

บทบรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สอง ประกอบด้วยบทความต่างๆ ตามหัวข้อเรื่อง (theme) “Good Governance and Transparency in Public and Private Sectors” (“ธรรมาภิบาลและความโปร่งใสในหน่วยงานภาครัฐและเอกชน”) ซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายได้นำเสนอในงานประชุมนานาชาติ (International Conference) ภายใต้หัวข้อเดียวกัน ซึ่งจัดขึ้น ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ระหว่างวันที่ 17 - 18 มีนาคม 2558 ที่ผ่านมานี้เอง โดยที่การประชุมนานาชาติดังกล่าวเป็นการประชุม ซึ่งมีผู้ทรงคุณวุฒิทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศมาร่วมนำเสนอบทความและเป็นการประชุมที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นหลัก ดังนั้นบทความที่นำเสนอในงานประชุมนานาชาติดังกล่าวจึงเป็นบทความที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษทั้งสิ้น

แม้ว่าบทความตามหัวข้อเรื่องที่น่ามาลงพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สอง นี้จะประกอบด้วยบทความเพียงสี่บทความ อันเนื่องมาจากข้อจำกัดบางประการ แต่อย่างไรก็ตามบทความทั้งสี่บทความนั้นก็สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาเกี่ยวกับธรรมาภิบาลและความโปร่งใสในด้านต่าง ๆ ทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทยได้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้าน **กฎหมายธุรกิจ** (Business Law Perspective) เกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ได้แก่บทความเรื่อง Public Private Partnerships Lessons learned the Hard Way: 20 Years of the UK’s Private Finance Initiative และบทความเรื่อง Regulating for Good Governance and Transparency in Public Private Partnerships **ด้านกฎหมายอาญา** (Criminal Law Perspective) ได้แก่ บทความเรื่อง Good Governance and Transparency from the Criminal Law Perspective และ**ด้านกฎหมายมหาชน** (Public Law Perspective) ได้แก่บทความเรื่อง Visions of the Good Society: Good Governance, Corruption and Public Law – Reflections on Selected Thai, German and Global Discourses

สำหรับ**บทความอื่นๆ** นั้น ยังคงครอบคลุมข้อมูลความรู้เกี่ยวกับกฎหมายในด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายและน่าสนใจ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญา กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนประเด็นทางกฎหมายที่เป็นช่องทางเกี่ยวกับการทุจริตในภาคเอกชน ซึ่งต่างเป็นบทความที่เขียนโดยคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สอง ยังคงมีบทความภาษาต่างประเทศอยู่เช่นเคย ได้แก่ บทความเรื่อง Law Unity of Land Rights in Indonesia และคอลัมน์ประจำอันเป็นเกร็ด ข้อมูลความรู้ทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ปกฉกกฎหมาย

นอกจากนี้ วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สอง ยังมีคอลัมน์แนะนำหนังสือ (Book Review) อีกด้วย ได้แก่ ซึ่งเป็นการวิพากษ์หนังสือในรูปแบบหนึ่งโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเนื้อหา (content) ลักษณะการเขียนหรือการถ่ายทอด (style) และคุณค่า (merit) ของหนังสือ ในวารสารเล่มนี้ หนังสือที่นำมาแนะนำเป็นหนังสือด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ บรรณาธิการจะกำหนดคอลัมน์แนะนำหนังสือสลับกับคอลัมน์ฎีกาวิเคราะห์ในวารสารนิติศาสตร์ ที่จะออกในแต่ละเล่ม เพื่อให้คอลัมน์ประจำของวารสารนิติศาสตร์มีความหลากหลายและ ทวีความเข้มข้นยิ่งขึ้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของสมาชิกและผู้อ่านทุกท่าน

สุดท้ายนี้ วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สาม ที่จะออกในคราวต่อไป (ประมาณเดือนกันยายน 2558) จะเป็นบทความในหัวข้อเรื่อง “กฎหมายต่าง ๆ ของประเทศในกลุ่มอาเซียน” เพื่อนำเสนอกฎหมายในด้านต่าง ๆ ของประเทศทั้งหลายในกลุ่มอาเซียน อันจะเป็น การต้อนรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอย่างเต็มตัวของประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้ และในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน กองบรรณาธิการจะได้จัดทำวารสารนิติศาสตร์ ฉบับพิเศษ ครบรอบ 44 ปี เพื่อตอบแทนสมาชิกและผู้มีอุปการคุณที่ให้การสนับสนุนการจัดพิมพ์ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ด้วยดีเสมอมา ดังที่บรรณาธิการและ กองบรรณาธิการได้แจ้งไว้แล้วก่อนหน้านี้ บรรณาธิการและกองบรรณาธิการจึงขอให้สมาชิก และผู้อ่านทุกท่านได้โปรดติดตามและรอพบกับวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สาม และวารสาร นิติศาสตร์ ฉบับพิเศษครบรอบ 44 ปี ต่อไป

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์
บรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 44 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2558)

สารบัญ

บทความหัวข้อ Good Governance and Transparency

Public Private Partnerships Lessons learned the Hard Way: 20 Years of the UK's Private Finance Initiative.....	Adam Reekie.....	305
Regulating for Good Governance and Transparency in Public Private Partnerships.....	Neil Andrews.....	329
Good Governance and Transparency from the Criminal Law Perspective.....	Matti Joutsen.....	375
Visions of the Good Society: Good Governance, Corruption and Public Law – Reflections on Selected Thai, German and Global Discourses	Henning Glaser.....	384

บทความอื่น ๆ

BDSM Contract: ค่าบังคับแห่งสัญญาในทางแพ่ง กับหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดในทางอาญา.....	สาวตรี สุขศรี.....	415
หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	ปวีศร เลิศธรรมเทวี.....	443
ประเด็นทางกฎหมายที่เป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตที่มีผลกระทบในภาพรวม โดยเฉพาะภาคเอกชน.....	คณพล จันทน์หอม..... และ ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์	468
มาตรการของบุหรืแบบเรียบ: ประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ภายใต้ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า.....	เอกรินทร์ วิริโย.....	485

บทความภาษาต่างประเทศ

Law Unity of Land Right in Indonesia.....	Gwendolyn Ingrid Utama.....	509
---	-----------------------------	-----

แนะนำหนังสือ

Introducing Diversity: A Review Essay of

The Cambridge Companion to International Law.....*Phattharaphong Saengkrai*.....524

ปกิณกะกฎหมาย

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรม

และการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557.....*ภาควงมิ โลหะรัตนานท์*.....537

THAMMASAT LAW JOURNAL

Vol. 44 No. 2 (June 2015)

CONTENTS

Good Governance and Transparency Themed Articles

- Public Private Partnerships Lessons Learned the Hard Way: 20 Years
of the UK's Private Finance Initiative.....*Adam Reekie*.....305
- Regulating for Good Governance and Transparency
in Public Private Partnerships.....*Neil Andrews*.....329
- Good Governance and Transparency
from the Criminal Law Perspective.....*Matti Joutsen*.....375
- Visions of the Good Society: Good Governance, Corruption and
Public Law – Reflections on Selected Thai, German and
Global Discourses.....*Henning Glaser*.....384

Other Articles

- BDSM Contract: Its Legal Effect and the Principle of
“volenti non fit injuria” in Criminal Law.....*Sawatree Suksri*.....415
- Principles and Concepts of International Environmental Law.....*Pawarit Lertdhamtewe*.....443
- Legal Issues as Avenues for Corruption in Public Procurement
Involving the Private Sector.....*Kanaphon Chanhom*.....468
and Suphasit Taweejamsup
- Plain Cigarette Packaging Measure: Issues on Trademark Protection
Under the Agreement on Trade-Related Aspects
of Intellectual Property Rights.....*Aggarin Viriyo*.....485

Foreign-Language Article

- Law Unity of Land Right in Indonesia.....*Gwendolyn Ingrid Utama*.....509

Book Review

Introducing Diversity: A Review Essay of

The Cambridge Companion to International Law.....*Phattharaphong Saengkrai*.....524

Legal Variety

Some Remarks on the Prevention of Cruelty to Animals

and Animal Welfare Act B.E. 2557 (2014).....*Pakpoom Lohavaritanon*.....537

Public Private Partnerships

Lessons learned the Hard Way: 20 Years of the UK's Private Finance Initiative

Adam Reekie *

บทคัดย่อ

เมื่อไม่นานมานี้ รัฐบาลของไทยได้ประกาศความตั้งใจในการเพิ่มการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน โดยใช้รูปแบบการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐเพื่อจัดทำโครงการโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นส่วนหนึ่งของโครงการส่งเสริมการลงทุน

Private Financial Initiative หรือ PFI ของสหราชอาณาจักรเป็นโครงการระยะเวลา 20 ปี ที่จัดทำขึ้นเพื่อส่งเสริมให้ภาคเอกชนได้มีส่วนร่วมในโครงการของภาครัฐโดยใช้กระบวนการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐในการจัดทำโครงการโครงสร้างพื้นฐานและโครงการอื่น ๆ อย่างไรก็ดี ความสำเร็จของ PFI ยังไม่มีความชัดเจนเท่าใดนัก และโครงการ PFI จำนวนหนึ่งยังไม่ได้ก่อให้เกิดผลตอบแทนต่อผู้เสียภาษีในสหราชอาณาจักรเท่าที่ควร

ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2012 กระทรวงการคลังของสหราชอาณาจักรได้ตีพิมพ์รายงานเกี่ยวกับประสิทธิภาพของ PFI โดยเน้นประเด็นต่าง ๆ ที่พบในช่วงวงจรชีวิตของโครงการ รวมทั้งบทเรียนสำคัญที่ได้รับเพื่อนำไปสู่การดำเนินการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐแนวทางใหม่หรือที่เรียกว่า PF2

ในบทความนี้ ผู้เขียนศึกษาจากบทสรุปและข้อแนะนำของรายงานจากกระทรวงการคลังที่จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 2012 และรายงานอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งจัดทำขึ้นโดยหน่วยงานรัฐในสหราชอาณาจักร เพื่อแสดงให้เห็นถึงประเด็นหลักจากประสบการณ์ของประเทศสหราชอาณาจักรซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างเป็นสากลกับหน่วยงานภาครัฐที่จะเข้าร่วมในการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐ หากกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงประเด็นหลักดังกล่าวที่ได้จากการรวบรวมหัวข้อที่กระทรวงการคลังหยิบยกขึ้น

* Foreign professor, Faculty of Law, Thammasat University.

มีสามประการ ได้แก่ ความโปร่งใส การจัดการผลประโยชน์ และการจัดสรรความเสี่ยงที่เหมาะสม ประเด็นข้างต้นมีความเกี่ยวข้องอย่างเป็นสากลเนื่องจากเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นจากโครงสร้างของการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐเอง

หลังจากการพิจารณาหัวข้อหลักอันมีลักษณะเป็นสากลดังที่พบในรายงานของกระทรวงการคลังในปี ค.ศ. 2012 และการศึกษาในสามประเด็นข้างต้น ผู้เขียนพิจารณาข้อเสนอแนะที่ให้ไว้โดยกระทรวงการคลังเพื่อศึกษาหัวข้อข้างต้น บทเรียนของประเทศสหราชอาณาจักรที่ผ่านพ้นอุปสรรคต่าง ๆ ในช่วงระยะเวลา 20 ปีที่ผ่านมาจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทยในการที่จะช่วยให้ภาครัฐของไทยอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ใช้งานโครงการโครงสร้างพื้นฐานอย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้ภาครัฐและภาคเอกชนได้รับประโยชน์จากการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพของการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐ

Abstract

The Thai government has recently announced an intention to increase investment in infrastructure and it appears to be the Government's intention to use Private Public Partnerships ("PPPs") to deliver infrastructure projects as a part of this investment initiative.

The UK's Private Finance Initiative ("PFI") was a 20-year initiative to involve the private sector in public sector projects, in particular by using PPPs to deliver large infrastructure (and other) projects. However, PFI met with decidedly mixed success, and it is widely considered that PFI projects frequently failed to deliver good value for money for UK taxpayer.

In December 2012 the UK Treasury published a report on the performance of PFI, highlighting some of the issues which became evident through the lifecycle of the initiative and the key lessons that should be learned to inform the UK's new approach to PPPs, called PF2.

In this article, I draw on the conclusions and recommendations of the Treasury's 2012 report (and related reports by other UK government agencies) to identify some themes from the UK's experience which are of universal relevance for public authorities considering entering into PPPs. In particular, three themes are gathered from the issues identified by the Treasury which are of universal relevance since they arise from natural tensions caused by the basic PPP structure: transparency, alignment of interests and appropriate risk allocation.

After analysing the key universal issues identified by the Treasury's 2012 report and discussing the three themes, I review the recommendations made by the Treasury to address these issues. It is hoped that Thailand will take advantage of the lessons learned the hard way by the UK over the last 20 years, so that the Thai public sector will be able to operate as a sophisticated consumer in respect of infrastructure projects, and both the Thai public sector and the private sector will be able to benefit from the efficiencies offered by PPPs.

Regulating for Good Governance and Transparency in Public Private Partnerships

Neil Andrews*

บทคัดย่อ

การศึกษาเรื่องธุรกิจและกฎหมายธุรกิจเริ่มต้นในยุคสมัยใหม่ภายใต้กรอบการศึกษาเชิงเศรษฐศาสตร์การเมืองของอดัม สมิธ ในช่วงปี ค.ศ. 1759 สมิธใช้หลักความโปร่งใสในการแยกประเภทของคนออกเป็นสี่ประเภท ได้แก่ ผู้ที่เปิดเผยและซื่อสัตย์ ผู้ที่สงวนท่าทีและปกปิด ผู้ที่คล้ายว่าจะเป็นคนเปิดเผยแต่เป็นคนที่หลอกลวงโดยไม่ได้ตั้งใจ และผู้ที่คล้ายว่าจะเป็นคนเปิดเผยแต่แท้จริงเป็นคนที่หลอกลวง สมิธเห็นว่าความโปร่งใสจะนำไปสู่ความเชื่อใจและความไว้วางใจและทำให้การหลอกลวงลดลง การแบ่งแยกคนออกเป็นสี่ประเภทพบในบริบทของตลาดมากกว่าในบริบทของกฎหมาย ตลาดนำไปสู่ความร่ำรวยและผู้คนจะกระทำการด้วยความซื่อสัตย์เพื่อให้ธุรกิจของตนเติบโต เมื่อใดก็ตามที่ความเชื่อใจถูกสั่นคลอน การทำให้ความเชื่อใจกลับคืนมาใช้เวลานาน กฎหมายเป็นปัจจัยสำคัญในการรักษาความเชื่อใจที่มีต่อคนในกลุ่มที่สามและสี่ตามที่สมิธแยกไว้ในขณะเดียวกันตลาดที่มีคนที่น่าไว้วางใจจะเป็นตัวช่วยให้เกิดความเป็นธรรม การร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐนำไปสู่หลักการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูลในกฎหมายธุรกิจและหลักการอื่นที่เกี่ยวข้องกับหลักการเปิดเผยข้อมูลของรัฐบาลภายใต้บริบทของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ในขณะที่สมิธไม่เห็นพ้องกับการดำเนินการการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐ วิธีดังกล่าวได้รับการสนับสนุนเป็นอย่างมากจากแนวคิดเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมใหม่ที่มุ่งให้ภาครัฐลดกิจกรรมของตนและลดการใช้ภาษีในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการ ประเด็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ได้แก่ (1) การคอร์รัปชันเพื่อให้เป็นผู้ชนะในการเข้าประมูลงานด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การบริจาคเงินให้กับพรรคการเมือง (2) การที่ภาครัฐขาดความโปร่งใสอันเนื่องมาจากการรักษา

* College of Law and Justice, Victoria University, Melbourne, Australia

ความลับทางการค้า (3) ความสูญเสียซึ่งกำไรที่รัฐควรจะได้ไปให้ภาคเอกชน (4) การยกเลิกการบริการหรือข้อจำกัดสิทธิในการเพิ่มการอุดหนุนและการใช้สินทรัพย์ที่อยู่ในการร่วมทุน และ (5) กระบวนการจัดการในสถานะที่มีหนี้สินล้มพันตัว บริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการร่วมทุนต้องเผชิญกับปัญหาเรื่องความโปร่งใสในระดับที่สูงกว่าปกติและการคาดการณ์ว่าโครงการจะก่อให้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองหรือไม่เป็นไปด้วยความยากลำบาก โดยมากปัญหาเรื่องการรักษาความลับเกิดจากความขัดแย้งระหว่างความต้องการในการเก็บรักษาความลับทางการค้าและความต้องการในการเปิดเผยข้อมูลของรัฐบาลที่ต้องกระทำภายใต้บริบทสังคมประชาธิปไตย ประเด็นเหล่านี้เป็นประเด็นที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน นอกจากนี้การคอร์รัปชันที่ร้ายแรงยังสามารถเกิดในช่วงกระบวนการก่อนการดำเนินการร่วมทุนระหว่างเอกชนกับรัฐ ดังจะเห็นได้จากกรณีศึกษาโครงการ Credo ของ Independent Corruption Commission แห่งรัฐนิวเซาท์เวลส์ Independent Corruption Against Commission หรือ ICAC เป็นการรับเอาแนวคิดทางการเมืองและกฎหมายจากฮ่องกงซึ่งเคยเป็นส่วนหนึ่งของประเทศในอาณานิคมเข้ามาในประเทศตะวันตกที่มีการปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยที่มีพรรคการเมืองหลายพรรค ความตึงเครียดที่เกิดขึ้นในการไต่สวนโดยเปิดเผยเกิดขึ้นจากความขัดแย้งระหว่างการเปิดเผยการคอร์รัปชันเพื่อประโยชน์สาธารณะและการเพิกถอนสิทธิส่วนบุคคลในความเป็นส่วนตัว การไม่ให้การ และข้อสันนิษฐานความบริสุทธิ์ อย่างไรก็ตาม การไต่สวนดังกล่าวไม่ได้นำไปสู่การดำเนินคดีทางการเมืองหรือการพิสูจน์ว่ากระทำผิด การเปิดเผยการกระทำต่าง ๆ ในระหว่างการไต่สวนก่อให้เกิดความท้าทายต่อความเชื่อมั่นที่มีต่อภาคธุรกิจและภาครัฐ แม้กระนั้น ICAC ก็ยังได้รับการสนับสนุนอย่างกว้างขวางจากสื่อมวลชนกลุ่มผลประโยชน์และประชาชน และยังมีการสนับสนุนให้จัดตั้ง ICAC ในระดับชาติ

Abstract

The study of business and business law started in the modern era in the study of political economy with Adam Smith. In 1759 Smith described four types of people in terms of their transparency: the forthright and honest; the person who is reserved and who conceals; the person who appears to be open who unintentionally deceives; and, the person who appears to be open but who deliberately deceives. Transparency, according to Smith, leads to trust and confidence and deception erodes. The answer was largely to be found in the practices of the market rather than in law. Markets lead to prosperity and in repeat transactions people will act honestly to increase their business. When trust breaks it takes time to regenerate it. Law does play a part in maintaining trust for the people in Smith's third and fourth categories as the markets supported by the confidence people have in the state in promoting justice. Private public partnerships (PPPs) bring the principles relating to disclosure in business law with

the other principles relating to disclosure by government in constitutional law. While Smith opposed such arrangements, their use has been influenced by neoliberalism which has reduced the activities of the state and the taxes to provide infrastructure and services. The major issues around PPPs have been: (1) corruption in seeking to win tenders from the government including donations to political parties; (2) lack of transparency expected of government because of commercial confidentiality; (3) losses being borne by the public with profits going to the private sector; (4) withdrawal of services or limitation on other rights to increase patronage or use of PPPs assets; and, (5) administration in insolvencies. Companies involved in PPPs face more transparency and their application may be difficult to predict if a project becomes politically controversial. There is often conflict around the confidentiality required for commercial processes and the disclosure required for the government in a democratic society. While the formal part of the PPPs is covered by these issues the period before the formal process starts, as the case study of the New South Wales' Independent Corruption Commission's Project Credo shows, can include serious corruption. Independent Commission Against Corruption (ICAC) is a rare political and legal transplant from a colony in East Asia - Hong Kong - into a western developed multi party parliamentary democracy. There is tension in ICAC's public inquiries between the public good in the exposure of corruption and the abrogation of the individual's rights to privacy, silence and the presumption of innocence. Its inquiries have also not led to criminal prosecutions and convictions. The conduct disclosed in such hearings challenges confidence in both business and government. In spite of this there is widespread support for ICAC by media, interest groups and public opinion and support for a national ICAC.

Good Governance and Transparency from the Criminal Law Perspective

*Matti Joutsen**

บทคัดย่อ

โดยปกติมักเป็นที่เข้าใจกันว่าการลงโทษ คือ การตอบโต้อาชญากรรมที่เหมาะสมและเป็นสิ่งที่จำเป็น โดยแนวความคิดดังกล่าววางอยู่บนแนวคิดที่ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคม ซึ่งนำไปสู่การใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการสร้างความนิยามทางการเมือง อย่างไรก็ตาม ในอีกด้านหนึ่งกฎหมายอาญาอาจถูกพิจารณาว่าวางอยู่บนหลักการ “ความยุติธรรมเชิงกระบวนการ” (procedural justice) ซึ่งแนวความคิดนี้ เห็นว่าการที่ประชาชนเคารพกฎหมายนั้น เกิดจากความเชื่อที่ว่ากระบวนการกฎหมายเป็นสิ่งที่ถูกต้องและควรต้องทำ ดังนั้นระดับความพร้อมหรือความต้องการของประชาชนในการปฏิบัติตามกฎหมายจึงแปรผันตามความยุติธรรมของกระบวนการและวิธีการที่ตนถูกปฏิบัติมากกว่าผลลัพธ์ของกระบวนการนั้น

การบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างมีประสิทธิภาพมีผลเป็นการข่มขู่ไม่ให้ประชาชนกระทำความผิด นอกจากนั้น การตรากฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายนั้น ยังทำหน้าที่ทางศีลธรรม และให้การศึกษาแก่ประชาชนด้วย โดยการสื่อสารกับประชาชนว่ากฎหมายส่งเสริมให้มีบรรทัดฐานของสังคมที่ต่อต้านการคอร์รัปชัน ถึงแม้ว่าการใช้กฎหมายอาญาให้เกิดผลร้ายกับผู้กระทำผิดอาจก่อให้เกิดผลในเชิงข่มขู่ทางสังคมอยู่บ้าง แต่เราไม่อาจคาดหวังต่อผลในการข่มขู่นี้มากเกินไป สิ่งที่ควรเป็น คือ การทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายอาญาตามปกติ สม่าเสมอ คาดเดาได้ และที่สำคัญ คือ ต้องเป็นธรรม

การเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบธรรมาภิบาลจำเป็นที่จะต้องใช้อย่างหลากหลายมาตรการประกอบกัน ทั้งมาตรการตามกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ซึ่งจากมุมมองของกฎหมายอาญา การบังคับใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการป้องกันและตอบโต้การคอร์รัปชัน และการเสริมสร้างให้รัฐบาลเป็นรัฐบาลที่ปกครองโดยระบบนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่ต้องใช้

* Director European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations



อย่างจำกัด และอย่างระมัดระวัง การใช้กฎหมายอาญาอย่างรุนแรงอาจจะทำให้นักการเมืองดูดีผ่านสื่อมวลชน และทำให้ได้รับคะแนนนิยมในการเลือกตั้ง แต่ในระยะยาวอาจก่อให้เกิดผลในเชิงลบได้

Abstract

The traditional view of criminal law and criminal justice is that punishment is the best and the primary response to crime. Although ostensibly rational, this view is based on an oversimplified understanding of the role of criminal law in controlling behaviour, and all too easily leads to “penal populism”, in which criminal law and the criminal justice system are used for political purposes. An alternative view of criminal law rests on the concept of procedural justice. People obey the law because they see this as the “right thing to do”. The readiness of people to comply with the law depends less on the outcome of the process, and more on the perceived fairness of the process and how they are treated.

The existence of clear norms and the operation of the criminal justice system have a deterrent effect. Furthermore, criminalization and the operation of the criminal justice system have an educational, moral function: they reinforce social norms against corruption. Severe responses by the criminal justice system may have a deterrent effect, but this effect should not be overestimated. The enforcement of the law should be regular, consistent, predictable and above all fair.

Strengthening good governance calls for a range of measures, both in and outside the field of law. Speaking from the perspective of criminal law, the operation of the criminal justice system is important in the prevention of and response to corruption, and in strengthening a government built on the rule of law. But criminal law is a tool that should be used with great restraint and delicacy. Sledgehammer blows with the Criminal Code from time to time may look good in the media and may pay off at the ballot box, but can all too readily prove counterproductive in the long run.

Visions of the Good Society: Good Governance, Corruption and Public Law – Reflections on Selected Thai, German and Global Discourses

*Henning Glaser**

บทคัดย่อ

บทความนี้นำเสนอการวิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวความคิดเกี่ยวกับสังคมที่ดี ธรรมาภิบาล และกฎหมายมหาชน โดยใช้ให้เห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวได้รับความเข้าใจและเชื่อมโยงสัมพันธ์กันในทางที่แตกต่างกันมากระหว่างวิถีความคิดเสรีนิยมแบบใหม่ (Neoliberal Discourse) วิถีความคิดของเยอรมัน และวิถีความคิดของไทย ทั้งนี้ ความแตกต่างดังกล่าวอาจเห็นได้ประการสำคัญจากแนวความคิดเกี่ยวกับการทุจริต (Corruption) แนวความคิดเกี่ยวกับการทุจริตได้รับความสนใจน้อยในวิถีความคิดของเยอรมันในขณะที่ได้รับความสนใจเป็นพิเศษในวิถีความคิดเสรีนิยมแบบใหม่และวิถีความคิดของไทยในเรื่องธรรมาภิบาล วิถีความคิดของเยอรมันมองการทุจริตว่าเป็นการขัดต่อความเสมอภาคในระบอบประชาธิปไตย วิถีความคิดเสรีนิยมแบบใหม่เห็นว่าการทุจริตเป็นภัยสำหรับการเข้ามาลงทุนของต่างชาติ ส่วนวิถีความคิดแบบไทยเห็นว่าการทุจริตเป็นภัยต่อความบริสุทธิ์หรือความใสสะอาดของการเมือง

* Director, German-Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG), Faculty of Law, Thammasat University

Abstract

The article presents an outline and concise comparison of three discourses on the good society, good governance, and public law. The way how these concepts are understood substantially and put in a relation to each other differs significantly among them, namely: the neoliberal good governance discourse, a German, and a Thai discourse. An interesting indicator for the particularities of the different configurations is the perception of corruption. Receiving relatively little attention by the German discourse, the issue of corruption has a prominent place in the global neoliberal and the Thai discourse on good governance. Substantially, it is perceived as a violation of democratic equality in the German discourse, seen as a threat for foreign investment in the global neoliberal one and feared as endangering the integrity of the purity of the political order in Thailand.

BDSM Contract: คำบังคับแห่งสัญญาในทางแพ่ง กับหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดในทางอาญา

สาวตรี สุขศรี*

บทคัดย่อ

“BDSM” ไม่มีคำจำกัดความที่เป็นสากล แต่เข้าใจกันโดยทั่วไปในวงการนี้ว่าหมายถึง รสนิยมทางเพศ หรือการใช้ชีวิตรูปแบบหนึ่งที่สร้างความสุขทางเพศให้แก่ตนเองและ/หรือผู้อื่น ด้วยการทำให้เกิดความเจ็บปวดร่างกายหรือจิตใจ หรือปลดปล่อยอารมณ์ความรู้สึกทางเพศ ผ่านกิจกรรมที่มีลักษณะแตกต่างไปจากคนทั่วไปโดยไม่จำเป็นต้องมีความเจ็บปวดร่วมด้วยก็ได้ คนทั่วไปมักเข้าใจ BDSM ในนามของพวกนิยมความรุนแรงและสร้างความเจ็บปวดให้แก่กัน (Sadism – Masochism) เท่านั้น แต่ที่ถูกต้องแล้ว BDSM มีกิจกรรมในการสร้างความพึงพอใจทางเพศ จำนวนมากกว่านั้นขึ้นอยู่กับจินตนาการและประสบการณ์ของผู้เข้าร่วม แม้ปัจจุบันคนในสังคมส่วนใหญ่ จะยังไม่ยอมรับผู้มีรสนิยมแบบ BDSM แต่ควรต้องรับรู้ว่ามีผู้ที่หันมาสนใจ “รสนิยมทางเพศทางเลือก” แบบนี้กลับมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ กล่าวสำหรับคนในแวดวง BDSM นั้น นอกจาก BDSM จะเป็น สัญลักษณ์แห่งเสรีภาพในทางเพศที่ไม่จำกัดอยู่ในกรอบการร่วมเพศแบบเดิม ๆ และเป็นสิทธิส่วนบุคคล แต่ก็มีกติกามารยาทมากมายที่ต้องยึดถือปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยทั้งต่อตนเองและผู้อื่นแล้ว ยังมี กฎเหล็กกำกับด้วยว่ากิจกรรม BDSM จะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดย “ความยินยอม” ของผู้เข้าร่วมเท่านั้น และในทางความเป็นจริง มีคู่ขา BDSM จำนวนมากที่ทำข้อตกลงในเรื่องต่าง ๆ ต่อกันอย่างเป็น กิจจะลักษณะในรูปของสัญญา ปัจจุบัน สัญญา BDSM มีหลายประเภทภายใต้ชื่อเรียกและ รายละเอียดที่แตกต่างกัน อาทิ Dominant/Submissive Contract ซึ่งเป็นสัญญา BDSM ที่ทำกัน โดยทั่วไป Scene Contract สัญญาระยะสั้นหรือสัญญาที่มีเงื่อนไขแน่ชัดว่าคู่สัญญายินยอมกัน เฉพาะกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่ง และ Master/Slave Contract สำหรับคู่ที่ต้องการมีความสัมพันธ์กัน ในระยะยาว เป็นต้น ฉะนั้นสำหรับสมาชิก BDSM แล้ว ปัญหาที่ว่า คนในสังคมส่วนใหญ่ยังไม่ยอมรับ พวกเขา หรือตั้งข้อรังเกียจกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM เพราะขัดกับแบบแผนหรือขนบประเพณี

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมดี) (ธรรมศาสตร์), นิติศาสตรมหาบัณฑิต (ธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, LL.M (มหาวิทยาลัยมิวนิค ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี), อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,



จึงอาจไม่มีความสำคัญเท่ากับปัญหาในทางกฎหมายที่ว่า สัญญาที่พวกเขาทำกันนั้นมีผลใช้บังคับในทางกฎหมายหรือไม่ หรือ “ความยินยอม” ที่ให้แกกันไว้จะยกเว้นความผิดให้เขาได้หรือไม่ หากการทำกิจกรรมนั้นนำมาซึ่งอาการบาดเจ็บหรือถึงแก่ชีวิต ในบทความนี้จึงมีการสำรวจทั้งหลักกฎหมายทั่วไป บทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมทั้งแนวคำพิพากษาทั้งของไทยและต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ว่ามีประเทศใดบ้างหรือไม่ที่ให้การรับรองกิจกรรมทางเพศของกลุ่ม BDSM ในทางกฎหมายแล้ว และการยอมรับดังกล่าวมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอย่างไร

Abstract

An exact definition of “BDSM” can currently not be found. However, in BDSM community, it is understood as “Sexual orientation or lifestyle pattern which created sexual pleasure for themselves and/or others by causing pain to the body or released sexual emotions through, without the pain involved, a lot of sexual activities differently from general people”. From point of view of ordinary people, BDSM means only sadism and masochism, which is inaccurate definition. Different activities depending on fantasies and experience of BDSM participants can be practiced. On one hand, BDSM activities are not widely accepted. On the other hand, numbers of attendants for “alternative sexual orientation” are steadily increased. For BDSM people, BDSM is not only symbol for sexual freedom in unlimited forms but also right to privacy. A lot of etiquettes must be upheld to ensure the safety of participants, whereas consent of participants is the BDSM golden rule. In fact, a lot of BDSM partners make an agreement on various matters in form of a contract e.g. dominant/submissive contract, scene contract and master/slave contract for couple with long term relationship. Society acceptance is extrinsic in comparison to legal validation of their contract or exclusion by consent in the case of injure or dead caused by sexual activity. In this article, the general principles and provisions of law are surveyed and analysed. Moreover, judgments in Thailand and abroad will be analysed in aspect of acceptance of BDSM activities.

หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อม ในกฎหมายระหว่างประเทศ*

ปวีศร เลิศธรรมเทวี**

บทคัดย่อ

กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศปรากฏแยกออกจากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองอย่างชัดเจนเมื่อปี ค.ศ. 1972 ภายใต้ปณิญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ บทความนี้กล่าวถึงหลักการและแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏอยู่ใน 3 ลักษณะที่สำคัญ ได้แก่ เอกสารกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับ หรือเอกสารที่ไม่มีสภาพบังคับ และคำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รวมตลอดทั้งวิเคราะห์หลักการของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศอันนำไปสู่การบัญญัติรับรองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมในเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศ

คำสำคัญ: การพัฒนาอย่างยั่งยืน กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง สิทธิด้านสิ่งแวดล้อม หลักกฎหมายสิ่งแวดล้อม

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม” สนับสนุนทุนวิจัยโดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

** PhD (Lond.) (Herchel Smith Scholarship); ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.



Abstract

Growth of international environmental law as a separate area of public international law began in 1972 with the Stockholm Declaration on the Human Environment. This article aims at analysing principles and concepts of international environmental law, which were identified through (1) international treaties, (2) non-binding international instruments, and (3) decisions of international courts/organizations. It specifically considers the fundamental rights to the environment recognized under various multilateral environmental agreements.

Keywords: Sustainable Development, International Environmental Law, Public International Law, Right to the Environment, Principles of Environmental Law

ประเด็นทางกฎหมาย ที่เป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตที่มีผลกระทบ ในภาพรวมโดยเฉพาะภาคเอกชน*

คณพล จันทน์หอม**

ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์***

บทคัดย่อ

โครงการวิจัยนี้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาแนวทางและนำเสนอผลการวิจัยที่นำไปสู่การพัฒนาด้านกฎหมายที่เหมาะสมในการแก้ปัญหาของประเทศไทยอย่างเป็นรูปธรรม ผู้วิจัยพบว่าการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยมีปัญหาในการดำเนินการทั้งสิ้น 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ปัญหาการทุจริตเชิงนโยบาย ประการที่สอง ปัญหาการจัดการโครงสร้างขององค์กรจัดซื้อจัดจ้างที่มีโครงสร้างแบบรวมศูนย์อำนาจ (Centralization) และ ประการที่สาม ปัญหาในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งพบว่ามีช่องว่างและขาดมาตรการป้องกันการทุจริตที่เพียงพอ ผู้วิจัยจึงเสนอให้ดำเนินการดังต่อไปนี้ ประการแรก กำหนดมาตรการเสริมเพื่อป้องกันการทุจริตเชิงนโยบาย โดยเฉพาะมาตรการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างโดยการประชุมแบบเปิดเผย รวมถึงกำหนดให้การกระทำบางอย่างเป็นความผิด

* บทความวิจัยเรื่องนี้คัดย่อมาจากโครงการวิจัยเรื่อง “โครงการศึกษาประเด็นทางกฎหมายที่เป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตที่มีผลกระทบในภาพรวมโดยเฉพาะภาคเอกชน” ซึ่งจัดทำโดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยได้รับทุนสนับสนุนจากสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ประเพณีทุนทั่วไป ประจำปี พ.ศ. 2556

** นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เนติบัณฑิตไทย, LL.M. (U of Washington), Ph.D. in Law (U of Washington); อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

*** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เนติบัณฑิตไทย, Master II de Recherche, droit social (Mention assez bien) Université Paul Cézanne, Docteur en Droit social (Très honorable avec les félicitations de jury), prix de thèse de droit comparé et de droit étranger Université Paul Cézanne; อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประการที่สอง เปลี่ยนแปลงการจัดโครงสร้างองค์กรที่ทำหน้าที่จัดซื้อจัดจ้างเป็นลักษณะการกระจายอำนาจ (Decentralization) เพื่อให้เกิดการตรวจสอบถ่วงดุลกันระหว่างคณะกรรมการชุดต่าง ๆ และประการที่สาม แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

Abstract

The main purpose of this research is to find a proper way to improve Thai laws concerning anti-corruption in public procurement. The research found that practical problems of public procurement have emerged: (1) policy corruption; (2) structure of public procurement organization that is centralized; (3) corruption along the process of public procurement. In response to those problems, the research team recommends that Thailand adopt new legal measures such as the disclosed information and open-meeting methods as well as the code of conduct for the public procurement process. Second, the Thai Public Procurement Structure should be reorganized and to a decentralized system. Finally, legal measures controlling the public procurement process should be amended in order to make it more effective for the existing anti-corruption.

มาตรการชองบุหรืแบบเรียบ: ประเด็นเกี่ยวกับ การคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ภายใต้ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ที่เกี่ยวข้องกับการค้า

เอกรินทร์ วิริโย*

บทคัดย่อ

มาตรการชองบุหรืแบบเรียบได้กลายเป็นประเด็นที่อยู่ในความสนใจของสังคม ทั้งสังคมระหว่างประเทศและสังคมในประเทศไทย เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นการห้ามมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าบนชองบุหรื อันนำไปสู่ประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า โดยนักวิชาการมีความเห็นที่แตกต่างกันว่า การกำหนดมาตรการชองบุหรืแบบเรียบนั้นขัดต่อความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือไม่ ซึ่งมุมมองหนึ่ง เห็นว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่มีสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า เนื่องจากความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า ไม่ได้กำหนดรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ จึงทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่สามารถเรียกร้องสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวที่มาตรการชองบุหรืแบบเรียบกำหนดห้ามไว้ได้ ในทางกลับกัน อีกมุมมองหนึ่ง เห็นว่า แม้ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจไม่มีสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็มีผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายในการใช้เครื่องหมายการค้าของตน อันทำให้การกำหนด

* LL.B, Monash University, LL.M. (International and Comparative Law), Monash University, Australia, Certificate of Copyright in Digital Age, USPTO, Certificate of International Visitor Leadership Program on Protection of Intellectual Property Rights, United States Department of States, ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศาลทรัพย์สินทางปัญญา, สภานายความ), ประกาศนียบัตรมหาชนรุ่นที่ 23 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักกฎหมายกฤษฎีกาประจำสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบเป็นการจำกัดผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ในเรื่องนี้ก็มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่ามาตรการซองบุหรี่แบบเรียบถือว่าเป็นการขัดขวางมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างไม่สมควรตามความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือไม่ ซึ่งบทความฉบับนี้จะศึกษาและวิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง บริบทของบทบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า

คำสำคัญ: เครื่องหมายการค้า, ทรัพย์สินทางปัญญา, ซองบุหรี่แบบเรียบ

Abstract

The measure on plain cigarette packaging has become the issue of interest in the society both in international society and society in Thailand because this measure prohibits the use of trademark on cigarette packaging, leading to the consideration on the trademark protection under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. The academics have different opinions as to whether or not the measure on plain cigarette packaging contradicts with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. In one aspect, it is opined that the trademark owners have no right to use the trademark as the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights has not provided such a right, then the trademark owners cannot request to use the trademark prohibited by the measure on plain cigarette packaging. On the contrary, it is opined that even though the trademark owners may not have the right to use the trademark, they still have a legitimate interest in using the trademark. Furthermore, there is an issue to consider as to whether or not the measure on plain cigarette packaging creates the unjustified obstacles to encumber the use of the trademark in accordance with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. In this Article, it will study and analyze on the relevant provisions, the context of those provisions together with the object and purpose of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

Keywords: Trademark, Intellectual property, Plain cigarette packaging

Law Unity of Land Right in Indonesia

*Gwendolyn Ingrid Utama**

บทคัดย่อ

สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (อินโดนีเซีย) เป็นประเทศหมู่เกาะซึ่งตั้งอยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยมีประชากรเป็นจำนวนมาก และแบ่งการปกครองออกเป็นเขตต่าง ๆ และแต่ละเขตปกครองก็มีกลุ่มคนที่แตกต่างกันตามชนเผ่าอาศัยอยู่ โดยก่อนที่จะมีการสร้างกฎหมายที่มีเขตอำนาจทั่วประเทศ ในแต่ละชุมชนได้มีการตรากฎหมายที่มีทั้งเนื้อหากฎหมายและองค์การตลอดจนวิธีการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน เพื่อใช้กับคนในชุมชนและเขตพื้นที่ของตนเอง โดยกฎหมายของชุมชนดังกล่าวเป็นการอ้างสิทธิและสืบทอดมาจากบรรพบุรุษ และครอบคลุมถึงสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติต่าง ๆ รวมถึงที่ดินด้วย อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการประกาศเอกราชเป็นเวลาประมาณ 15 ปี ประเทศอินโดนีเซียได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญลำดับที่ 5 แห่งปี 1960 ว่าด้วยกฎเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ (Act No. 5 Year 1960 on Basic Regulation of Agrarian หรือเป็นที่รู้จักว่า UUPA หรือ Basic Agrarian Act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับคนและดินแดนทั่วประเทศ เพื่อควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอันรวมถึงทรัพยากรที่ดิน ผลจากการมีกฎหมายดังกล่าว โดยหลักไม่ได้มีการละเมิดสิทธิดั้งเดิมของคนในชุมชน เพราะถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายฉบับนี้ แต่กฎหมายจารีตประเพณีของแต่ละชุมชนก็ไม่ได้ถูกละเลยไป หากแต่ถูกนำมาปรับใช้ควบคู่กัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติบางกรณีอาจเกิดข้อมีข้อพิพาทในการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองดังกล่าว ระหว่างผู้ที่ถือครองสิทธิเหนือที่ดินผืนเดียวกัน โดยอ้างสิทธิตามกฎหมายที่แตกต่างกัน บทความนี้จะได้นำเสนอวิธีการระงับข้อพิพาทในกรณีดังกล่าว

คำสำคัญ: สิทธิในที่ดิน, ชุมชนดั้งเดิม และสิทธิ Ulayat

* Faculty of Law, Pelita Harapan University, Indonesia



Abstract

Republic of Indonesia (Indonesia) is a country in Southeast Asia which has large population. Indonesia also is an archipelago country whose territory is divided into region, thereby forming particular community in each area. Prior to forming national laws, the Indonesia people has had applicable laws that are limited to the members of the community itself and its territory. Society referred is called indigenous community, that can be defined as communities that lived by the ancestors origins of hereditary above customs territory, which has sovereignty over land and natural resources; social and cultural life which governed by customary law and customary institutions who manage the sustainability of community life. The definition shown that life of indigenous community governed by their own law, including the land and natural wealth. 15 years after the independence of Indonesia, Indonesia established a legislation governing national agrarian (natural resources), including land, namely Act No. 5 Year 1960 on Basic Regulation of Agrarian (or more often referred to as UUPA/Basic Agrarian Act). Although there has been the national law on agrarian, traditional land law has not been forgotten, but rather integrated in it. Thus there is no right of the people that eliminated arbitrarily. However, in practice, sometimes there is a conflict between the implementation of customary law and national agrarian law. Then how to solve conflicts that arise between the customary rights holder with other rights holder over the same area of land?

Keywords: land right, indigenous community, ulayat right



Book Review

Phattharaphong Saengkrai*

Introducing Diversity: A Review Essay of The Cambridge Companion to International Law

James Crawford and Martti Koskeniemi (eds). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2012. xi + 471.

1. Introduction

Since its momentous institutionalisation in the late nineteenth century, the discipline of international law has continuously produced a good number of introductory works on the subject. Among those that are now regarded as classic are *The Law of Nations* by James Brierly,¹ *Modern Introduction to International Law* by Michael Akehurst² and, more recently, *International Law* by Vaughan

* Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University. LLB (Tokyo), MSc (LSE).

¹ The first edition appeared in 1928. The sixth edition, published in 1963, is edited by Sir Humphrey Waldock, and the seventh edition, in 2012, by Andrew Clapham. See, respectively, H Waldock (ed) *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (6th edn, Oxford University Press, 1963); A Clapham (ed) *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations* (7th edn, Oxford University Press, 2012).

² The first edition appeared in 1970. The seventh edition, published in 1997, is edited by Peter Malanczuk. See P Malanczuk (ed) *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7th edn, Routledge, 1997).

Lowe.³ All of them aim to introduce the field to the students and non-specialist readers who want to understand the role of law in international relations. The *Cambridge Companion to International Law* claims to share the similar spirit with the similar readership in mind; but it takes a strikingly original outlook. In the words of one of its editors, ‘the unique aspect of this book is that it offers sophistication, complexity and reflexivity while speaking to the general reader.’⁴

In this analytical essay, I propose to explicate this unique aspect of the *Companion*. I will not concern myself with the summary of individual chapters which are very rich and sophisticated. Such a task seems almost impossible in this short writing. Nor will it be particularly fruitful. Rather, I will seek to explain and discuss the diversity of conceptions of ‘international law’ presented in the book. Such diversity, I will argue, is the defining feature of the *Companion*, and, in turn, reflects several features of the field of international law as understood by the editors.

2. Diverse conceptions

The *Companion* is a collection of essays edited by James Crawford and Martti Koskenniemi. It is strikingly original in many aspects. The contributors are drawn from a very diverse group of scholars, ranging from the former judge at the International Court of Justice to the Marxist and Feminist legal scholars and to the highly influential philosopher. Indeed, the curious combination of the two editors already intimates the unique collaboration. Crawford was then the Whewell Professor of International Law at the University of Cambridge and is currently a judge at the International Court of Justice. He is known predominantly as one of the most sought-after advocates before international tribunals and as the final *special rapporteur* of the International Law Commission on the topic of state responsibility for internationally wrongful acts. Koskenniemi is Professor of International Law at the University of Helsinki who is known predominantly as a

³ V Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007).

⁴ M Koskenniemi, ‘Conveying Complexity: Martti Koskenniemi on the Cambridge Companion on International Law’, at <http://cjl.org.uk/2012/02/03/conveying-complexity-martti-koskenniemi-on-the-cambridge-companion-to-international-law-2/> (last access 31 May 2015)



highly influential academic lawyer and legal historian. His works include *From Apology to Utopia* and *The Gentle Civilizers of Nations*. The book thus comprises erudite contributors who are known either as a practitioner or a scholar or, for some, as both practitioner and scholar.

Equally original is the book's innovative quadripartite structure which are titled 'the contexts of international law', 'international law and the state', 'techniques and arenas' and 'projects of international law'. A closer look at each of these four parts will reveal that while there are some familiar topics, some other traditional themes seem missing or at any rate do not have any separate chapter of their own. Thus while there are chapters on statehood, state jurisdiction, and sources of international law, there are no chapters on the law of treaties or the law of the sea. Instead, many other new themes appear, such as the intellectual history of international law, the construction of the international order and the international Rule of Law, and the issue of global poverty.

In my view, such originality points to the defining feature of the *Companion*: its unhesitating engagement with the diverse conceptions of 'international law'. As the editors make clear at the outset, 'the discipline/profession of international law is approached in different ways by different scholars' (p vii). Thus while there is a central sense of international law as the 'discipline/profession', how one may understand and study it can be different – quite different. The editors choose to present this diversity of approaches to the subject directly in order to 'convey both traditional and critical understanding of the field' (p 2). Let me delve into this a little more.

Lawyers – and perhaps non-lawyers too – are familiar with the technical sense of international law as an intricate body of rules, or a legal system, or the legal system that is 'based on and helping to structure a system of relations among states and other entities'.⁵ Also influential is the conception of international law as process: 'the entire decision-making process, and not just the reference to the

⁵ J Crawford (ed) *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press, 2012) p xviii.

trend of past decisions which are termed “rules”’.⁶ The *Companion* seems to have incorporated both lines of conceptions,⁷ but it chooses to describe international law as a ‘discipline’ and ‘profession’ or, more precisely, a specific branch of the legal discipline and profession. As the editors observe, ‘international law’s “home” surely is the context of law. This is the genus of which international is a species.’ They go on: ‘International lawyers are not only trained in specific techniques of international cooperation, but also, indeed, first of all, as *lawyers*.’ (p 6, emphasis in original). On this view, if international law is after all a branch of law, international lawyers are only a specialised group of lawyers – the view that goes back at least to the late nineteenth century.⁸

Underpinning the *Companion* is thus the traditional conception of international law as a discipline and profession with the emphasis that it constitutes just one component of law in general. But the book also goes very much further. It provides several understandings to complement this core. ‘International law’ is described by the editors as ‘law, with the capacity to regulate relations between states as well as between states, peoples and other international actors’, ‘a language of government in certain contexts’ (p 2), ‘a bundle of techniques’ (p 2), and ‘a framework within which several (modern or post-modern) constructivist projects are articulated’ (p 3) – all juxtaposed with one another. This introduction of diversity of the conceptions corresponds with the unique structure of the book. The point of departure is that international law, like other branches of law, can operate only in certain contexts. According to the editors, it operates in multiple contexts, three of which are chosen to be discussed in Part I titled ‘contexts of international law’. Gerry Simpson explains many ways in which international law

⁶ R Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use It* (Oxford University Press, 1994) p 2.

⁷ To my mind, the conception of law as rule does not in and of itself occlude the conception of law as process. They can be complimentary. As Crawford observes, ‘International law is both a process of assertion and reliance *and* a system of principles and rules: together they constitute the course of international law, confounding those critics who simplistically assert that it can be one (process) or the other (system) but not both’. J Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law* (Brill, 2014) p 22.

⁸ For a magisterial monograph on this episode of history, see M Koskeniemi, *The Gentle Civilizers of Nations: The Rise and Fall of International Law* (Cambridge University Press, 2001).



operates in diplomacy. Martti Koskeniemi traces how the debates on the role of international law have developed in political ideas. And Federic Megret discusses various positions on the character of international law in jurisprudential debates. Linked to these contexts is the modern-state system which occupies the central place in international law. Despite the diversity and complexity in contemporary international relations, states and inter-state relations are still ‘a major preoccupation’ of the discipline (p 7). Part II, titled ‘International Law and States’, therefore discusses different aspects of statehood: the components of statehood by Karen Knop, sovereignty by James Crawford, state jurisdiction by Bruno Simma and Andreas Muller, and war by David Kennedy. Part III, titled ‘Techniques and Arenas’, corresponds to the conception of international law as a system of professional techniques which are employed in certain institutions. The key issue is how rules and principles of law are generated and enforced, the topic discussed respectively in the chapter ‘Law-making and sources’ by Hilary Charlesworth and the chapter ‘International law and the relativities of enforcement’ by Dino Kritsiotis. Benedict Kingsbury and Jan Klabbers discuss respectively international courts and tribunals and international organisations, two of the more significant development of international legal institutions. The last part, ‘Projects of International Law’, deals with how international law has been employed to pursue and implement political projects by various groups of persons. Seven projects are discussed: the construction of international order by Anne Orford, the consolidation of the international Rule of Law by BS Chimni, international human rights protection by Susan Marks, international criminal justice by Sarah Nouwen, regulation of international economy by Helene Ruiz-Fabri, global poverty by Thomas Pogge, and development and conservation of resources by Sundhya Pahuja.

Perhaps I should highlight that it does not follow from the multiple conceptions that there are multiple social phenomena which we lump together and call sweepingly ‘international law’. Nor does it mean that each conception carries equal explicative power. The point is rather that diverse members of the international legal profession always bring with them diverse experience and, therefore, diverse views of what the field is. And since ‘from the beginning, [international law] has been composed of different pieces that refract

differentially’,⁹ an accurate account of the field should convey this complex reality and inevitable diversity. The editors accordingly choose to weave different understandings into one tapestry which may be called a ‘catholic view of international law’: the all-embracing view that the discipline and profession of international law is not monolithic but indeed composed of a very large and diverse groups of specialists called international lawyers.¹⁰ The result is a series of nuanced and sophisticated essays that are versed in legal techniques and equally alert to political realities and historical constraints. As Crawford explains elsewhere, the discipline and profession of international law carries different significance simultaneously:

‘It means a constant responsiveness to the sources and constraints of normativity. It means a sufficient regard for form. It means an awareness of our collective histories, and the different attitudes to the world that these have produced. It also means a more nuanced awareness of our own collective history as international lawyers, and of our institutions. It means the possession of a certain technique, a technique of plurilingual interpretation, and as to customary law, of hermeneutics. It means a tempered sense of realism, one that can confront the face of power with an “ought” and even a “must not”. Be sceptical as to motives and consequences – to be sure – but do not deformatize to the point of the extinction of our subject, law.’¹¹

3. Constant transformation

I have explained the diverse conceptions of international law that inform the entire *Companion*. The all-embracing approach of the book may be called a ‘catholic view of international law’. But to what extent is this approach justified? Let us look at the core conception of international law as discipline/profession and the catholic-view approach in turn.

⁹ J Crawford, ‘International Law as Discipline and Profession’, *ASIL Proceedings*, Vol 106, 2012, p 473.

¹⁰ M Karagiannak and J Crawford, ‘State Immunity, War Crimes and Human Rights’, *Global Change, Peace and Security*, Vol, 26, 2014, p 91.

¹¹ Crawford, *supra* note 9, p 485.



The emphasis on the traditional understanding of international law as a discipline and profession is justified in so far as it avoids the endless jurisprudential debate as to whether international law is really ‘law’ or ‘law properly so-called’. The question is an old and tired one but its spectre still haunts the contemporary field in various contexts. Thus some textbooks recently published still begin with this discussion,¹² and the *Companion* too allocates one chapter to it, where Megret distinguishes usefully different positions and views (see pp 64-92). For the editors, the designation and label are not of particular significance. What is more important, however, is the observable social fact that there *is* a discipline/profession called ‘international law’ in which a large group of lawyers called ‘international lawyers’ engage in various ways with what they call ‘international law’. It is therefore more fruitful to seek to understand what these persons actually think and do and have actually thought and done. As Crawford puts it elsewhere with his characteristic clarity, ‘One does not have to believe in the existence of God to credit the existence of the clergy, and if the existence of international law is for some uncertain or doubtful, one cannot doubt the existence of international lawyers, people who are in the profession of doing something they identify as international law, are paid for or even do it for free, in seemingly endless pro bono briefs.’¹³ For the analysis of the field from this perspective would still hold good ‘even if one were to concede ... that there is no such thing as international law or that it bears no resemblance to law properly so-called.’¹⁴ As such, the conception of international law as a discipline/profession shifts the level of analysis from the metaphysical level to the empirical one, and from the abstract to the concrete.

But what of the catholic view? To what extent is the presentation of diverse conceptions of international law justified? As explained above, the *Companion* engages with multiple conceptions of international law, and does not provide any definition of it at the beginning of the book. In fact, many authors of recent textbooks on the subject seem to avoid defining the term ‘international law’, albeit with varying reasons. Lowe, for instance, begins his book with the explanation of

¹² See eg, M Dixon, *Textbook on International Law* (6th edn, Oxford University Press, 2013) p 1; J Klabbers, *International Law* (Cambridge University Press, 2013) pp 9-10; Crawford, *supra* note 5, pp 9-11.

¹³ Crawford, *supra* note 9, p 472.

¹⁴ *Ibid*, p 475.

the ‘core’ and not any definition. He argues that there is ‘a penumbral area which can be equally classified as international law or some other branch of the law.’¹⁵ However, for the editors of the *Companion*, the elusiveness of the concept has to do not so much with its ‘penumbral area’, as with the very nature of the field itself. The nature of international law, in the editors’ view, dictates the catholic view or the open approach. The point receives somewhat elliptical expression as follows:

‘The most conspicuous aspect of international law’s speciality, however, may be its constant silent transformation, not as a result of legislative activities of formal law-making organs (indeed there are few such organs), but in response to the needs of its “consumers”. It is that fluidity – its dynamics – that ultimately accounts for the inability of any of the four or five standard theoretical positions to grasp it wholly. International law is what we make of it and here the connotation of the “we” has no pre-established limits. Surely, a consensus about what international law is, how it operates and for whom, may arise in each of its contexts – but that view may be different between those contexts and one source of richness of the discipline is that they operate relatively independently and are in no hierarchical relationship to each other’ (p 7).

It is thus the constant dynamic – the constant development – of international law that does not allow a single definition. Defining something involves, in a sense, delimiting it. But if ‘international law’ is delimited at the outset, the subsequent explanation of its transformation may be obstructed or restricted, and the understanding of its nature inaccurate or incomplete. Therefore, the editors may have thought that it would be more approximate to reality to present different conceptions instead of a single working definition and to prise open from the beginning the concept which is the subject of the study.

But the dense paragraph quoted above also points further to several salient features of international law as understood by the editors which underpin the many conceptions presented in the *Companion*. Let me dwell upon only three: the

¹⁵ Lowe, *supra* note 3, p 5.



open-textured character, the decentralised nature, and the relativity of the contexts.

Turning to the first feature, the open-textured character or the openness of international law refers to the absence of *a priori* limits of the contemporary field. This involves at least two further aspects. First, contemporary international law sets no *a priori* limits to its potential participants.¹⁶ Hence, ‘the connotation of the “we” has no pre-established limits’ (p 7). In other words, if international law governs international relations, there is no fixed conception of who the actors in the relations are. Here the discussion is traditionally made under the rubric of ‘subjects of international law’, the familiar topic that does not appear in the *Companion*. It is of course well known that, at least since Vattel, international law is overwhelmingly inter-state law. The notion was pushed to the point where it was observed authoritatively at the early twentieth century that ‘States solely and exclusively are the subjects of international law’.¹⁷ Whether or not that was an accurate statement of the law as it stood at that time is subject to debate, but, at any rate, it cannot be the case anymore. The making and the application of international law are no longer, if ever were, limited to states. The twentieth century has witnessed remarkable diversification of the actors in international forums. In terms of subjects or participants, contemporary international law has a rather complex pictures of states as the building block of the system and many other actors having rights, duties and responsibilities of different kinds and to a different degree. The point was once disputed before the Second World War but became settled authoritatively by the International Court Justice in the *Reparations* opinion in 1949 where the Court held ‘Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States.’¹⁸

¹⁶ On the conception of the international legal system as an open system, see J Crawford, ‘International Law as an Open System’, in J Crawford, *International Law as an Open System: Selected Essays* (Cameron May, 2001).

¹⁷ L Oppenheim, *International Law: A Treatise* (1904), cited in Crawford (ed), *supra* note 5, p 5.

¹⁸ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Report 1949, p 178.

Similarly, contemporary international law has no *a priori* limits to its contents. If international law governs international relations, there is no longer fixed conception of what international relations are. In this aspect, too, international law is informed by the ever-changing ‘requirement of international life’. Indeed, the Permanent Court of International Justice has made this point early in the twentieth century: ‘The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a state is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations’,¹⁹ So, for example, how a government treats its citizens used to be regarded as purely domestic matters. But human-rights-related issues are now very much part of international relations and international human rights law provides the intricate standards of treatment of individuals, some of which have crystallised into customary international law binding upon all states.²⁰ Here again, there are certain patterns of subject-matters that seem to be the major preoccupations of the discipline. Koskeniemi, in his chapter, speaks of international community, individuals, states, peace and welfare. But there are new subject-matters too, some of which are discussed in the last part of the book called ‘Projects of international law’ as I have explained briefly above.

The open texture of the field is due partly to the absence of any centralised authority who has the compulsory power of the legal nature. International law is often known for its decentralised nature. It lacks overarching organ to make, apply and enforce laws with compulsory jurisdiction. Such powers lie with individual states who have sovereignty and independence. Therefore the

¹⁹ *National Decrees Issued in Tunisia and Morocco*, Advisory Opinion, Publication of PCIJ Series B 1923, p 24.

²⁰ David Kennedy, for example, explains the contemporary ‘international human rights regime’ as follows: ‘Governments have human rights departments, ombudsmen, special rapporteurs, and investigative divisions. If you are a diplomat, you can be assigned human rights as a specialty. If you are a law student, you can aspire to a career in the field of human rights. We have human rights networks, human rights courts, non-governmental organizations, citizens’ initiatives, government bureaus, international institutions, private foundations, military staffs, specialized journalists, authors, and media – all in one or another way ‘doing’ human rights. Diplomats denounce one another, citizens write letters and send checks, and a cadre of diverse professionals travels the world denouncing governments and promoting human rights.’ D Kennedy, ‘The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?’, in R Dickson *et al* (eds) *Examining Critical Perspectives on Human Rights* (Cambridge University Press, 2013) pp 19-20.



fundamental principle of the international legal system is that of consent. The existence and the binding force of rules of international law is grounded in state consent. Treaties are based on mutual consent. Customary international law derives from consent or consensus of states. Persistent objectors are allowed to exempt from the application of custom, which reaffirms the consent principle. The powers to apply and enforce the laws also lie primarily (but not exclusively) with states. Thus, the international legal system long permits the resort to self-help measures to induce the recalcitrant states to comply with the rules of law. A countermeasure is often explained as a feature of decentralised system,²¹ and the decentralised system as a defining feature of international law.

This aspect of international law is discussed in several chapters in the *Companion*. For example, Simma and Muller, Charlesworth, Kingsbury and Krisiotis elaborate on the consequences of the decentralisation, respectively, in the areas of state jurisdiction, the making of international law, international courts and the system of enforcement. Certain chapters, on the other hand, take issue squarely with this familiar understanding. Simpson, for instance, seeks to provide a more nuanced and differentiated picture when he explains the role of international law in diplomacy by categorising it into three forms: the relations between the Great Powers themselves, between the Great Powers and the peripheries, and between the autonomy and independence of the sovereign states and the imperatives of international regulation and world order (pp 29-30). In his telling, decentralisation is therefore only part of the story. The history of ‘colonialism or domination or exploitation or “outlaw states”’ is very much part of the story that has to be told, and it has been brought out to a great extent by Simpson himself in his monograph titled ‘Great Power and Outlaw States’.²² To have a full grasp of international law is to have the understanding of different stories including the less familiar ones.

Turning now to the last point which concerns the contexts of international law. As I have already touched upon, international law operates in many contexts and the editors choose three to be discussed: diplomacy, ideas and law. In my

²¹ See eg, *Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, UN Doc A/56/10, p 128.

²² G Simpson, *Great Powers and the Outlaw States* (Cambridge University Press, 2004).

view, the plurality of the contexts are very much in the same line with the familiar distinction between two roles of international lawyers: practitioners and scholars. That the introductory book seeks to combine both groups of lawyers shows that the *Companion* is a rather intellectually ambitious enterprise.

The two roles, Crawford and Koskeniemi observe, are not in any hierarchical relationship. The practitioner is not in a higher position than a scholar and vice versa. Rather, they are simply different and require different methods of working. In fact, it is not uncommon that one lawyer may wear two hats, albeit not at the same time. Practitioners have to focus on the technical details and concern themselves with the application of the law in a particular case. The judges are necessarily concerned with the case before it and the counsels with the specific needs of their clients. On the contrary, scholars are allowed to take a broader perspective looking into ideas and histories behind the law. The point is therefore that it is important to be fully aware of the specific context of the operation of the law. The methods by which the law operates can be quite different according to its contexts. So can the meanings of legal vocabularies and institutions. ‘International legal concepts and institutions are in this sense intensely contextual.’ To understand their meanings, ‘we should know what policy it is intended to support, or against whom or which kind of preference it is expected to operate’ (p 4). Koskeniemi summarises the relationship between the roles of an academic and a practitioner thus:

‘What works as a professional argument depends on the circumstances. I like to think the choice lawyers are faced with as being not one of method (in the sense of external, determinate guidelines about legal certainty) but of language or, perhaps better, of style. The various styles – including the styles of “academic theory” and “professional practice” – are neither derived from nor stand in determinate hierarchical relationships to each other. The final arbiter of what works is nothing other than the context (academic or professional) in which one argues.’²³

²³ M Koskeniemi, ‘Letter to the Editors of the Symposium’ 93 *American Journal of International Law* (1993), reprinted in M Koskeniemi, *The Politics of International Law* (Hart Publishing, 2011) p 300.



4. Open conclusions

I have sought to make clear the overarching approach which informs the entire *Companion* and discuss the extent to which it is justified. The editors decide to take the approach to the field of international law that is at once all-embracing, open-ended and alert to the diversity of the conceptions of the subject. This approach, in my reading, follows inevitably from the open-textured nature of the field as understood by the editors. I have also shown that the view as to the field's openness is shared by many other international lawyers including judges of the International Court of Justice and other scholars.

To return to the interview by Koskeniemi quoted in the introduction of the essay, the *Companion* aims to provide sophistication, complexity and reflexivity. This goal surely makes this intellectually ambitious book a demanding read. Most chapters in my reading are marked by important nuances and full of subtleties and interest. But all chapters are also extremely well written and well structured. The complexity of the arguments in the book comes surprisingly with the lucid explanation. The editors say that this introduction is directed 'not only to lawyers but to academic and professional audiences generally, including non-specialist readers keen to form an overall view of the subject or to explore some aspect of it perhaps related to their own work or, perhaps more generally, to form a reasoned opinion on some matter of international interest' (p 2). I am certain that this group of audience can, or, at any rate, should be able to, comprehend the arguments presented in the book.

It is only natural that the book that emphasises the openness and diversity of its subject will end with the open and diverse conclusions. This is precisely what the editors seek. They invite the readers to form their own opinion as to the role of international law in international relations after having studied carefully the materials presented in the book. Such diversity of the well-informed opinions is also another feature of the *Companion*.

ปกิณกะกฎหมาย

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับ พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรม และการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557

ภาควิชา โสวัตินานท์*

ในปีพุทธศักราช 2557 ที่ผ่านมามีการประกาศใช้กฎหมายต่าง ๆ หลายฉบับ แต่มีกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีความสนใจจากบุคคลทั่วไปในสังคมเป็นอย่างมาก คือ พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ พ.ศ. 2557¹ ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 27 ธันวาคม 2557 โดยพระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ เพื่อให้สัตว์ได้รับการคุ้มครองตามธรรมชาติของสัตว์อย่างเหมาะสม ซึ่งปรากฏว่าภายหลังจากที่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับได้เพียงไม่กี่วัน ได้มีชาวบ้านในจังหวัดหนองคาย แจ้งความต่อพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรท่าบ่อ อำเภอท่าบ่อ จังหวัดหนองคาย เพื่อดำเนินคดีต่อชายคนหนึ่ง ที่ใช้มีดทำร้ายสุนัขของชาวบ้าน โดยพนักงานสอบสวนได้ดำเนินคดีในความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์² ตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งเป็นความผิดอาญา และศาลจังหวัดหนองคาย ได้พิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย 1 ปี ปรับ 2,000 บาท โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ 1 ปี³ ซึ่งต่อมาพนักงานอัยการจังหวัดหนองคายได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์เพื่อขอให้ลงโทษจำคุกจำเลย

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 / ตอนที่ 87 ก/ หน้า 4 / 26 ธันวาคม 2557

² ความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ บัญญัติไว้ในมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 โดยระวางโทษในความผิดฐานนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 31 ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

³ “ตัดสินแล้วคดี “ฟันปากหมา” ประเดิม พรบ. ทารุณสัตว์ จำคุก 1 ปี”, <<http://www.thairath.co.th/content/473118>> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2558



มากกว่า 1 เดือน โดยไม่รอการลงโทษ เนื่องจาก พิจารณาแล้วเห็นว่าคดีนี้สุนัขไม่มีนิสัยดุร้าย ไม่เคยกัดคนมาก่อน ทั้งตามเวลาที่เกิดเหตุไม่มีพฤติการณ์เห่าหรือเข้าทำร้ายจำเลยแต่อย่างใด แต่จำเลยกลับใช้อาวุธมีดขว้างทำร้ายอย่างแรง เป็นเหตุให้สุนัขได้รับอันตราย แพทย์ต้องทำการรักษาโดยเย็บแผลให้ประมาณ 100 เข็ม แล้วจำเลยยังถือมีดวิ่งตามมาเพื่อทำร้ายอีก แต่ผู้เสียหายได้เข้ามาห้ามปรามไว้ อันแสดงให้เห็นถึงความโหดร้ายของจำเลยและเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยไม่มีเหตุอันสมควร ควรที่จะลงโทษจำเลยโดยไม่รอการลงอาญา เพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557⁴ จึงต้องรอดูกันต่อไปว่า ศาลอุทธรณ์จะพิพากษาเช่นไร

อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก หลักเกณฑ์ในการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์และการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกบัญญัติขึ้นใหม่ และยังไม่เคยมีกฎหมายที่บัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้จำเป็นต้องต้องเรียนรู้สาระสำคัญตลอดจนการใช้และการตีความกฎหมายฉบับนี้เพื่อให้ต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับพระราชบัญญัติฉบับนี้หลายประการ ดังจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงข้อสังเกตดังกล่าว ผู้เขียนขอกล่าวถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ และบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการทารุณกรรมสัตว์เสียก่อน เพื่อให้เห็นภาพของการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ได้ดียิ่งขึ้น

1. สาระสำคัญของพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557

1.1 กำหนดนิยามของ “สัตว์” ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้แก่ สัตว์ที่โดยปกติเลี้ยงไว้เพื่อเป็นสัตว์บ้าน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดงหรือสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม และให้หมายความรวมถึงสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด (มาตรา 3)

1.2 กำหนดความหมายของ “การทารุณกรรม” และ “การจัดสวัสดิภาพสัตว์” ซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายฉบับนี้ โดยให้คานิยามไว้ ดังนี้

“การทารุณกรรม” หมายความว่า การกระทำความผิดหรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ ได้รับความเจ็บปวด ความเจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรืออาจมีผลทำให้สัตว์นั้นตาย และให้หมายความรวมถึงการใช้สัตว์เพื่อการ สัตว์เจ็บป่วย สัตว์ชราหรือสัตว์ที่กำลังตั้งท้องเพื่อแสวงหาประโยชน์ ใช้สัตว์ประกอบกามกิจ ใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรเพราะเหตุที่สัตว์นั้นเจ็บป่วย ชราหรืออ่อนอายุ

“การจัดสวัสดิภาพสัตว์” หมายความว่า การเลี้ยงหรือการดูแลให้สัตว์มีความเป็นอยู่ในสภาวะที่เหมาะสม มีสุขภาพอนามัยที่ดี มีที่อยู่ อาหาร และน้ำอย่างเพียงพอ (มาตรา 3)

⁴ “อัยการยื่นอุทธรณ์คดีกระทำการทารุณกรรมสัตว์”, <http://www.pr.ago.go.th/oag/upload_250215_163102_doc1.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2558

1.3 กำหนดให้มีคณะกรรมการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วย ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เป็นประธาน และกรรมการอื่นจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์และการจัดสวัสดิภาพสัตว์ และมีผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรี⁵ แต่งตั้ง โดยมีอธิบดีกรมปศุสัตว์เป็นกรรมการและเลขานุการ มีอำนาจหน้าที่เสนอนโยบาย แผน มาตรการในการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์และการจัดสวัสดิภาพสัตว์ต่อรัฐมนตรี เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์และการจัดสวัสดิภาพสัตว์ และการออกประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบและติดตามการปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 5 ถึงมาตรา 10)

1.4 กำหนดให้สามารถขอขึ้นทะเบียนเป็นองค์กรจัดสวัสดิภาพสัตว์ โดยคณะบุคคลหรือนิติบุคคลใดมีวัตถุประสงค์หรือดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการทารุณกรรมหรือการจัดสวัสดิภาพสัตว์ และไม่มีวัตถุประสงค์ในทางกำไรหรือแสวงหากำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนเป็นองค์กรจัดสวัสดิภาพสัตว์ต่อนายทะเบียน โดยองค์กรดังกล่าวอาจได้รับการสนับสนุนจากกรมปศุสัตว์หรือหน่วยงานอื่นของรัฐในการดำเนินกิจกรรมเพื่อให้ประชาชนมีความเข้าใจและมีส่วนร่วมในการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์หรือการจัดสวัสดิภาพสัตว์ (มาตรา 11 ถึงมาตรา 13)

1.5 กำหนดให้สามารถขอขึ้นทะเบียนเป็นสถานสงเคราะห์สัตว์ โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งจัดตั้งสถานสงเคราะห์สัตว์ที่ดำเนินกิจกรรมในลักษณะที่ไม่แสวงหากำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนเป็นสถานสงเคราะห์สัตว์ต่อนายทะเบียน และผู้ซึ่งจัดตั้งสถานสงเคราะห์สัตว์ที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้ว อาจได้รับการสนับสนุนด้านความรู้เกี่ยวกับการป้องกันการทารุณกรรมหรือการจัดสวัสดิภาพสัตว์ การควบคุมปริมาณสัตว์และการป้องกันโรคระบาดสัตว์ในสถานสงเคราะห์สัตว์จากกรมปศุสัตว์หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ (มาตรา 14 ถึงมาตรา 16)

1.6 กำหนดหลักการในการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์ โดยกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมสัตว์ โดยไม่มีเหตุอันสมควร และเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา โดยได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการกระทำบางกรณีไม่ถือว่าเป็นการทารุณกรรมสัตว์ เช่น การฆ่าสัตว์เพื่อใช้เป็นอาหาร ทั้งนี้ เฉพาะสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร การฆ่าสัตว์ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการฆ่าสัตว์และจำหน่ายเนื้อสัตว์ การฆ่าสัตว์เพื่อควบคุมโรคระบาดตามกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ เป็นต้น (มาตรา 20 และมาตรา 21)

1.7 กำหนดหลักการในการจัดสวัสดิภาพสัตว์ โดยกำหนดให้เจ้าของสัตว์ต้องดำเนินการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ให้แก่สัตว์ของตนตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ห้ามมิให้เจ้าของสัตว์ปล่อย ละทิ้ง หรือกระทำการใด ๆ ให้สัตว์พ้นไปจากการดูแลของตน โดยไม่มีเหตุอันสมควร และกำหนดให้ในการขนส่งสัตว์ หรือการนำสัตว์ไปใช้ในการแสดง เจ้าของสัตว์หรือ

⁵ หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (มาตรา 4)



ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้เหมาะสมตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด โดยหากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม มีโทษทางอาญา (มาตรา 22 ถึงมาตรา 24)

1.8 กำหนดให้มีพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 25 ถึงมาตรา 30)

1.9 บทกำหนดโทษ กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำการทารุณกรรมสัตว์ตามมาตรา กำหนดโทษในกรณีที่เจ้าของสัตว์หรือผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ดำเนินการจัดสวัสดิภาพสัตว์ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามมาตรา (มาตรา 31 ถึงมาตรา 35)

จะเห็นว่า พระราชบัญญัตินี้ประกอบด้วยบทบัญญัติในหลายส่วน แต่ในที่นี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ ซึ่งผู้กระทำการฝ่าฝืนอาจต้องรับผิดชอบในทางอาญาเท่านั้น

2. บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ ได้แก่ มาตรา 381 และมาตรา 382

2.1 มาตรา 381 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการทารุณต่อสัตว์ หรือฆ่าสัตว์โดยให้ได้รับทุกขเวทนา อันไม่จำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” โดยมาตรา 381 นี้มีที่มาจากมาตรา 335 (16) ของกฎหมายลักษณะอาญา⁶

2.2 มาตรา 382 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้ให้สัตว์ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควร เพราะเหตุที่สัตว์นั้นป่วยเจ็บ ขราหรืออ่อนอายุ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” โดยมาตรา 382 นี้มีที่มาจากมาตรา 335 (17) ของกฎหมายลักษณะอาญา⁷ แต่มีข้อแตกต่างตรงที่ว่า มาตรา 382 ไม่ได้กำหนดว่าผลของการใช้ให้สัตว์ทำงาน ต้องทำให้สัตว์ถึงตายหรือบาดเจ็บเหมือนมาตรา 335 (17)

⁶ กฎหมายลักษณะอาญา

มาตรา 335 ความผิดลหุโทษ ในฐานะกระทำให้เกิดภัยอันตรายแก่สาธารณชนแลให้สาธารณชนปราศจากความสุขสบาย...

(16) ผู้ใดทรมานสัตว์เดียวรณด้วยความดุร้าย หรือมันฆ่าสัตว์เดียวรณให้ตายด้วยความลำบากโดยมีจำเป็น ท่านว่ามีความผิด...

⁷ กฎหมายลักษณะอาญา

มาตรา 335 ความผิดลหุโทษ ในฐานะกระทำให้เกิดภัยอันตรายแก่สาธารณชนแลให้สาธารณชนปราศจากความสุขสบาย...

(17) ผู้ใดทำให้ปศุสัตว์หรือสัตว์พาหนะถึงตายหรือมีบาดเจ็บ เพราะมันขับขี่หรือบรรทุกสัตว์นั้นจนเหลือขนาดไซร์ ท่านว่ามีความผิด...

มีข้อสังเกตว่า ทั้งสองมาตรานี้ ต่างเป็นความผิดลหุโทษและเป็นความผิดอันเกี่ยวกับศีลธรรมอันดี กล่าวคือ เกี่ยวเนื่องกับศีลธรรมของบุคคลให้มีเมตตาต่อสัตว์⁸ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าบทบัญญัติดังกล่าว กำหนดลงโทษบุคคลเพื่อต้องการให้คนอยู่ในศีลธรรมและมีเมตตาต่อสัตว์ โดยกฎหมายมิได้บัญญัติขึ้น เพื่อมุ่งคุ้มครองสัตว์แต่อย่างใด⁹

3. ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรม และการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557

3.1 ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำการทารุณกรรมสัตว์

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 1.6 ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดหลักการสำคัญ ให้การกระทำการทารุณกรรมสัตว์เป็นความผิดอาญา โดยหลักการดังกล่าวนี้ปรากฏในมาตรา 20 ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยไม่มีเหตุอันสมควร” ซึ่งมาตรา 31 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 20 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือ ทั้งจำทั้งปรับ” บทบัญญัติในมาตรา 20 จึงเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนไว้ และต้องนำบทบัญญัติในภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้กับความผิดฐานกระทำการทารุณกรรมสัตว์ด้วย โดยผลของมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁰ ดังนั้น ในเรื่องเจตนา ตามมาตรา 59 ก็ดี การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ก็ดี ในเรื่องตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน ตามมาตรา 83 84 หรือ 86 ก็ดี รวมทั้ง เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุบรรเทาโทษอื่น ๆ ก็ดี ก็นำไปใช้กับความผิดตามมาตรานี้ด้วย และด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอแยกพิจารณาความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ ตามองค์ประกอบความผิด ซึ่งมี 2 ส่วนด้วยกัน คือ องค์ประกอบภายนอก และ องค์ประกอบภายใน

- องค์ประกอบภายนอก
 - (1) กระทำการทารุณกรรมโดยไม่มีเหตุอันสมควร
 - (2) กระทำต่อสัตว์
- องค์ประกอบภายใน
 - เจตนาธรรมดา

3.1.1 องค์ประกอบภายนอก

3.1.1.1 กระทำการทารุณกรรมโดยไม่มีเหตุอันสมควร

⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.417

⁹ พัทธน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2526), น.37

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 17 บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น



(1) กระทำการทารุณกรรม

สิ่งที่ต้องพิจารณาคือผู้กระทำความผิดในฐานนี้หรือไม่ ประการแรกจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมหรือไม่ อย่างไรก็ตามการทารุณกรรมนั้น มาตรา 3 ของพระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

“การทารุณกรรม” หมายความว่า การกระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ที่ทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ ได้รับความเจ็บปวด ความเจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรืออาจมีผลทำให้สัตว์นั้นตาย และให้หมายความรวมถึงการใช้สัตว์เพื่อการ สัตว์เจ็บป่วย สัตว์ชราหรือ สัตว์ที่กำลังตั้งท้องเพื่อแสวงหาประโยชน์ ใช้สัตว์ประกอบภารกิจ ใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควร เพราะเหตุที่สัตว์นั้นเจ็บป่วย ชราหรืออ่อนอายุ

จากนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ความหมายของการทารุณกรรมสัตว์ตามมาตรา 3 นั้น มีความหมายค่อนข้างกว้าง โดยจากนิยามดังกล่าว สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1.1) การทารุณกรรมอาจเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ได้

1.2) การกระทำตาม 1.1) มีผลให้สัตว์

- ได้รับความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าทางกายหรือจิตใจ

มีประเด็นว่า การทำหมันสัตว์ เช่น ทำหมันให้สุนัขเพื่อแก้ไขปัญหาการเพิ่มขึ้นของสุนัขจรจัด จะเป็นการทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจหรือไม่ ในประเด็นนี้ นายชัยชาญ เลขาธิกรรมาสมาคมป้องกันการทารุณสัตว์แห่งประเทศไทย เห็นว่าการทำหมันสัตว์จะมีการวางยาเพื่อไม่ให้สัตว์เกิดความเจ็บปวด ไม่ให้ทรมาน เมื่อสัตว์ตื่นขึ้นมาก็ไม่ได้ทำให้รู้สึกเครียด ไม่ได้เป็นการทำร้ายจิตใจสัตว์แต่อย่างใด¹¹ ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว

- ได้รับความเจ็บปวด ความเจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรืออาจมีผลทำให้สัตว์นั้นตาย ซึ่งหมายความว่า แม้สัตว์นั้นไม่ถึงแก่ความตาย แต่บาดเจ็บ ทุกข์ทรมานหรือเจ็บปวดก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว

1.3) การทารุณกรรม ยังหมายรวมถึง

- การใช้สัตว์เพื่อการ สัตว์เจ็บป่วย สัตว์ชราหรือสัตว์ที่กำลังตั้งท้องเพื่อแสวงหาประโยชน์

- ใช้สัตว์ประกอบภารกิจในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้ที่กระทำชำเราต่อสัตว์ ย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด โดย “กรรม” ของการกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ “ผู้อื่น”¹² ซึ่งหมายถึง มนุษย์ ไม่รวมถึงสัตว์ แต่เมื่อพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ การกระทำชำเราสัตว์ก็อาจเป็นความผิดตามมาตรา

¹¹ ทีมข่าวเฉพาะกิจไทยรัฐออนไลน์, “จริงหรือคนเสียเปรียบ ! ก.ม. คุ้มครองสัตว์ EP. 2 ไขข้อกังขา เตหามาป้องกันตัวผิด-ไม่ผิด?”, <<http://www.thairath.co.th/content/477220>> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2558

¹² ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษ...

มีข้อสังเกตว่า ในกฎหมายลักษณะอาญา มีการบัญญัติให้การกระทำชำเราสัตว์เป็นความผิด โดยบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 242 ว่า “ผู้ใดทำชำเราผิดมนุษย์ ด้วย...ทำชำเราต่อสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด...” ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติบัญญัติให้การใช้สัตว์ประกอบกามกิจ จึงทำให้การกระทำชำเราสัตว์กลับมาเป็นความผิดอาญาอีกครั้งหนึ่ง

- ใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควร เพราะเหตุที่สัตว์นั้นเจ็บป่วย ขราหรืออ่อนอายุ ในส่วนนี้ใช้ถ้อยคำเดียวกับมาตรา 382 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น การใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรในกรณีนี้ จึงอาจเป็นความผิดทั้งตามมาตรา 382 ของประมวลกฎหมายอาญา และความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ตามมาตรา 20 นี้ กรณีจึงเป็นการกระทำความผิดเดียว เป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ซึ่งมาตรา 90 ของประมวลกฎหมายอาญา กำหนดให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งในที่นี้ก็คือต้องลงโทษตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 มาตรา 20 เนื่องจาก มีโทษสูงกว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 382

1.4) อย่างไรก็ตาม มาตรา 21 ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า การกระทำในกรณีใดบ้างที่ไม่ถือว่าเป็นการทารุณกรรมสัตว์ตามมาตรา 20 ดังนั้น ในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์หรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าต้องด้วยกรณีตามมาตรา 21 หรือไม่ โดยมาตรา 21 บัญญัติไว้ ดังนี้

“การกระทำดังต่อไปนี้ ไม่ถือว่าเป็นการทารุณกรรมสัตว์ตามมาตรา 20

(1) การฆ่าสัตว์เพื่อใช้เป็นอาหาร ทั้งนี้ เฉพาะสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร

(2) การฆ่าสัตว์ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการฆ่าสัตว์และจำหน่าย

เนื้อสัตว์

(3) การฆ่าสัตว์เพื่อควบคุมโรคระบาดตามกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์

(4) การฆ่าสัตว์ในกรณีที่สัตว์แพทย์เห็นว่าสัตว์ป่วย พิการ หรือบาดเจ็บและ

ไม่สามารถเยียวยาหรือรักษาให้มีชีวิตอยู่รอดได้โดยปราศจากความทุกข์ทรมาน

(5) การฆ่าสัตว์ตามพิธีกรรมหรือความเชื่อทางศาสนา

(6) การฆ่าสัตว์ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายแก่ชีวิตหรือ

ร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์อื่น หรือป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่ทรัพย์สิน

(7) การกระทำใด ๆ ต่อร่างกายสัตว์ซึ่งเข้าลักษณะของการประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์โดยผู้ประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์หรือผู้ซึ่งได้รับยกเว้นให้กระทำได้โดยไม่ต้องขึ้นทะเบียนและได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์จากสัตวแพทย์สภาตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพการสัตวแพทย์

(8) การตัด หู หาง ขน เขา หรืองาโดยมีเหตุอันสมควรและไม่เป็นอันตรายต่อสัตว์หรือการดำรงชีวิตของสัตว์

(9) การจัดให้มีการต่อสู้ของสัตว์ตามประเพณีท้องถิ่น

(10) การกระทำอื่นใดที่มีกฎหมายกำหนดให้สามารถกระทำได้เป็นการเฉพาะ



(11) การกระทำอื่นใดที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

จากการพิจารณามาตรา 21 ผู้เขียนมีข้อสังเกต ดังนี้

- การฆ่าสัตว์เพื่อใช้เป็นอาหารที่ไม่ถือเป็นการทารุณกรรมสัตว์ตามมาตรา 21 (1) นั้น จะต้องเป็นการฆ่าสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร เช่น โค กระบือ ไก่ เป็ด ห่าน เป็นต้น หากเป็นสัตว์เลี้ยงประเภทอื่น เช่น สัตว์เลี้ยงเพื่อการใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน ตัวอย่างเช่น กรณีของสุนัขและแมวซึ่งเป็นสัตว์เลี้ยงที่มนุษย์เลี้ยงไว้เป็นเพื่อน หากมีการฆ่าและนำมาบริโภค จะมีได้รับการยกเว้นตามมาตรา 21 (1)¹³

- การฆ่าสัตว์ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการฆ่าสัตว์และจำหน่ายเนื้อสัตว์ตามมาตรา 21 (2) นั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติควบคุมการฆ่าสัตว์และการจำหน่ายเนื้อสัตว์ พ.ศ. 2535

- การฆ่าสัตว์เพื่อควบคุมโรคระบาดตามกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ตามมาตรา 21 (3) เป็นไปตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558¹⁴

- การฆ่าสัตว์ในกรณีที่สัตว์แพทย์เห็นว่าสัตว์ป่วย พิการ หรือบาดเจ็บและไม่สามารถเยียวยาหรือรักษาให้มีชีวิตอยู่รอดได้โดยปราศจากความทุกข์ทรมานตามมาตรา 21 (4) นั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตกรณีการฆ่าสัตว์ตามอนุมาณานี้จะไม่ถือว่าเป็นการทารุณกรรมสัตว์ จะต้องเป็นกรณีที่สัตว์แพทย์ให้ความเห็นว่าสัตว์นั้นไม่สามารถอยู่รอดได้โดยปราศจากความทุกข์ทรมาน และนอกจากนี้เมื่อพิจารณา 27 ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่พบสัตว์ตกอยู่ในสภาพที่ทุกข์ทรมานจากการเจ็บป่วยหรือบาดเจ็บสาหัสและสัตว์แพทย์เห็นว่าการให้สัตว์มีชีวิตอยู่ต่อไป จะได้รับความทุกข์ทรมานจนเกินสมควร ให้นพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ฆ่าสัตว์นั้นได้ โดยการฆ่าสัตว์นั้น จะต้องดำเนินการโดยสัตวแพทย์ และในกรณีที่สัตว์นั้นมีเจ้าของต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของสัตว์ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เจ้าของสัตว์ดำเนินการฆ่าสัตว์เลี้ยงของตนเองเพราะเห็นว่าหากให้สัตว์นั้นมีชีวิตอยู่จะมีความทุกข์ทรมานกรณียอมไม่เข้าข่ายยกเว้นตามอนุมาณานี้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในกรณีที่เจ้าของสัตว์กระทำการฆ่าสัตว์ด้วยความสงสารจะไม่เข้าข่ายยกเว้นตามอนุมาณานี้ แต่การกระทำดังกล่าวจะเป็น “การทารุณกรรม” สัตว์หรือไม่เนื่องจาก มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของการทารุณกรรมไว้ว่า หมายถึง การกระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ที่ทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมาน แต่การฆ่าสัตว์เลี้ยงของตนในกรณีนี้มีได้กระทำเพื่อให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม กลับจะทำให้พ้นจากการทุกข์ทรมานเสียด้วยซ้ำ แต่ถึงแม้ว่า การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการทารุณกรรม ก็ต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่ามีเหตุอันสมควรหรือไม่ด้วย

¹³ ข้อสังเกตของคณะกรรมการสิทธิการนิยามพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. <http://www.senate.go.th/bill/bk_data/19-5.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2558, น.3

¹⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 / ตอนที่ 14 ก/ หน้า 22 / 2 มีนาคม 2558

- การฆ่าสัตว์ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายของมนุษย์หรือสัตว์อื่น หรือป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่ทรัพย์สินตามมาตรา 21 (6) นี้ มีข้อสังเกตว่าการฆ่าสัตว์เพื่อป้องกันชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินตามอนุมาณานี้ จะต้องกระทำในกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องกระทำเพื่อให้พ้นจากอันตรายจากสัตว์นั้น และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้นอกจากฆ่าสัตว์นั้นเสีย เพราะหากยังมีวิธีอื่น แต่ผู้กระทำไม่ใช้วิธีนั้น แต่กลับฆ่าสัตว์นั้นเสีย เช่นนี้จะอ้างจำเป็นไม่ได้¹⁵

ในส่วนการป้องกันทรัพย์สิน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 452 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดไว้ว่า ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ชอบที่จะจับสัตว์ของผู้อื่นอันเข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์นั้น และยึดไว้เป็นประกัน ค่าสินไหมทดแทนอันจะพึงต้องใช้แก่ตนได้ และถ้าเป็นการจำเป็นโดยพฤติการณ์ แม้จะฆ่าสัตว์นั้นเสียก็ชอบที่จะทำได้ ดังนั้น ในกรณีที่มีความจำเป็นโดยพฤติการณ์ เพราะ สัตว์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ก็ชอบที่จะฆ่าสัตว์นั้นเสียได้ ซึ่งแสดงว่าไม่เป็นละเมิด เช่น ยังจับสัตว์นั้นไม่ได้ สัตว์ก่อให้เกิดความเสียหายให้ลูกหลานต่อไปอีก ไม่มีทางอื่นที่จะระงับได้ ก็ชอบที่จะฆ่าเสียได้¹⁶ โดยไม่ถือว่าเป็นการทารุณกรรมสัตว์

- การกระทำอื่นใดที่มีกฎหมายกำหนดให้สามารถกระทำได้เป็นการเฉพาะตามมาตรา 21 (10) นี้ เป็นการบัญญัติเพื่อรองรับการกระทำอื่นที่อาจมีกฎหมายบัญญัติในอนาคตให้สามารถกระทำการบางอย่างต่อสัตว์ได้โดยไม่ถือว่าเป็นการทารุณกรรม เช่น การใช้สัตว์ทดลองเพื่องานทางวิทยาศาสตร์ ตามพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ. 2558¹⁷ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดหลักการสำคัญเกี่ยวกับการนำสัตว์มาใช้เพื่อทดลองทางวิทยาศาสตร์ว่าต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง เพื่อให้เป็นไปตามหลักสวัสดิภาพของสัตว์ ดังนั้น เมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับ การใช้สัตว์ทดลองในงานวิทยาศาสตร์ย่อมต้องดำเนินการตามกฎหมายฉบับนี้ เพื่อไม่ให้เป็นการทารุณกรรมสัตว์¹⁸

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า มาตรา 3 จะได้บัญญัตินิยามของการทารุณกรรมไว้ก็ตาม แต่ในการพิจารณาว่าการกระทำใด ๆ เป็นการทารุณกรรมสัตว์หรือไม่นั้น ในทางปฏิบัติก็จำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป เนื่องจากสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่ไม่อาจสื่อสารได้ว่ามีความเจ็บป่วย บาดเจ็บ หรือได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจมากเพียงใด สัตว์แต่ละประเภทย่อมมีความแตกต่างกันทั้งทางกายภาพและความรู้สึกทางจิตใจ เช่น สัตว์ใหญ่ย่อมมีความทนทานต่อการทุบตีมากกว่าสัตว์เล็ก

¹⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรรัชการพิมพ์, 2546), น.404

¹⁶ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น.272 – 273

¹⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 / ตอนที่ 18 ก/ หน้า 1 / 13 มีนาคม 2558

¹⁸ มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดไว้ว่า พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่มาตรา 22 (4) ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2560 เป็นต้นไป



หรือสุนัขจะมีอารมณ์ความรู้สึกผูกพันกับมนุษย์มากกว่าแมวซึ่งเป็นสัตว์ที่รักอิสระ ดังนั้น การปล่อยสุนัขให้พ้นจากความรับผิดชอบย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจสุนัขมากกว่าแมว เป็นต้น¹⁹

ในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความคำว่า “การทารุณกรรม” นี้ คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า²⁰ เพื่อให้บทบัญญัติในมาตรา 20 นี้เกิดผลในทางปฏิบัติ และให้มีแนวทางในการตีความว่าการกระทำใดจะอยู่ในความหมายของคำว่า “การทารุณกรรม” หรือไม่ ควรพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักสวัสดิภาพสัตว์ 5 ประการ²¹ ซึ่งในการพิจารณาเนื้อหาตามคำนิยามและเนื้อหาของข้อที่ควรคำนึงดังกล่าว อาจนำการกระทำดังต่อไปนี้มาประกอบการพิจารณาด้วย²² คือ

(1) การเขียน ทูตตี ฟัน แหวง เผลา ลวก หรือการกระทำกรอื่นใดในลักษณะที่มีผลทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ ทรมาน พิกการ หรือตายโดยไม่จำเป็น

(2) ใช้สัตว์ในการกระทำผิดกฎหมาย หรือใช้ทำงานจนเกินสมควรหรือใช้ทำงานอันไม่สมควรแก่ประเภท ชนิด และสภาพของสัตว์ หรือโดยสัตว์นั้นเจ็บป่วย ขรา อ่อนอายุ ใกล้คลอดหรือพิการ

¹⁹ ประพิมพพรรณ เงินทิพย์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสัตว์ตามหลักสวัสดิภาพสัตว์”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.34

²⁰ ข้อสังเกตของคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ., อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.1-2

²¹ หลักสวัสดิภาพสัตว์ 5 ประการ เป็นหลักการสากลที่กำหนดขอบเขตการคุ้มครองสวัสดิภาพของสัตว์อย่างชัดเจน และนานาประเทศรับรองเป็นแนวทางปฏิบัติ ระเบียบข้อบังคับ หรือ กฎหมาย ซึ่งหลักการนี้ ประกอบไปด้วย

1. ปราศจากการหิว กระหาย และ การให้อาหารที่ไม่ถูกต้อง (Freedom from hungry and thirst)
2. ปราศจากความไม่สะดวกสบายอันเนื่องมาจากสภาวะแวดล้อม (Freedom from discomfort)
3. ปราศจากความเจ็บปวด การบาดเจ็บ และโรคภัย (Freedom from pain . injury and disease)
4. ปราศจากความกลัวและความทุกข์ทรมาน (Freedom from fear and distress)
5. อิสระในการแสดงพฤติกรรมตามปกติของสัตว์ (Freedom to express normal behavior)

รายละเอียด โปรดดู ประพิมพพรรณ เงินทิพย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.55-62

²² การกระทำที่มีลักษณะเป็นการทารุณกรรมสัตว์ 19 ข้อนี้ ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. (ฉบับประชาชน) ซึ่งเกิดขึ้นจากภาคประชาชน นำโดยนางสาวปิยะวรรณ ตั้งสกุลสถาพร ในนามกลุ่มคนรักสัตว์เคลื่อนไหวก่อตั้งโครงการ A Call for Animal Rights Thailand รณรงค์ล่ารายชื่อประชาชนผ่าน www.change.org/protectanimals เพื่อผลักดันข้อเสนอของภาคประชาชนต่อการคุ้มครองสัตว์ โดยกลุ่มคนรักสัตว์และมูลนิธิเดอะวอยซ์ เสียงจากเรา ได้เดินทางมาที่รัฐสภาเพื่อยื่นรายชื่อประชาชนจำนวน 60,000 รายชื่อ พร้อมข้อเสนอ 20 ข้อเกี่ยวกับการกำหนดนิยามคำว่า “ทารุณกรรมสัตว์” ให้ครอบคลุมเนื้อหาของร่าง พ.ร.บ.ป้องกันการทารุณกรรมและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. ... ซึ่งนายวัลลภ ตังคณานุรักษ์ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในฐานะตัวแทนกรรมการพิจารณาพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นผู้รับเรื่องไว้

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการฯ มิได้นำลักษณะของการกระทำดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในมาตรา 20 แต่ได้ตั้งเป็นข้อสังเกตของคณะกรรมการ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าการกระทำใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการทารุณกรรม แต่ทั้งนี้ การกระทำในบางลักษณะ ก็ถูกนำมาบัญญัติไว้ในนิยามของ “การทารุณกรรม” บ้างแล้ว เช่น กรณีตามข้อ (2) และ ข้อ (18)

สำหรับรายละเอียดร่างพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. (ฉบับประชาชน) โปรดดู <<http://ilaw.or.th/sites/default/files/Save%20animal%20act%20prople.pdf>> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2558

(3) ใช้ยา หรือสารพิษหรือสารอันตรายใด ๆ ต่อสัตว์โดยไม่จำเป็น ให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมาน บาดเจ็บ หรือตาย

(4) ใช้พาหนะที่ไม่เหมาะสมในการขนส่งหรือเคลื่อนย้ายสัตว์ให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมาน บาดเจ็บ หรือตาย

(5) เลี้ยงหรือกักขังสัตว์ในที่คับแคบ ให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมาน บาดเจ็บ หรือตาย

(6) นำสัตว์ที่เป็นอริกันไว้ในที่เดียวกันโดยไม่จำเป็น

(7) พรากแม่และลูกสัตว์ที่ยังไม่หย่านม โดยไม่มีเหตุอันควร

(8) ทอดทิ้งสัตว์เพื่อให้พ้นภาระ เป็นผลให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมาน บาดเจ็บหรือตาย

(9) ทำให้สัตว์ต้องได้รับความทุกข์ทรมานหรือตายจากการอดอยาก ขาดอาหาร น้ำหรือการพักผ่อน

(10) เจ้าของสัตว์ไม่ให้การดูแลรักษาเมื่อสัตว์บาดเจ็บ ป่วย เป็นผลให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานหรือตาย

(11) กระทำการใด ๆ ให้สัตว์ต้องเสียรูปร่างหรือพิการ โดยไม่มีเหตุอันควร

(12) ค้าเนื้อหรือซากสัตว์ประเภทสุนัขและแมว

(13) นำสัตว์มาต่อสู้หรือประลองกำลังกัน โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย

(14) ฆ่าสัตว์หรือทำร้ายสัตว์โดยลูกโทษ

(15) พันธนาการสัตว์นานเกินความจำเป็นหรือด้วยเครื่องพันธนาการที่ไม่เหมาะสม

(16) ใช้สัตว์เลือดอุ่นที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นเหยื่อหรืออาหารสัตว์อื่น โดยไม่มีเหตุอันควร

(17) บริโภคสัตว์ทั้งที่มีชีวิตอยู่ โดยเฉพาะสัตว์ที่มีกระดูกสันหลัง

(18) สังวาสหรือใช้สัตว์ประกอบภารกิจ

(19) สนับสนุนหรือมีส่วนให้ผู้อื่นกระทำการทารุณกรรมสัตว์

(2) โดยไม่มีเหตุอันสมควร

ในการพิจารณาว่า ผู้กระทำความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ตามมาตรา 20 หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 20 ที่กำหนดว่า ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยไม่มีเหตุอันสมควรแล้ว หากตีความบทบัญญัติ “โดยไม่มีเหตุอันสมควร” ในทางตรงกันข้าม (Argumentum a contrario) ก็จะตีความได้ว่า หากการกระทำใดเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยมีเหตุอันสมควร การกระทำนั้นย่อมไม่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำไว้ในลักษณะเช่นนี้ ทำให้อาจเกิดปัญหาในการตีความได้ เนื่องจาก เป็นการยากที่จะกำหนดได้ว่ากรณีใดบ้างเป็นการกระทำอันเป็น “การทารุณกรรมสัตว์โดยมีเหตุอันสมควร” เช่น การกระทำที่เป็นการลงโทษสัตว์เลี้ยงที่ดุร้าย หรือเลี้ยงไม่เชื่อ หรือทำร้ายเจ้าของ จนสัตว์เลี้ยงนั้นได้รับความ



ทุกขุทรมาน เจ็บปวด การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยมีเหตุสมควรหรือไม่ หรือในบางกรณีที่มีการใช้งานสัตว์เลี้ยง หรือฝึกสอนสัตว์อย่างหนัก เมื่อสัตว์ไม่ยอมทำงานหรือไม่ทำตามสิ่งที่ถูกฝึกสอน เจ้าของหรือผู้ครอบครองสัตว์จะลงโทษโดยการไม่ให้อาหาร หรือกระทำการอย่างอื่น อันเป็นการลงโทษจะถือว่าเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยมีเหตุสมควรหรือไม่²³ เป็นต้น ซึ่งการตีความว่ากรณีใดเป็นการทารุณกรรมสัตว์โดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

ทั้งนี้ กฎหมายป้องกันการทารุณกรรมสัตว์ในต่างประเทศโดยส่วนใหญ่ นอกเหนือจะกำหนดการกระทำที่ถูกห้ามหรือลักษณะของการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมสัตว์แล้ว กฎหมายยังกำหนดด้วยว่า การกระทำอันเป็นการทารุณกรรม จะเป็นความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นได้กระทำโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือโดยไม่มีเหตุผล เช่น กฎหมายป้องกันการทารุณกรรมสัตว์ในรัฐวิกตอเรียหรือรัฐควีนสแลนด์ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซีย กฎหมายในมลรัฐมิชิแกน ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น²⁴ ฉะนั้น หากผู้กระทำความผิดจะกระทำเข้าลักษณะที่ถือว่าเป็นการทารุณกรรมต่อสัตว์ตามกฎหมายแล้ว แต่ถ้าผู้กระทำนั้นกระทำลงด้วยความจำเป็น หรือมีเหตุอันสมควร ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับในต่างประเทศจะมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็น “โดยไม่จำเป็น” “โดยไม่มีเหตุอันควร” “โดยไม่มีเหตุผล” หรือ “ปราศจากเหตุที่จะอ้างได้หรือข้อแก้ตัวใด” (without just cause or excuse, unjustifiable, unnecessary, unreasonable or otherwise)²⁵

3.1.1.2 กระทำต่อสัตว์

การกระทำทารุณกรรมที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 20 นี้ ต้องเป็นการกระทำทารุณกรรมต่อ “สัตว์” อย่างไรก็ดี สัตว์ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงสัตว์ทุกประเภท เนื่องจาก มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สัตว์” เอาไว้ว่า

“สัตว์” หมายความว่า สัตว์ที่โดยปกติเลี้ยงไว้เพื่อเป็นสัตว์เลี้ยง สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดงหรือสัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม และให้หมายความรวมถึงสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

จากคำนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วสัตว์ที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ สัตว์เลี้ยงเท่านั้น ไม่รวมถึงสัตว์ป่า เว้นแต่จะเป็นสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ทั้งนี้ เนื่องจาก ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์

²³ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. <http://www.lrc.go.th/th/wpfb_dl=1457> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2558, น.8

²⁴ Animal Care and Protection Act 2001 (QLD) § 18 Amended 2003; Prevention of Cruelty to Animals Act 1986 (VIC) § 9 Amended 2008; Animals and Birds Act 2002 Chapter 7 Part IV Prevention of Cruelty to animals Section 42 (1); Laws of Malaysia Act 647 – Animal Act 1953 Part IV Prevention of Cruelty to Animals section 44 (1) revised 2006 ; Mich. Comp. Laws § 750.50b (1)

²⁵ อันวรรัตน์ โรจนวรรณ, “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการทารุณสัตว์”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), น.155 – 156

ในการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้แก่สัตว์ป่าตามกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าอยู่แล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงกำหนดหลักการในการคุ้มครองไว้เฉพาะสัตว์เลี้ยง ทั้งนี้ เพื่อไม่ก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน²⁶

มีข้อสังเกตว่า สัตว์ที่จะได้รับความคุ้มครองนี้อาจจะเป็นสัตว์ที่ไม่มีเจ้าของก็ได้ เนื่องจากในมาตรานี้ได้บัญญัติไว้ในตอนท้ายว่า “ไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม” ดังนั้น กรณีที่มีการกระทำทารุณกรรมต่อสุนัขจรจัดหรือแมวจรจัดก็อาจมีความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ได้เช่นกัน

3.1.2 องค์ประกอบภายใน

เนื่องจาก กรณีตามมาตรา 20 นี้เป็นความผิดอาญา ดังนั้น นอกจากการกระทำความผิด องค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ การกระทำทารุณกรรมสัตว์โดยไม่มีเหตุอันสมควรแล้ว ผู้กระทำความผิดยังต้องมีเจตนาในการกระทำความผิดด้วย ซึ่งอาจเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ได้

มีข้อสังเกตว่า การกระทำทารุณกรรมสัตว์โดยประมาท เช่น ขับรถโดยประมาทชนสุนัขของเพื่อนบ้านทำให้สุนัขบาดเจ็บสาหัส และต้องเจ็บปวดทรมาน จะมีความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์หรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ที่ว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่ได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท ซึ่งก็ปรากฏว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้การกระทำการทารุณกรรมสัตว์โดยประมาทเป็นความผิด กรณีนี้ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่อาจต้องรับผิดชอบทางแพ่งฐานละเมิด

3.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับการไม่จัดสวัสดิภาพสัตว์ตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากพระราชบัญญัติฉบับนี้จะได้กล่าวถึงหลักการสำคัญในการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์แล้ว ยังได้กำหนดหลักการในการจัดสวัสดิภาพสัตว์ โดยกำหนดให้เจ้าของสัตว์ต้องดำเนินการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ให้แก่สัตว์ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และห้ามเจ้าของสัตว์ละทิ้งสัตว์ของตนโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งหากฝ่าฝืนผู้กระทำความผิดมีโทษทางอาญา หลักการดังกล่าวปรากฏในหมวด 6 การจัดสวัสดิภาพสัตว์โดยบัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา 22 เจ้าของสัตว์ต้องดำเนินการจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้แก่สัตว์ของตนให้เหมาะสมตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

การออกประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงประเภท ชนิด ลักษณะ สภาพ และอายุของสัตว์

มาตรา 23 ห้ามมิให้เจ้าของสัตว์ปล่อย ละทิ้ง หรือกระทำการใด ๆ ให้สัตว์พ้นจากการดูแลของตนโดยไม่มีเหตุอันสมควร

การกระทำตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองให้แก่ผู้ซึ่งประสงค์จะนำสัตว์ไปดูแลแทน

²⁶ บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ พ.ศ. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กันยายน 2557, น.12 อ้างถึงใน สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ พ.ศ. (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ), ตุลาคม 2557



มาตรา 24 การขนส่งสัตว์ หรือการนำสัตว์ไปใช้งานหรือใช้ในการแสดง เจ้าของสัตว์หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้เหมาะสม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

การออกประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงประเภท ชนิด ลักษณะ สภาพ และอายุของสัตว์”

ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตราดังกล่าว ย่อมได้รับโทษตามมาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า “เจ้าของสัตว์หรือผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามมาตรา 22 มาตรา 24 หรือฝ่าฝืนมาตรา 23 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท”

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดในกลุ่มนี้ ดังนี้

3.2.1 มาตรา 22 กำหนดหน้าที่ของ “เจ้าของสัตว์” ให้ต้องจัดสวัสดิภาพให้แก่สัตว์ของตนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์กำหนด ซึ่งคำว่า “เจ้าของสัตว์” นี้ มิได้หมายถึงเฉพาะเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงอย่างเดียว เนื่องจาก มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “เจ้าของสัตว์” ไว้ว่า หมายถึง เจ้าของกรรมสิทธิ์ และให้หมายความรวมถึงผู้ครอบครองสัตว์หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ดูแล ไม่ว่าจะได้รับมอบหมายจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ให้ดูแลด้วย ดังนั้น ผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดสวัสดิภาพให้แก่สัตว์ของตน จึงได้แก่ เจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งย่อมหมายถึง ผู้มีกรรมสิทธิ์รวมด้วย และรวมถึงผู้ครอบครองสัตว์หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ดูแลสัตว์นั้น ไม่ว่าจะได้รับมอบหมายจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ให้ดูแลก็ตาม และเจ้าของสัตว์ก็ต้องไม่ปล่อย ละทิ้ง หรือกระทำการใด ๆ ให้สัตว์พ้นจากการดูแลของตนโดยไม่มีเหตุอันสมควร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 23 ด้วย

ส่วนในกรณีของมาตรา 24 นั้นเป็นการกำหนดหน้าที่ของเจ้าของสัตว์หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่จะต้องจัดสวัสดิภาพสัตว์ให้เหมาะสม ในการขนส่งสัตว์ หรือการนำสัตว์ไปใช้งานหรือใช้ในการแสดง ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์กำหนด มีข้อสังเกตว่า คำว่า “ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง” ตามมาตรานี้ จะมีความหมายหรือขอบเขตแค่ไหนเพียงใด เนื่องจาก มาตรา 3 ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง” เอาไว้ คำว่า “ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง” ในที่นี้ จึงเป็นคำศัพท์สามัญ โดยถ้อยคำเหล่านี้จะมีความหมายเป็นไปตามที่สามัญชนทั่วไปเข้าใจกัน²⁷ ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ถ้อยคำดังกล่าวประกอบกับบริบทแวดล้อมในมาตรา 24 แล้ว คำว่า “ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง” ตามมาตรานี้ น่าจะหมายถึง ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการขนส่งสัตว์ หรือนำสัตว์ไปใช้งาน หรือนำไปแสดง นั่นเอง เช่น ผู้ที่ทำหน้าที่ขนส่งสัตว์เพื่อไปใช้งานหรือไปแสดง เป็นต้น

3.2.2 มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้ให้คำนิยามของ “การจัดสวัสดิภาพสัตว์” ไว้ว่า หมายถึง การเลี้ยงหรือการดูแลให้สัตว์มีความเป็นอยู่ในสภาวะที่เหมาะสม มีสุขภาพอนามัยที่ดี มีที่อยู่ อาหาร และน้ำอย่างเพียงพอ ทั้งนี้ การเลี้ยงดูหรือการดูแลให้สัตว์มีความเป็นอยู่ในสภาวะที่เหมาะสมดังกล่าว ย่อมต้องพิจารณาถึงประเภท ชนิด ลักษณะ สภาพ และอายุของสัตว์ เนื่องจากสัตว์แต่ละชนิด มีลักษณะความเป็นอยู่ที่ไม่เหมือนกัน หรือแม้เป็นสัตว์ประเภทเดียวกัน ก็ย่อมมี

²⁷ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากรกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.171

ความเป็นอยู่ที่แตกต่างกันออกไปตามช่วงอายุ อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 21 และมาตรา 23 กำหนดว่า การจัดสวัสดิภาพของสัตว์ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ประกาศกำหนด แต่ในขณะที่ผู้เขียนกำลังเขียนบทความนี้ (20 เมษายน 2558) ยังไม่มีการออกประกาศเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับได้เต็มที่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายให้สัตว์เลี้ยงได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกระทำการทารุณกรรม และได้รับการจัดสวัสดิภาพให้เหมาะสมตามประเภทและชนิดของสัตว์²⁸ ภาครัฐจึงควรเร่งออกประกาศเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ให้เหมาะสม เพื่อทำให้น้ำหนักของเจ้าของสัตว์ที่จะต้องจัดสวัสดิภาพของสัตว์มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3.3 ข้อสังเกตอื่น ๆ

3.3.1 ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มีใช้ความผิดต่อส่วนตัว หรือที่เรียกกันว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ย่อมเป็นหน้าที่โดยตรงของเจ้าพนักงานตำรวจที่ต้องสืบสวนจับกุมตัวผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายมาร้องทุกข์ หรือมีผู้กล่าวโทษผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม²⁹ เนื่องจากในคดีความผิดอาญาแผ่นดิน กฎหมายมิได้บังคับว่าการสอบสวนจะต้องเริ่มจากคำร้องทุกข์³⁰ ของผู้เสียหาย พนักงานสอบสวนจึงจะมีอำนาจสอบสวน ดังนั้น ในความผิดดังกล่าวแม้จะมีเพียงคำกล่าวโทษ³¹ พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจสอบสวนได้³²

3.3.2 มาตรา 33 กำหนดมาตรการในการคุ้มครองสัตว์ ในกรณีที่มีการดำเนินคดีแก่ผู้ทำทารุณกรรมสัตว์ หรือ ไม่ดำเนินการจัดสวัสดิภาพให้แก่สัตว์ตามที่กฎหมายกำหนด หรือเจ้าของสัตว์

²⁸ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกและเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิ่งแวดล้อม จึงควรได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกระทำการทารุณกรรม และเจ้าของสัตว์ ซึ่งนำสัตว์มาเลี้ยงจะต้องจัดสวัสดิภาพให้เหมาะสมตามประเภทและชนิดของสัตว์ ทั้งในระหว่างการเลี้ยงดูการขนส่ง การนำสัตว์ไปใช้งาน หรือใช้ในการแสดง ดังนั้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ เพื่อให้สัตว์ได้รับการคุ้มครองตามธรรมชาติของสัตว์อย่างเหมาะสม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 781/2543

³⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 2 ในประมวลกฎหมายนี้

(7) “คำร้องทุกข์” หมายความว่า การที่ผู้เสียหายได้กล่าวหาต่อ เจ้าหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่ามีผู้กระทำความผิดขึ้น จะรู้ตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายและการกล่าวหาเช่นนั้นได้กล่าวโดยมีเจตนา จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 2 ในประมวลกฎหมายนี้

(8) “คำกล่าวโทษ” หมายความว่า การที่บุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้เสียหาย ได้กล่าวหาต่อเจ้าหน้าที่ ว่ามีบุคคลรู้ตัวหรือไม่ก็ได้กระทำความผิด อย่างหนึ่งขึ้น

³² ในคดีความผิดต่อส่วนตัว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรคสอง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ทำการสอบสวน เว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ” ซึ่งหมายความว่า ถ้าผู้เสียหายมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบแล้ว พนักงานสอบสวนอาจสอบสวนความผิดต่อส่วนตัวได้ รายละเอียด โปรดดู ณรงค์ โจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, น.289 – 292



ผู้ที่ปล่อย ละทิ้ง หรือกระทำการใด ๆ ให้สัตว์พ้นจากการดูแลของตนโดยไม่มีเหตุอันสมควร และศาลมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดไว้ว่า

“ในกรณีที่ศาลได้พิพากษาลงโทษผู้ใดตามมาตรา 31 หรือมาตรา 32 หากศาลเห็นว่าการให้สัตว์นั้นยังอยู่ในความครอบครองของเจ้าของหรือของผู้กระทำความผิดนั้นต่อไป สัตว์นั้นอาจจะถูกทารุณกรรมหรือได้รับการจัดสวัสดิภาพสัตว์ที่ไม่เหมาะสมอีก ศาลอาจสั่งห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้กระทำความผิดนั้นครอบครองสัตว์ดังกล่าว และมอบให้หน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เห็นสมควรเป็นผู้ครอบครองหรือดูแลสัตว์นั้นต่อไป”

บุคคลที่เห็นสมควรเป็นผู้ครอบครองหรือดูแลสัตว์นี้ อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นสถานสงเคราะห์สัตว์ที่ได้ขึ้นทะเบียนต่อนายทะเบียนก็ได้

3.3.3 กรณีความผิดตามมาตรา 32 เป็นความผิดที่มีระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท จึงเป็นความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว ซึ่งมาตรา 35 กำหนดไว้ ให้อธิบดีกรมปศุสัตว์หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบได้ เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในระยะเวลาอันสมควรแต่ไม่เกินสิบห้าวัน ให้ถือว่าคดีเลิกกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ถ้าผู้ต้องหาไม่ยินยอมตามที่เปรียบเทียบ หรือเมื่อยินยอมแล้วไม่ชำระเงินค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ดำเนินคดีต่อไป

ส่วนความผิดตามมาตรา 31 มีระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อธิบดีกรมปศุสัตว์ไม่มีอำนาจในการเปรียบเทียบปรับ ดังนั้น หากจะมีการเปรียบเทียบปรับต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

นอกจากนั้นแล้ว มีข้อสังเกตว่า ความผิดดังกล่าวในมาตรา 31 มีระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี ศาลจึงสามารถลงโทษจำคุกสูงสุดได้เพียง 2 ปี ซึ่งอยู่ในเงื่อนไขที่อาชญากรรมกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ได้ เนื่องจาก เป็นคดีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี

3.3.4 ความผิดตามมาตรา 31 มีอายุความฟ้องร้อง 10 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 วรรคหนึ่ง (3)³³ ส่วนความผิดตามมาตรา 32 มีอายุความฟ้องร้อง 1 ปีตามประมวล

³³ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 95 ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิด มายังศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ

- (1) ยี่สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุก ตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี
- (2) สิบห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ ยังไม่ถึงยี่สิบปี
- (3) สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี
- (4) ห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งเดือนถึง หนึ่งปี
- (5) หนึ่งปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือน ลงมาหรือต้องระวางโทษอย่างอื่น

ถ้าได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลแล้ว ผู้กระทำ ความผิดหลบหนีหรือวิกลจริต และศาลสั่งการพิจารณาไว้จนเกินกำหนดดังกล่าวแล้วนับแต่วันที่หลบหนีหรือวันที่ศาลสั่งการพิจารณา ก็ให้ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน

กฎหมายอาญา มาตรา 95 วรรคหนึ่ง (5) เนื่องจาก เป็นความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว โดยถือว่า เป็น “โทษอย่างอื่น” ตามอนุมาตรา³⁴

3.3.5 นอกจากการลงโทษอาญาต่อผู้กระทำความผิดแล้ว มีประเด็นว่า จะสามารถนำวิธีการเพื่อ ความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับผู้กระทำความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียน เห็นว่า สามารถทำได้ โดยอาศัยมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตาม วิธีการเพื่อ ความปลอดภัยที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 5 กรณี คือ กักกัน ห้ามเข้าเขตที่กำหนด เรียกประกันทัณฑ์บน คมตัวไว้ในสถานพยาบาล และห้ามประกอบอาชีพบางอย่างนั้น ไม่อาจนำมาใช้ได้กับ ความผิดฐานนี้ได้ทุกกรณี กรณีที่อาจนำมาใช้กับความผิดฐานนี้ได้ มีเฉพาะ กรณีเรียกประกันทัณฑ์บน และ กรณีการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง เท่านั้น เช่นเดียวกับกรณีกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 381 และมาตรา 382³⁵

3.3.5.1 การเรียกประกันทัณฑ์บน³⁶ ในกรณีที่มีการกระทำความผิดฐานทารุณกรรม สัตว์ และมีการดำเนินคดีในชั้นศาลแล้ว ไม่ว่าศาลจะลงโทษผู้ถูกฟ้องหรือไม่ก็ตาม หากผู้ถูกฟ้องมีพฤติกรรม ที่เชื่อว่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่น ซึ่งในที่นี้ ก็คือ การทารุณกรรมสัตว์ (ในกรณีที่ สัตว์นั้นเป็นสัตว์ที่มีเจ้าของ) เมื่อมีการร้องขอโดยพนักงานอัยการ ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องทำทัณฑ์บนว่า ผู้นั้นจะไม่ก่อเหตุร้ายหรือจะไม่กระทำความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์อีกในอนาคต และจะสั่งให้มีประกันด้วยหรือไม่ก็ได้³⁷

3.3.5.2 การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง³⁸ ในกรณีของการทารุณกรรมสัตว์ อาจเกิดขึ้นได้จากการที่บุคคลได้ประกอบอาชีพที่เกี่ยวกับสัตว์ เช่น เพาะเลี้ยงสัตว์ แสดงโชว์สัตว์ แล้วได้ กระทำการทารุณ ข่า หรือใช้งานสัตว์อันมีลักษณะเป็นความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ได้ ซึ่งเมื่อบุคคลดังกล่าว

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7851/2544

³⁵ อันวรรตน์ โรจนวรรณ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 25, น.246

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 46 ถ้าความปรากฏแก่ศาลตามข้อเสนอของพนักงานอัยการว่าผู้ใดจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคล หรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือจะกระทำการใดให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดลอมหรือทรัพยากรธรรมชาติตามกฎหมายเกี่ยวกับ สิ่งแวดลอมและทรัพยากรธรรมชาติ ในการพิจารณาความผิดใด ไม่ว่าศาลจะลงโทษผู้ถูกฟ้องหรือไม่ก็ตาม เมื่อมีเหตุอันควร เชื่อว่า ผู้ถูกฟ้องจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือจะกระทำความผิดให้เกิดความเสียหายแก่ สิ่งแวดลอมหรือทรัพยากรธรรมชาติ ตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดลอมและทรัพยากรธรรมชาติ ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งผู้นั้นให้ทำ ทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินไม่เกินกว่าห้าหมื่นบาท ว่าผู้นั้นจะไม่ก่อเหตุร้ายหรือจะไม่กระทำความผิดดังกล่าว แล้ว ตลอดเวลาที่ศาลกำหนดแต่ไม่เกินสองปี และจะสั่งให้มีประกันด้วยหรือไม่ก็ได้

ถ้าผู้นั้นไม่ยอมทำทัณฑ์บนหรือหาประกันไม่ได้ ให้ศาลมีอำนาจสั่งกักขังผู้นั้นจนกว่า จะทำทัณฑ์บนหรือหา ประกันได้ แต่ไม่ให้กักขังเกินกว่าหกเดือน หรือจะสั่งห้ามผู้นั้นเข้าในเขตกำหนดตามมาตรา 45 ก็ได้

การกระทำของผู้ซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีมิให้อยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติตามมาตรานี้

³⁷ อันวรรตน์ โรจนวรรณ, *เพิ่งอ้าง*, น.247

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 50 เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้น กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบ อาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้น ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจกระทำความผิดเช่นนั้น ขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ นั้นมีกำหนดเวลาไม่เกินห้า ปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้



ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจนศาลพิพากษาลงโทษผู้นั้น และหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิด โดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพต่อไป อาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นมาอีก บุคคลนั้นอาจถูกศาลสั่งห้ามประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับสัตว์นั้น ๆ ภายในกำหนดได้³⁹

แต่อย่างไรก็ตาม การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยดังกล่าวมาใช้กับผู้กระทำความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์ยังมีข้อจำกัดอยู่ โดยในกรณีของการเรียกประกันทัณฑ์บน จะนำมาใช้ได้เฉพาะกรณีเป็นสัตว์ที่มีเจ้าของเท่านั้น หากเป็นการกระทำทารุณกรรมต่อสัตว์ที่ไม่มีเจ้าของ ย่อมไม่สามารถนำมามาตรการนี้มาใช้ได้ และในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเจ้าของสัตว์ที่กระทำทารุณกรรมต่อสัตว์เลี้ยงของตนเอง ก็ไม่สามารถนำมามาตรการนี้มาใช้ได้เช่นกัน เนื่องจาก ตามมาตราที่กำหนดไว้เฉพาะกรณีการก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่นเท่านั้น ส่วนในกรณีของการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง ก็มีข้อจำกัดอยู่ตรงที่สามารถนำมาใช้ได้แต่เฉพาะกรณีบุคคลประกอบอาชีพเกี่ยวกับสัตว์และได้กระทำทารุณกรรมสัตว์จากการประกอบอาชีพของตนเท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้ในกรณีห้ามบุคคลที่มีได้ประกอบอาชีพเกี่ยวกับสัตว์ในอันที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือเกี่ยวข้องกับสัตว์ในลักษณะอื่นแต่อย่างใด⁴⁰

4. สรุป

พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 เป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญในการป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพของสัตว์ให้เป็นไปตามหลักสวัสดิภาพของสัตว์ตามหลักสากล แต่หลักการดังกล่าวยังเป็นของใหม่สำหรับประเทศไทย ซึ่งจากการพิจารณาบทบัญญัติบางมาตราในกฎหมายฉบับนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทารุณกรรมสัตว์ พบว่า ในบางกรณีมีความยากต่อการกำหนดให้ชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นการทารุณกรรมสัตว์หรือไม่ รัฐจึงควรสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการดังกล่าวแก่ประชาชนทั่วไป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่รัฐผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยกำหนดแนวทางในการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการทารุณกรรมสัตว์ เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ต่อไป

³⁹ เฟ้งอ้าง, น.247 – 248

⁴⁰ เฟ้งอ้าง, น.249