

## ไม่ขึ้นทะเบียน “เจดีย์” เป็น “โบราณสถาน” ไม่ละเลยต่อหน้าที่

นายณัฐพล ลือสิงหนาท พนักงานคดีปกครองชำนาญการ  
กลุ่มเผยแพร่ข้อมูลทางวิชาการและวารสาร  
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

การขึ้นทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ให้เป็น “โบราณสถาน” เพื่อรับรองว่าสิ่งก่อสร้างนั้นมีความสำคัญและมีคุณค่าทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ และโบราณคดี หรือเพื่อคุ้มครองป้องกันสิ่งก่อสร้างนั้นมิให้ถูกทำลาย หรือเพื่อบุรุษและพัฒนาให้เกิดประโยชน์ทางการศึกษา สังคม และเศรษฐกิจ เป็นกรณีที่อสังหาริมทรัพย์นั้นต้องมีลักษณะและองค์ประกอบครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ ได้กำหนดไว้ ทั้งในด้านคุณค่าและความเหมาะสมในการขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถาน

คอลัมน์กฎหมายใกล้ตัวฉบับนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการขึ้นทะเบียนเจดีย์ทรงไทยภายในวัดให้เป็น “โบราณสถาน” ตามพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔

มูลเหตุของคดีนี้เกิดจากทางวัดมีโครงการจะทุบทำลายเจดีย์เพื่อปรับปรุงภูมิทัศน์และปลูกสร้างอาคารประกอบศาสนกิจ ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นทายาทของเจ้าของอัฐิซึ่งบรรจุนอยู่ในเจดีย์ทรงไทยภายในวัด จึงได้โต้แย้งคัดค้านและได้ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (อธิบดีกรมศิลปากร) ขึ้นทะเบียนเจดีย์เป็นโบราณสถาน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (กรมศิลปากร) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่ดำเนินการขึ้นทะเบียนให้ตามคำขอ เนื่องจากเจดีย์ไม่เป็นโบราณสถานตามนิยามที่พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ กำหนด ด้วยเหตุผลว่า ในด้านสถาปัตยกรรม เจดีย์พิพาทและซุ้มป้ายจารึกหินเป็นศิลปะคนละยุคสมัย ความประณีตต่างกัน จึงมีลักษณะคุณค่าทางสถาปัตยกรรมน้อย ไม่มีลักษณะเด่นหรือความสำคัญในเชิงโบราณคดี และประวัติศาสตร์ ในด้านเทคโนโลยีและการก่อสร้าง ไม่มีโครงสร้างและวัสดุที่มีลักษณะโดดเด่นเป็นพิเศษ และในด้านสังคม แม้เจดีย์พิพาทจะมีความผูกพันต่อบางตระกูล แต่มิได้ผูกพันและเป็นที่ยอมรับต่อท้องถิ่น ชุมชน หรือสาธารณชนเป็นพิเศษ จึงไม่ถือเป็นโบราณสถานที่จะสามารถขึ้นทะเบียนตามกฎหมายได้

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า เจดีย์ดังกล่าวมีอายุเก่าแก่ มีป้ายหินสลักจารึกอักษรจีนตามแบบวัฒนธรรมจีน และได้บรรจุนอัฐิของพระโอรสองค์ที่สอง (องค์ชายอึ้งกั๋ง) ในฮ่องเต้เต้ากวงแห่งราชวงศ์ซ่งซึ่งเป็นราชวงศ์สุดท้ายของจีนที่พบเพียงแห่งเดียวในประเทศไทย อีกทั้งข้อมูลของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่มีหลักฐานที่แน่ชัด และเจดีย์พิพาทเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนและเป็นสมบัติของชุมชน

จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ขึ้นทะเบียนโบราณสถานเจดีย์พิพาท

**ประเด็นปัญหาของคดีนี้คือ** การที่อธิบดีกรมศิลปากรใช้ดุลพินิจไม่ขึ้นทะเบียนโบราณสถานเจดีย์พิพาทถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือไม่ ?

มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ กำหนดให้ “โบราณสถาน” หมายความว่า อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยอายุหรือโดยลักษณะแห่งการก่อสร้าง หรือโดยหลักฐานเกี่ยวกับประวัติของอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นประโยชน์ในทางศิลปะ ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี ทั้งนี้ ให้รวมถึงสถานที่ที่เป็นแหล่งโบราณคดี แหล่งประวัติศาสตร์ และอุทยานประวัติศาสตร์ด้วย และมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาและการควบคุมโบราณสถานให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีมีอำนาจขึ้นทะเบียนโบราณสถานใด ๆ ตามที่อธิบดีเห็นสมควรได้

**คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า** การที่อธิบดีกรมศิลปากรพิจารณาว่าเจดีย์ไม่ได้เป็นโบราณสถานตามที่กฎหมายกำหนดจึงใช้ดุลพินิจตัดสินใจไม่ขึ้นทะเบียนโบราณสถานเจดีย์พิพาทนั้น ไม่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เนื่องจากอธิบดีกรมศิลปากรได้มีการตรวจสอบข้อมูล โดยมีคำสั่งระงับการรื้อถอนเจดีย์ไว้ก่อน และได้มอบหมายให้หน่วยงานภายในทำการศึกษาค้นคว้ารายละเอียดต่าง ๆ โดยได้มีการเชิญผู้เชี่ยวชาญด้านภาษาจีนและประวัติศาสตร์ช่วยอ่านข้อความในแผ่นหินจารึกหน้าเจดีย์พิพาท และได้ใช้ดุลพินิจไม่ขึ้นทะเบียนโบราณสถานเจดีย์พิพาทโดยพิจารณาเปรียบเทียบข้อมูลทางประวัติศาสตร์ ศิลปวัฒนธรรม และเทคโนโลยีการก่อสร้าง รวมทั้งพิจารณาถึงคุณค่าทางสถาปัตยกรรม คุณค่าทางโบราณคดีและประวัติศาสตร์ ตามนิยามคำว่า “โบราณสถาน” ตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ปรากฏว่าอธิบดีกรมศิลปากรได้ใช้ดุลพินิจไม่ขึ้นทะเบียนโบราณสถานเจดีย์พิพาทตามอำเภอใจ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๐๑๕/๒๕๕๘)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้นอกจากจะทำให้ทราบถึงองค์ประกอบของอสังหาริมทรัพย์ที่จะขอขึ้นเป็นโบราณสถานว่าจะต้องมีลักษณะ ๑. เป็นโบราณสถาน ตามนิยามในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ และ ๒. เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาและการควบคุมโบราณสถานให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และการพิจารณาว่าอสังหาริมทรัพย์ใดเป็นโบราณสถานถือเป็นดุลพินิจของอธิบดีกรมศิลปากร โดยไม่ได้เป็นบทบังคับที่จะต้องขึ้นทะเบียนโบราณสถานในทุกกรณีเมื่อมีลักษณะและองค์ประกอบครบถ้วนดังที่กล่าวข้างต้นแต่อย่างใดแล้ว

คดีนี้ยังเป็นบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการที่สำคัญสำหรับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่ถูกกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจที่จะออกคำสั่งหรือกระทำการใด ๆ ในทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งก่อนที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจจะใช้ดุลพินิจ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างรอบด้านและครบถ้วน เพื่อให้สามารถปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง และสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่จะใช้อำนาจไปในทางใดทางหนึ่งได้อย่างถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังเช่น คดีนี้ซึ่งก่อนที่อธิบดีกรมศิลปากรจะมีคำสั่งไม่ขึ้นทะเบียนโบราณสถานเจดีย์นั้น ได้ดำเนินการสืบค้นและตรวจสอบข้อมูลหลากหลายด้านทั้งเชิงประวัติศาสตร์ สถาปัตยกรรม ศิลปวัฒนธรรม และคุณค่าทางโบราณคดี เพื่อนำไปสู่การใช้ดุลพินิจตัดสินใจว่าเจดีย์ดังกล่าวเป็น “โบราณสถาน” ตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ หรือไม่ ดังนั้น การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว จึงย่อมถือไม่ได้ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติไว้แต่อย่างใด