปลูกสร้างอาคารภายในบริเวณโบราณสถานเป็นภาระหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ปล่อยให้มีการเข้าไปปลูกสร้างบ้านพักอาศัยและรั้วบนถนนดินสูงดังกล่าว จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติในการดูแลรักษาถนนดินสูงซึ่งเป็นโบราณสถาน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 296/2551)

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงกับทฤษฎีแนวคิดพื้นฐานว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของรัฐ ตามหลักการเรื่องความเป็นนิติบุคคลของรัฐ จะเห็นได้ว่า รัฐ ตามความหมายของแนวคิดถือเป็นนิติบุคคลเพียงหนึ่งเดียว องค์การหรือหน่วยงานในรัฐไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ดังนั้นพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ได้มีการบัญญัติถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่ของแต่ละกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งอำนาจหน้าที่จะมีมากน้อยเพียงใดคงต้องขึ้นอยู่กับว่ากฎหมาย

ให้อำนาจหน้าที่แก่ไหน การกำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมา เช่น กรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทรวง ทบวง กรมใดมีอำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ ปัญหาที่จะเกิดในกรณีที่โดยภาระหน้าที่บางอย่าง ซึ่งโดยสภาพเห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แต่ไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติให้ชัดแจ้งว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมใด โดยเฉพาะ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่อเอกชนผู้ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้เพราะเอกชนไม่สามารถฟ้องร้องรัฐได้ เนื่องจากรัฐไม่ใช่นิติบุคคล จะฟ้องกระทรวง ทบวง กรมไม่ได้ เพราะการฟ้องนิติบุคคลจะต้องฟ้องนิติบุคคลนั้นตามอำนาจหน้าที่ที่นิติบุคคลนั้นมีอยู่ และในการปฏิบัติหน้าที่หรือการกำหนดภารกิจ ตามหลักการจึงถือว่า ไม่ว่าหน่วยงานใดในรัฐ กระทำการหรือปฏิบัติหน้าที่ก็เสมือนรัฐเป็นผู้ทำเองทั้งหมด แต่ในกรณีดังกล่าวของประเทศไทย พบว่า หน่วยงานของประเทศไทย ในกรณีดังกล่าวคือ กรมศิลปากร และหน่วยงานอื่นมีสถานะเป็นนิติบุคคลทั้งสองหน่วยงาน โดยใช้กฎหมายในการบังคับใช้และปฏิบัติ ในแต่ละหน่วยงานต่างก็มีกฎหมายเป็นของตนเอง และกฎหมายดังกล่าวยังกำหนดอำนาจหน้าที่ที่ทับซ้อนกัน ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบข้อเท็จจริงและหลักการจะเห็นได้ว่า ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายจึงเกิดจากการที่รัฐได้กำหนดความเป็นนิติบุคคลของหน่วยงาน ทำให้ส่งผลต่อการกำหนดอำนาจหน้าที่ที่ทับซ้อนกันตามกฎหมาย อีกทั้งยังเกิดปัญหาจากการที่หน่วยงานจะอาศัยช่องว่างของกฎหมายในส่วนที่มีหลายหน่วยงานมีหน้าที่เช่นเดียวกัน ส่งผลทำให้เกิดการอ้างเหตุแห่งการใช้บังคับกฎหมายที่มีผลทำให้หน่วยงานทั้งหมดที่มีอำนาจหน้าที่เดียวกัน ต่างปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายตามที่หน่วยงานของตนมีอำนาจหน้าที่

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 จึงเกิดจากการที่ประเทศไทยได้มีการกำหนดสถานะของหน่วยงานในรัฐที่ขัดกับหลักการและแนวคิดเรื่องความเป็นนิติบุคคลของรัฐ ทำให้สถานะทางกฎหมายของหน่วยงานหรือองค์กรเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญจนทำให้เกิดปัญหาจากการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละหน่วยงาน ส่งผลทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ตลอดจนเกิดความเสียหายต่อการอนุรักษ์ คຸ້ມครองโบราณสถานและโบราณวัตถุ รวมทั้งยังขัดต่อหลักการทางทฤษฎีดังกล่าว ซึ่งการกระทำทั้งหมดจะก่อให้เกิดปัญหาในระยะยาวที่ทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายและการคุ้มครองโบราณสถานและโบราณวัตถุของประเทศไทยไม่สามารถบังคับใช้เพื่อประโยชน์ของสาธารณชนชาวไทยต่อไป

4.1.3 แนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกึ่งและการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504

ผู้เขียนเห็นควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการกึ่งและการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานทั้งสองส่วนตามที่พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 กำหนด จะเห็นได้ว่า เกิดปัญหาที่เกี่ยวกับการกึ่งหรือภาระหน้าที่และการบังคับใช้กฎหมายตามกฎหมายดังกล่าวมาข้างต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นยังส่งผลทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทย และส่งผลทำให้รัฐไม่สามารถที่จะบังคับใช้กฎหมายได้ตามเจตนารมณ์

จากการศึกษาพบว่า ในหลายประเทศมีแนวคิดและหลักการของกฎหมายเพื่อเป็นบรรทัดฐานในการอนุรักษ์ ป้องกัน คຸ້ມครอง พื้นฟูโบราณสถานและโบราณวัตถุที่มีประสิทธิภาพ และสามารถนำมาบังคับใช้ได้เป็นอย่างดีเป็นรูปธรรม ตลอดจนในบางประเทศการบังคับใช้กฎหมายสามารถที่จะแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการในโบราณสถานและโบราณวัตถุได้อย่างเหมาะสม ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ในกรณีสาธารณรัฐอิตาลี มีกฎหมายว่าด้วยเรื่องการคຸ້ມครองมรดกของวัฒนธรรมของประเทศ มีกระทรวงมรดกทางวัฒนธรรมและกิจการอื่น ๆ (ministry for cultural heritage and activities) เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย โดยกฎหมายมีลักษณะในการคຸ້ມครองมรดกของวัฒนธรรม รวมถึงโบราณสถานและโบราณวัตถุต่าง ๆ ของประเทศ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดอำนาจหน้าที่ในส่วนต่าง ๆ ของหน่วยงานรัฐในการวางแผนเมือง การพัฒนาและการคຸ້ມครองสิ่งแวดล้อม โดยกฎหมายดังกล่าวจะแบ่งภารกิจหน้าที่ของหน่วยงานรัฐอย่างชัดเจน โดยจะแบ่งส่วนภารกิจเป็นระดับเทศบาล ระดับจังหวัด ระดับภาค และจะกำหนดหน้าที่ภารกิจของหน่วยงานอย่างชัดเจน กล่าวคือ ในระดับเทศบาลจะมีภารกิจในการดูแลการวางแผนเมือง การควบคุมการก่อสร้าง และการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดที่จำเป็นในพื้นที่บริเวณโบราณสถาน ในระดับจังหวัดจะเป็นผู้ดำเนินการและประสานงานต่าง ๆ ตลอดจนปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับการพัฒนาของเมือง และมีหน้าที่ควบคุมดูแลและพัฒนาโครงสร้างของพื้นที่ในเขตโบราณสถานและเขตใกล้เคียงให้มีความสอดคล้องต่อการอนุรักษ์และคຸ້ມครองโบราณสถาน ส่วนระดับภาคจะทำหน้าที่กำกับดูแลและกระตุ้นการปฏิบัติงานตามภารกิจที่กฎหมายกำหนดของทุกหน่วยงานให้มีความสอดคล้องกัน เช่น การให้ภาครัฐกำกับการวางแผนเมืองเป็นการทั่วไป เป็นต้น จะเห็นได้ว่าในสาธารณรัฐอิตาลีได้มี

การใช้แนวคิดการแบ่งภารกิจหรือภาระหน้าที่แก่หน่วยงานและองค์กรต่าง ๆ อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐอิตาลี ได้แบ่งการใช้อำนาจหน้าที่และภารกิจเป็นการเฉพาะ โดยแบ่งภารกิจให้องค์กรปกครองท้องถิ่น มีอำนาจในการบริหารจัดการอย่างชัดเจน แยกจากส่วนภูมิภาค และส่วนกลางอย่างเป็นทางการ อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวยังบัญญัติให้รัฐและหน่วยงานต่าง ๆ มีหน้าที่ในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม ได้แก่ รัฐ ภูมิภาค เมืองหลวง จังหวัด เทศบาล ที่จะต้องดำรงและรักษาไว้ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมทุกประเภท ดังนั้น ในสาธารณรัฐอิตาลีจึงมีหลักกฎหมายที่สามารถป้องกันการทับซ้อนของภารกิจหรือภาระหน้าที่ ตลอดจนมีหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ และสามารถนำไปใช้ในการอนุรักษ์โบราณสถาน และการบริหารจัดการพื้นที่บริเวณโบราณสถาน ได้อย่างเหมาะสมนั่นเอง

ในกรณีประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดขอบเขตของการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมพื้นที่ มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง ตลอดจนวัฒนธรรมพื้นเมือง อนุสาวรีย์ และกลุ่มอาคารโบราณ อีกทั้งตามกฎหมายดังกล่าวยังมีการจัดตั้งสภาคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ตลอดจนมีการกำหนดให้ผู้อำนวยการสำนักงานกิจการวัฒนธรรม เป็นเจ้าหน้าที่ในการรับผิดชอบ การบริหารจัดการ ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ

ในกรณีสหพันธรัฐมาเลเซียมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองโบราณสถาน โบราณวัตถุของประเทศ โดยมีเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายเพื่อการคุ้มครองโบราณสถาน โบราณวัตถุของสหพันธรัฐมาเลเซียโดยตรง ซึ่งอำนาจหน้าที่ในการดูแลและบังคับใช้กฎหมายจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของอธิบดีกรมพิพิธภัณฑสถาน โดยกฎหมายได้กำหนดอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ การบริหารจัดการ และการใช้ประโยชน์จากโบราณสถานและโบราณวัตถุ เมื่อพิจารณากฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่จะให้อำนาจแก่เพียงหน่วยงานใด หน่วยงานหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการอนุรักษ์และคุ้มครองโบราณสถาน โบราณวัตถุ

ในกรณีสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมีกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองและการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม (law on cultural heritage 2001) โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมคุ้มครองและการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามกำหนดให้มีผู้จัดการหรือผู้บริหารของสถานที่ทางวัฒนธรรมซึ่งมีหน้าที่ในการคุ้มครองสถานที่มรดกวัฒนธรรมภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ซึ่งโครงสร้างของอำนาจหน้าที่ของผู้มีหน้าที่รับผิดชอบใน

การคุ้มครองและการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมจะคล้ายพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) คือ ผู้จัดการหรือผู้บริหารของสถานที่ทางวัฒนธรรมซึ่งมีหน้าที่ในการคุ้มครองสถานที่มรดก วัฒนธรรมภายใต้การกำกับดูแล คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม เหมือนกับประเทศไทย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในหลายประเทศมีการตรากฎหมายเพื่อการคุ้มครอง และอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมทั้งโบราณสถานและโบราณวัตถุได้อย่างมีประสิทธิภาพ และในกฎหมายของต่างประเทศจะเป็นการกำหนดภารกิจและอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจนเพื่อป้องกันการเกิดปัญหาของกฎหมายในด้านภารกิจและการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมตามวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบประเทศไทยกับต่างประเทศแล้ว พบปัญหาของประเทศไทยในเรื่องภารกิจหรือภาระหน้าที่ของหน่วยงานตามกฎหมาย จึงควรนำแนวคิด หลักการและทฤษฎีทางกฎหมายของสาธารณรัฐอิตาลีมาปรับใช้และแก้ไขปัญหา โดยการนำหลักการที่เกี่ยวกับกฎหมายในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมมาเป็นต้นแบบของการปรับปรุงกฎหมายในประเทศไทย เพราะเป็นกฎหมายที่แบ่งภารกิจและอำนาจหน้าที่ ตลอดจนยังกำหนดการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายดังกล่าวของสาธารณรัฐอิตาลีได้เน้นการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหลักในการอนุรักษ์คุ้มครองโบราณสถานและโบราณวัตถุอย่างชัดเจน โดยราชการบริหารส่วนกลางและภูมิภาคมีหน้าที่ในการกำกับดูแลควบคุมการทำงานเท่านั้น ส่งผลทำให้ไม่เกิดปัญหาทับซ้อนของภารกิจและอำนาจหน้าที่ ตลอดจนยังกำหนดหลักการให้การบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากประเทศไทยนำแนวคิดหรือหลักการของสาธารณรัฐอิตาลีมาบังคับใช้ในประเทศไทยจะทำให้ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสม ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 โดยการกำหนดให้มีการแบ่งแยกภาระหน้าที่ระหว่างหน่วยงานราชการบริหารส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกรณีดังกล่าวให้มีความชัดเจน เหมือนเช่นเดียวกันกับในสาธารณรัฐอิตาลีนั่นเอง

ในกรณีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานในระดับกรมที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) นั้น จะเห็นได้ว่า เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานต่าง ๆ ที่เป็นการกระทำซึ่งขัดต่อหลักทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลของรัฐ เนื่องจาก

ในประเทศไทยถือให้กระทรวง ทบวง กรม มีสถานะเป็นนิติบุคคล เมื่อกระทรวง ทบวง กรม มีสถานะเป็นนิติบุคคลส่งผลทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย

ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 โดยการนำหลักการตามทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลของรัฐมาปรับใช้ในการกำหนดความเป็นนิติบุคคลและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน ในประเทศไทย เนื่องจากตามทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลของรัฐได้กำหนดให้รัฐถือเป็นนิติบุคคล เพียงหนึ่งเดียวเท่านั้น องค์กรหรือหน่วยงานส่วนกลางอื่น ๆ ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ดังนั้น หากประเทศไทยได้นำหลักการตามทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้กับประเทศไทย จะทำให้ประเทศไทย สามารถแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะการที่รัฐเป็นนิติบุคคล เพียงหนึ่งเดียวนั้นจะทำให้ปัญหาที่เกิดจากขอบอำนาจของกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งแต่ละ หน่วยงานต่างมีฐานะเป็นนิติบุคคลแต่ละส่วนสามารถแก้ปัญหาได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากหากรัฐ เป็นเพียงนิติบุคคลหนึ่งเดียว ตามหลักการถือว่าไม่ว่าหน่วยงานใดในรัฐกระทำการหรือปฏิบัติ หน้าที่ก็เสมือนรัฐเป็นผู้กระทำเองทั้งหมด หน่วยงานไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบของอำนาจ หน้าที่ของตนเองได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น ประเทศไทยจึงควรนำหลักการตามทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลของรัฐ มาใช้แก้ปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงาน เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหามาจากการที่ หน่วยงานปฏิเสธความรับผิดชอบและปฏิเสธอำนาจหน้าที่ของตน อีกทั้งยังเป็นการปิดช่องว่าง ทางกฎหมายที่หน่วยงานต่าง ๆ จะใช้อ้างเป็นเหตุแห่งการบังคับใช้กฎหมาย ที่ส่งผลทำให้ หน่วยงานทั้งหมดที่มีอำนาจหน้าที่เดียวกันแต่ต่างปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายตามที่กฎหมาย กำหนดอำนาจหน้าที่อีกด้วย ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 โดยการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐ ทุกหน่วยงานมีหน้าที่ในการช่วยกันดูแลอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรม โดยไม่ถือว่าหน่วยงานใด มีหน้าที่หรือไม่มีหน้าที่ แต่ให้ถือหลักไม่ว่าหน่วยงานใดในรัฐกระทำการหรือปฏิบัติหน้าที่ ก็เสมือนรัฐเป็นผู้กระทำเองทั้งหมด หน่วยงานไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบของอำนาจหน้าที่ ของตนเองได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นให้ประเทศไทยต้องนำแบบอย่างของสาธารณรัฐอิตาลีและ ทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลของรัฐมาปรับใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยให้เกิด ความเหมาะสมและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุที่เป็นแหล่ง เรียนรู้ทางประวัติศาสตร์ และเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่แสดงให้เห็นประชาชนในประเทศไทย ตระหนักถึงรากเหง้าของชาวไทยได้อย่างยั่งยืนสืบต่อไป

4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนเพื่อการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และแนวทางการแก้ไขปัญหา

4.2.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนเพื่อการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

นับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิทธิของชุมชนที่จะเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการเพื่อการอนุรักษ์และปกป้อง คุ่มครอง โบราณสถานและโบราณวัตถุ ตลอดจนการสร้างจิตสำนึกในความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมจึงเกิดขึ้น แต่ในทางกลับกัน กฎหมายที่ให้อำนาจในการปกป้อง คุ่มครอง อนุรักษ์ และฟื้นฟูโบราณสถานและโบราณวัตถุกลับมิได้กำหนดให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการเพื่ออนุรักษ์แหล่งมรดกของท้องถิ่นในพื้นที่ที่ประชาชนต้องการมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อพิจารณาพบว่า กฎหมายที่กำหนดให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วม ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิตามมาตรา 66 โดยได้กำหนดในเรื่องของสิทธิของชุมชนท้องถิ่นที่จะเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการเพื่ออนุรักษ์แหล่งมรดกทางวัฒนธรรมในท้องถิ่นของตน โดยรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้วางหลักการไว้ คือ บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์ หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน จากบทบัญญัติดังกล่าวได้คุ้มครองสิทธิให้กับประชาชนในการเข้ามีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ทรัพยากรต่าง ๆ รวมทั้งการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม ดังนั้น รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดจึงได้ให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะเข้ามีส่วนร่วมในการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุ ที่ถือเป็นแหล่งความรู้ทางวัฒนธรรมประเภทหนึ่งนั่นเอง

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันหลังจากที่ได้มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ประเทศไทยยังคงประสบปัญหาในการกำหนดให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ คุ่มครอง และฟื้นฟูโบราณสถานและโบราณวัตถุ เนื่องจากตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มิได้มีการกำหนดให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ โบราณสถานและโบราณวัตถุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีความล้าสมัย ประกอบกับมีเนื้อหาที่เป็นการให้อำนาจหน้าที่แก่หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ให้ดำเนินงาน

ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น โดยในเนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับบทบัญญัติที่รับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่งผลทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างชัดเจน ดังเช่นกรณีตัวอย่างที่เกิดจากการใช้พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ที่มีได้คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนที่กำหนดไว้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทยได้มีคำวินิจฉัยตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวย่อมแสดงถึงกฎหมายที่มีได้กำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการอนุรักษ์ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาข้างต้น โดยการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาของการเรียกร้องให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ โดยจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังนี้

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นประธานกลุ่มภาคประชาชน โดยใช้ชื่อว่า กลุ่มศรี ทวาร วดี ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาค้นคว้าอนุรักษ์ปกป้องพื้นที่ที่สำคัญทางประวัติศาสตร์และ โบราณคดีในจังหวัดนครปฐม และสร้างจิตสำนึกความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมแก่ชุมชน เพื่อการพัฒนาและเป็นแหล่งเรียนรู้ โดยกลุ่มของผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมศิลปากร) มีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เทศบาลนครนครปฐม) ก่อสร้างอาคารสำนักงานเทศบาลนครปฐมหลังใหม่บนพื้นที่พระราชวังปทุมนครเดิม ซึ่งเป็นพื้นที่ที่เคยได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารสำนักงานหลังเดิมมาแล้ว และอยู่ใกล้บริเวณองค์พระปฐมเจดีย์ซึ่งเป็น โบราณสถานที่สำคัญ โดยอาคารหลังใหม่ที่จะดำเนินการก่อสร้างนั้นมีความสูง 5 ชั้น พร้อมทั้งจอครถใต้ดิน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า หากมีการก่อสร้างอาคารดังกล่าวจะเกิดผลกระทบต่อองค์พระปฐมเจดีย์ คือ ทำให้ทัศนวิสัยเสียหาย มุมมองคู่อองค์พระปฐมเจดีย์ถูกบดบัง และการที่มีชั้นใต้ดินซึ่งจะต้องทำการขุดดินลงไปด้านล่างอาจจะเป็นการทำลาย โบราณสถาน เนื่องจากพื้นที่ดังกล่าวแต่เดิมเป็นที่ตั้งพระราชวังปทุมนคร เมื่อครั้งพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงบูรณะองค์พระปฐมเจดีย์และใช้เป็นที่ประทับในคราวเสด็จมานมัสการพระปฐมเจดีย์ถือเป็นพื้นที่ประวัติศาสตร์สำคัญทางศาสนาของชาติและคนจังหวัดนครปฐม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาโบราณสถาน โบราณคดีและประวัติศาสตร์ของชาติ แต่ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบส่อไปในทางไม่สุจริตมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ปลูกสร้างอาคารบนพื้นที่พระราชวังปทุมนคร จึงเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นกรกระทำที่ขัดต่อมติคณะอนุกรรมการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรมในการประชุมครั้งที่ 7/2548 วันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2548 ที่ว่า ที่ประชุมได้มีข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะดังนี้ 1) เห็นสมควรให้สงวนรักษาพื้นที่บริเวณที่ตั้งสำนักงานเทศบาลนครปฐมไว้

ตามข้อเสนอแนะผังการใช้ประโยชน์ที่ดินในผังพื้นที่เฉพาะในเขตพื้นที่รอบองค์พระปฐมเจดีย์ จังหวัดนครปฐม ซึ่งกรมโยธาธิการและผังเมืองดำเนินการไว้แล้ว โดยกำหนดให้พื้นที่บริเวณดังกล่าวที่เคยเป็นที่ตั้งพระราชวังปฐมนคร ในสมัยรัชกาลที่ 4 เป็นพื้นที่ส่งเสริมอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรมไทย เน้นการรักษาสภาพแวดล้อมของพื้นที่โดยรอบองค์พระปฐมเจดีย์ให้เป็นพื้นที่สีเขียว เพื่อให้สมคุณค่าความสำคัญและความสง่าขององค์พระปฐมเจดีย์ 2) ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นำข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการฯ ไปประกอบการพิจารณาทางเลือกที่เหมาะสมในการก่อสร้างสำนักงานเทศบาลนครนครปฐม และแจ้งผลการพิจารณาให้ฝ่ายเลขานุการฯ ทราบต่อไป นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังขัดต่อมติของคณะกรรมการศาสนา จริยธรรม ศิลปะและวัฒนธรรม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ที่มีข้อสรุปว่า 1) เห็นควรให้ชะลอโครงการก่อสร้างดังกล่าวไว้ก่อน เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สามารถทำการพิสูจน์รากฐานที่ขุดค้นพบในครั้งนี้ 2) สมควรให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ดำเนินการขุดค้นต่อไปจนเสร็จสมบูรณ์เพื่อพิสูจน์ทราบให้แน่ชัด และรอผลการวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นสำคัญ 3) เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิสูจน์ทราบแล้ว หากปรากฏว่าสถานที่ดังกล่าว คือ พระราชวังปฐมนคร ควรให้ย้ายที่ทำการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกจากบริเวณดังกล่าว 4) หากปรากฏว่าสถานที่ดังกล่าว คือ พระราชวังปฐมนคร ในการย้ายสถานที่ตั้งที่ทำการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไปยังสถานที่แห่งใหม่ ควรพิจารณาข้อเสนอแนะของสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ เนื่องจากในพื้นที่จังหวัดนครปฐม โดยเฉพาะในเขตเทศบาลนั้น มีองค์พระปฐมเจดีย์เป็นโบราณสถานที่สำคัญ และยังมีสถานที่สำคัญทางประวัติศาสตร์อยู่โดยรอบในบริเวณดังกล่าว ซึ่งควรค่าแก่การอนุรักษ์ไว้เป็นมรดกของประเทศชาติสืบไป ผู้ฟ้องคดีมีความมุ่งหมายเพื่อรักษาพื้นที่ประวัติศาสตร์ของชาติไว้ มิได้มีเจตนาเป็นอย่างอื่น และเคารพต่อดุลพินิจของศาลปกครองชั้นต้น แต่ด้วยเหตุที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ผู้ฟ้องคดียังมีความเห็นไม่ตรงกับศาลปกครองชั้นต้นขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคำฟ้องในเรื่องความเป็นผู้เสียหายของผู้ฟ้องคดีอีกครั้ง

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 64 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน องค์การพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่น มาตรา 66 บัญญัติว่า บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า

การรวมกลุ่มของผู้ฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาค้นคว้าประวัติศาสตร์และโบราณคดี รวมทั้งอนุรักษ์ปกป้องพื้นที่สำคัญทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีในจังหวัดนครปฐม สร้างจิตสำนึกความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมแก่ชุมชนเพื่อการพัฒนาและเป็นแหล่งเรียนรู้ ซึ่งได้ก่อตั้งมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 โดยสมาชิกรวม 7 คน แสดงให้เห็นได้ว่าการรวมกลุ่มกันเพื่อรักษา อนุรักษ์ ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น เมื่อการรวมกลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นไปเพื่อประโยชน์โดยรวมของชุมชนและของประเทศชาติ ตามหลักสิทธิชุมชนซึ่งเป็นชุมชนดั้งเดิมที่มีลักษณะทางสังคม และวัฒนธรรมมายาวนานและมีการรวมกลุ่มกันของบุคคลหลาย ๆ คน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความนั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552)

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบจากข้อเท็จจริงและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กับทฤษฎีการมีส่วนร่วม พบว่า การกระทำความผิดกล่าวของหน่วยงานที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 จึงเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักการตามทฤษฎีการมีส่วนร่วมของประชาชน เนื่องจากหากกฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดเนื้อหาที่เกี่ยวกับการให้ประชาชนมีสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ ปกป้อง คุ้มครอง และฟื้นฟูมรดกทางวัฒนธรรม เช่น โบราณสถานและโบราณวัตถุ จะทำให้ปัญหาการมีส่วนร่วมในการดำเนินการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมหมดไป อีกทั้งเมื่อพิจารณาเนื้อหาของข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พบว่า เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้กำหนดคสิทธิเกี่ยวกับการให้ชุมชนหรือประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการบริหารจัดการพื้นที่บริเวณรอบโบราณสถาน ในทางกลับกันกฎหมายในลำดับแม่บทที่สำคัญ คือ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ที่ระบุเนื้อหาในการอนุรักษ์ คุ้มครอง และฟื้นฟูโบราณสถาน โบราณวัตถุ กลับมิได้มีบทบัญญัติในการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุแต่อย่างใด ส่งผลทำให้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพราะการที่กฎหมายลำดับแม่บทไม่ได้กำหนดสิทธิที่รองรับตามรัฐธรรมนูญ ส่งผลทำให้เกิดการฟ้องร้องคดี

ในศาลปกครองดังที่กล่าวมาข้างต้น ดังนั้น การที่ประเทศไทยได้นำพระราชบัญญัติที่มีความล้ำสมัย และมีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงทำให้เกิดปัญหาในการมีส่วนร่วมของประชาชน อีกทั้งยังขัดต่อทฤษฎีการมีส่วนร่วมอย่างร้ายแรง การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงส่งผลเสียหายกับประชาชนที่จะใช้สิทธิของตนหรือของชุมชนในการเข้ามีส่วนร่วมเพื่อการอนุรักษ์ คุ้มครองและพัฒนา ตลอดจนฟื้นฟูมรดกทางวัฒนธรรมให้คงอยู่สืบไป

จากที่กล่าวมาข้างต้น การบังคับใช้พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 จึงเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อหลักทฤษฎีการมีส่วนร่วม และเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนเพื่อการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ผู้เขียนมีความเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 เนื่องจากปัญหาดังกล่าวเกิดจากการบังคับใช้กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 เพราะกฎหมายดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดการเข้ามีส่วนร่วมของประชาชนในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการอนุรักษ์โบราณสถานและ โบราณวัตถุ ที่มีได้กำหนดการมีส่วนร่วมของประชาชนให้เข้ามาใช้สิทธิดังกล่าวร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการบริหารจัดการ โบราณสถานและ โบราณวัตถุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประเทศไทยจึงควรนำหลักการทางทฤษฎีและแนวคิดทางกฎหมายในต่างประเทศมาปรับใช้กับกฎหมายในประเทศไทยเพื่อให้สามารถแก้ปัญหาที่เกี่ยวกับการเข้ามีส่วนร่วมของประชาชนในกรณีการอนุรักษ์โบราณสถานและ โบราณวัตถุได้อย่างเหมาะสมต่อไป

จากปัญหาทางกฎหมายในการมีส่วนร่วมของประชาชนของประเทศไทยในกรณีการอนุรักษ์โบราณสถานและ โบราณวัตถุ ผู้เขียนมีความเห็นควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยจะเห็นได้ว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการบังคับใช้กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ที่มีได้กำหนดการมีส่วนร่วมของประชาชน ให้เข้ามาใช้สิทธิดังกล่าวร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการบริหารจัดการ โบราณสถานและ โบราณวัตถุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประเทศไทยจึงควรนำหลักการทางทฤษฎีและแนวคิดทางกฎหมายในต่างประเทศมาปรับใช้

กับกฎหมายในประเทศไทยเพื่อให้สามารถแก้ปัญหาที่เกี่ยวกับการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชน
ในกรณีการอนุรักษ์โบราณสถานและโบราณวัตถุได้อย่างเหมาะสมต่อไป

จากการศึกษาพบว่า ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีการบัญญัติกฎหมาย
ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมโดยมีการกำหนดให้ประชาชนชาวลาวทุกคนมีหน้าที่
ในการป้องกัน สงวนและทำนุบำรุงมรดกของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายดังกล่าวยังระบุให้
ชาวต่างชาติซึ่งอาศัยอยู่ในพื้นที่ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวและนักท่องเที่ยวต้องมี
หน้าที่ในการป้องกัน สงวนและทำนุบำรุงมรดกของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
เช่นเดียวกับประชาชนลาว โดยรัฐเป็นเพียงผู้สนับสนุนการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม ซึ่งรัฐ
มีหน้าที่บริหารจัดการดูแลมรดกทางวัฒนธรรมของชาติและมรดกทางประวัติศาสตร์ในประเทศ
ร่วมกับประชาชนลาว โดยในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวยังมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำ
หน้าที่ในการบริหารจัดการมรดกทางวัฒนธรรมภายในประเทศ ซึ่งองค์กรดังกล่าวจะประกอบด้วย
กระทรวงสารสนเทศและวัฒนธรรม องค์กรบริหารส่วนจังหวัด องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น และ
คณะกรรมการบริหารจัดการของประชาชนในหมู่บ้านหรือประชาชนในบริเวณพื้นที่ของ
โบราณสถานนั้น

ในกรณีประเทศญี่ปุ่นตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
ได้กำหนดให้รัฐบาลและหน่วยงานสาธารณะท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องทรัพย์สิน
ทางวัฒนธรรมของประเทศ มีหน้าที่ในการสร้างความเข้าใจกับประชาชน เพื่อให้ประชาชน
เกิดความรักและหวงแหนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และช่วยปกป้องทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
อย่างถูกต้องและเหมาะสม นอกจากนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดหน้าที่ของประชาชน
ที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยกันดูแล รักษา และอนุรักษ์ทรัพยากรทางวัฒนธรรม กล่าวคือ
ประชาชนโดยทั่วไปต้องร่วมมือด้วยความจริงใจในวิธีการของรัฐบาลและหน่วยงานสาธารณะ
ท้องถิ่นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าของ
ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมและบุคคลที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องสงวนรักษาทรัพย์สินดังกล่าวด้วยการดูแลที่ดี
และต้องใช้ประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์ทางวัฒนธรรม โดยกำหนดให้มีการเปิดเผยสู่สาธารณะหรือ
วิธีอื่นโดยชัดแจ้งว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นเป็นสมบัติมีค่าของชาติ และในการบังคับใช้
กฎหมายฉบับนี้ รัฐบาลและองค์กรสาธารณะท้องถิ่นต้องเคารพในกรรมสิทธิ์ และสิทธิ
ในทรัพย์สินใด ๆ ของบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบประเทศไทยกับหลักกฎหมายของต่างประเทศพบว่า
ทั้งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวและประเทศญี่ปุ่นต่างก็มีหลักการทางกฎหมายที่เน้นให้
ประชาชนทุกคนของประเทศมีหน้าที่ในการมีส่วนร่วมเพื่ออนุรักษ์และปกป้องคุ้มครองมรดก

ทางวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวยังมีแนวคิดตาม
กฎหมายในการสร้างจิตสำนึกแก่นักท่องเที่ยวทั้งในประเทศและต่างประเทศให้เข้ามามีส่วนร่วม
และตระหนักถึงการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
โดยกำหนดหน้าที่ให้ประชาชนและนักท่องเที่ยวต้องมีหน้าที่ที่จะเข้าร่วมปกป้องมรดกทาง
วัฒนธรรมของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

ผู้เขียนจึงมีความเห็นให้ประเทศไทยนำหลักการแนวคิดของสาธารณรัฐประชาธิปไตย
ประชาชนลาวหรือประเทศญี่ปุ่นมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากมีการกำหนดให้
ประชาชนทุกคนและนักท่องเที่ยวมีหน้าที่หรือมีส่วนร่วมในการปกป้อง สงวนและทำนุบำรุงมรดก
ทางวัฒนธรรม ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรมีการกำหนดเนื้อหาในกฎหมายคือ พระราชบัญญัติ
โบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ให้มีบทบัญญัติ
ที่เกี่ยวกับการกำหนดให้ประชาชนชาวไทยทุกคน ตลอดจนนักท่องเที่ยวต่างชาติ ให้มีหน้าที่ใน
การปกป้อง สงวนและทำนุบำรุงมรดกทางวัฒนธรรมแบบในต่างประเทศ เพราะจะทำให้ประเทศไทย
สามารถที่จะแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุรักษ์มรดกทาง
วัฒนธรรม เช่น โบราณสถานหรือโบราณวัตถุได้อย่างแท้จริง อีกทั้งยังเป็นการสร้างจิตสำนึก
และทำให้ประชาชนหรือนักท่องเที่ยวตระหนักถึงคุณค่าของการอนุรักษ์ทรัพยากรที่ทรงคุณค่า
ทางประวัติศาสตร์ และมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการมรดกทางวัฒนธรรมโดยใช้กฎหมายเป็น
เครื่องมือหรือเรียกตามหลักทฤษฎีว่า การป้องกันทางกฎหมาย ดังนั้น หากประเทศไทยนำแนวทาง
ดังกล่าวมาปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาการมีส่วนร่วมในกรณีการอนุรักษ์
โบราณสถานและโบราณวัตถุ การปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวจะทำให้เกิดการอนุรักษ์ คุ้มครอง
ปกป้องและฟื้นฟูมรดกทางวัฒนธรรมได้อย่างแท้จริง ส่งผลทำให้เกิดประโยชน์โดยตรงต่อ
ประชาชนและประเทศไทยอย่างยั่งยืนสืบไป