



การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือ
สุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมาย
ทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษากรณี
บรรจุกฎแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ

โดย

นายณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือ
สุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมาย
ทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษากรณี
บรรจุกฎแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ

โดย

นายณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



LEGAL REASONING UNDERLYING THE NECESSITY PRINCIPLE IN
THE PROTECTION OF LIFE OR HEALTH AS AN EXCEPTION
TO INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW:
A CASE STUDY ON TOBACCO PLAIN PACKAGING.

BY

MR. NUTTHAKARN PHONGPHUNPUNYA



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
INTERNATIONAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2015
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

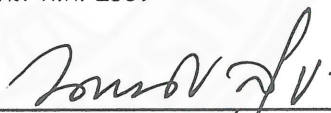
เรื่อง

การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็น
ข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษากรณี
บรรจุกฎแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

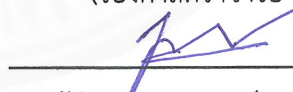
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ นพนิธิ สุริยะ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



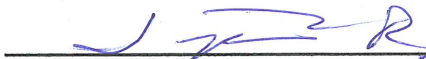
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภูมิทร์ บุตรอินทร์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ดร. จารุประภา รักพงษ์)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการ
ปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็น
ข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีบรรจุกัญธแบบเรียบของ
ผลิตภัณฑ์ยาสูบ

ชื่อผู้เขียน

นายณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

ชื่อปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย

กฎหมายระหว่างประเทศ

นิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภูมิินทร์ บุตรอินทร์

ปีการศึกษา

2558

บทคัดย่อ

การลดปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของประชากรโลกมิให้ได้รับอันตรายนั้นเป็นวัตถุประสงค์หลักที่บัญญัติเอาไว้ในกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกซึ่งมีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ส่งผลให้รัฐสมาชิกแห่งองค์การอนามัยโลกมีหน้าที่จะต้องนำเอาบทบัญญัติที่สนธิสัญญากำหนดไว้ไปอนุวัติการให้เป็นกฎหมายภายใน วัตถุประสงค์ของการอนุวัติการนี้ก็เพื่อเป็นการบูรณาการกฎหมายภายในให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐที่ดำเนินการอนุวัติการกฎหมายได้สร้างมาตรการบรรจุกัญธแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น มาตรการสร้างป้ายคำเตือน อันเป็นการใช้และการตีความกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบข้างต้น

มาตรการควบคุมยาสูบที่มีผลบังคับกับตัวบรรจุกัญธตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบเป็นการบังคับให้ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องมีการปรับเปลี่ยนรูปแบบของบรรจุกัญธให้เป็นไปตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมีสาระสำคัญ คือ บรรจุกัญธจะต้องไม่เป็นการโฆษณาโดยเด็ดขาดให้แก่ตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบ รวมไปถึงรายละเอียดที่ปรากฏบนบรรจุกัญธนั้นจะต้องไม่ปรากฏสิ่งใดที่เป็นการส่งเสริม สนับสนุน เพื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นสินค้าบริโภคปกติเช่นเดียวกับสินค้าบริโภคทั่วไปชนิดอื่น จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ รัฐสมาชิกได้เข้ามาบังคับใช้และตีความกฎหมายในการกำหนดลักษณะของบรรจุกัญธให้ไม่สามารถปรากฏสิ่งใด ๆ ที่เป็นการส่งเสริมให้มีการเข้าใจผิดเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ได้เลยไม่ว่าจะเป็น สีลันของบรรจุกัญธ รูปภาพหรือรอยประดิษฐ์ ฯลฯ สิ่งเดียวที่ยินยอมให้มีปรากฏบนบรรจุกัญธได้ คือ เครื่องหมายคำที่ถูกเปลี่ยนแปลงรูปแบบของตัวอักษรแล้วเพื่อใช้ในการจำแนกสินค้าหรือบริการเท่านั้น จึงทำให้มาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งในบริบทของหลักการเบื้องต้นและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ รวมไปถึงหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกด้วย

สำหรับบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบอาจส่งผลกระทบต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนของสิทธิการแสดงความเป็นเจ้าของและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน ซึ่งการแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของนี้เป็นลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่มีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง โดยมาตรการดังกล่าวได้เข้ามาเปลี่ยนแปลงลักษณะที่ปรากฏของทรัพย์สินที่บุคคลถือครองเป็นเจ้าของอยู่ให้มีความแตกต่างจากเดิม ทั้งนี้ นอกจากบริบทของหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว หลักกฎหมายสารบัญญัติของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้พัฒนาขึ้นจากแนวคิดทางประวัติศาสตร์และปรัชญาที่มีวิวัฒนาการสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทจนถึงปัจจุบันตามบทบัญญัติของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าซึ่งกฎหมายมอบให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการปฏิเสธบุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายของผู้ทรงสิทธิก็อาจถูกระทบด้วยเช่นเดียวกัน นอกเหนือจากประเด็นเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว มาตรการดังกล่าวก็อาจส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติขององค์การการค้าโลกอีกประการหนึ่งด้วย เนื่องจากลักษณะของมาตรการอาจเป็นการสร้างภาระที่เกินความจำเป็นแก่ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบที่จะต้องมีการผลิตบรรจุกฎของตนใหม่ทั้งหมดเพื่อปฏิบัติตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจเป็นการกีดกันการค้าทางเทคนิคที่ไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า โดยพิจารณาประกอบกับความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าในฐานสนธิสัญญาขององค์การการค้าโลกที่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างการค้าเสรีระหว่างรัฐสมาชิก

อย่างไรก็ตามแม้ว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องอาจส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติของกฎหมายในหลายภาคส่วนและบริบท แต่มาตรการดังกล่าวก็มีการรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกรับรองให้รัฐสมาชิกมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งนอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว บทกฎหมายอื่นที่มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบอาจส่งผลกระทบก็ยังมีกรอบถึงการสร้างข้อยกเว้นได้สำหรับเหตุผลเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ เพื่อสร้างความยืดหยุ่นในการใช้และการตีความกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมสูงสุด ในประเด็นนี้เองที่เหตุผลว่าด้วยเรื่องหลักการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ได้เข้ามามีบทบาทเป็นอย่างยิ่งในฐานะเหตุผลหลักที่ใช้ในการสนับสนุนมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบ รวมไปถึงแนวทางในการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายในภาคส่วนอื่น ทั้งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก ดังนั้น การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จึงมีความสำคัญยิ่ง เพื่อให้การบังคับใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปอย่างถูกต้องตามบริบทและแนวคิดแห่งกฎหมาย

คำสำคัญ: ชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์, ข้อยกเว้นทางกฎหมาย, ทรัพย์สินทางปัญญา, มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ, หลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก, กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

Thesis Title	LEGAL REASONING UNDERLYING THE NECESSITY PRINCIPLE IN THE PROTECTION OF LIFE OR HEALTH AS AN EXCEPTION TO INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW: A CASE STUDY ON TOBACCO PLAIN PACKAGING.
Author	Mr. Nutthakarn Phongphunpunya
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Bhumindr Butr-Indr, Ph.D.
Academic Year	2015

ABSTRACT

The World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control (WHO FCTC) is a treaty adopted in 2003 in response to the global tobacco epidemic. Its objective is to protect human life and health by reducing demand for tobacco products.

According to international law, the party states must implement the WHO FCTC obligations by incorporating the WHO FCTC's provisions in their own national laws. The implementation of one of these obligations has resulted in plain or generic cigarette packaging and related measures in many countries. These measures pose significant legal challenges in the areas of intellectual property and international trade laws. Properties of tobacco packaging were limited by law to prohibit any means, including trademark, of creating the wrong impression among consumers that the tobacco product is less harmful than other consumer products. Only the name of the product's brand may appear on product's packaging, along with the health warnings, but without other distinctive product branding or the whole trademark.

In the view of intellectual property law, plain packaging measure poses a challenge to trademark owners' rights to exploit their properties. This also concerns fundamental rights, also considered as parts of human rights, which is infringed by forcing the trademark owners to change the appearance of their intellectual objects, more specifically their trademarks. WHO FCTC further challenges trademark owners' exclusive right to prevent all third parties from using identical or similar marks in the

course of trade, a right enshrined in the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs), an international intellectual property agreement administered by the World Trade Organization (WTO).

As the rules under WTO are thereby challenged, creating unnecessary obstacles to international trade, contradicting the WTO's Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement and General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

Notwithstanding numerous legal challenges concerning tobacco plain packaging and related measures, it has also been argued that they are justified as necessary means to protect human life or health under WHO FCTC provisions. The basis for legal challenges, including those under World Trade Organization rules, have been outweighed by flexibility in the public health exception in order to maintain the balance between rights holder and public interests. Therefore, legal reasoning underlying the necessity principle in the protection of life or health should be regarded as the most significant principle for legitimizing each member states' tobacco plain packaging and its related measures.

Keywords: Human Life or Health, Exception of Law, Intellectual Property, Tobacco Plain Packaging Measure, World Trade Organization Rules, Framework Convention on Tobacco Control.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความรู้และความกรุณาและอนุเคราะห์จากท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภูมิทร์ บุตรอินทร์ อาจารย์ผู้อบรมความรู้กฎหมายและผู้ชี้ทางให้แก่ผู้เขียนในการศึกษาค้นคว้าเชิงวิชาการ ซึ่งนอกจากที่ท่านได้ให้ความกรุณาแก่ผู้เขียนด้านความรู้และการศึกษาแล้ว ท่านยังได้ให้โอกาสผู้เขียนเป็นผู้ช่วยวิจัยของท่าน ทำให้ผู้เขียนได้มีโอกาสติดตามท่านอาจารย์ในการทำงานด้านอื่นเพื่อฝึกฝน ปรับใช้ รวมไปถึงการเผยแพร่วิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ทั้งท่านอาจารย์และผู้เขียนมุ่งมั่นศึกษาค้นคว้าเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่สังคม

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ นพนิธิ สุริยะ บรมครูผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชากฎหมายให้แก่ผู้เขียนตั้งแต่ความรู้พื้นฐานจนกระทั่งความรู้ขั้นสูง นอกจากความรู้ทางวิชาการแล้วท่านยังได้อบรมสั่งสอนคุณธรรม ศีลธรรม วิถีแห่งการใช้ชีวิต ทั้งยังให้ความไว้วางใจแก่ผู้เขียนได้ช่วยเหลืองานวิจัยทางกฎหมายของท่านอยู่เสมอ ซึ่งผู้เขียนรู้สึกเป็นเกียรติอย่างยิ่งที่ได้รับการอบรมสั่งสอนจากท่าน และสำหรับงานฉบับนี้ท่านยังให้ความกรุณามาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียนอีกด้วย

ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร. จารุประภา รักพงษ์ และ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล ที่สละเวลามาตรวจทานแก้ไข ให้คำแนะนำ สร้างความรู้ความเข้าใจทางกฎหมาย รวมไปถึงเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียนจนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบคุณนายเอกรินทร์ วิริโย รุ่นพี่ผู้ชี้แนะเรื่องความรู้วิชาการด้านทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้เขียน ขอขอบคุณนายธนภัทร ชาตินันทรบ ผู้คอยช่วยเหลือด้านข้อมูลและวิธีเขียนงานทางวิชาการอย่างมีประสิทธิภาพ ขอขอบคุณนางสาวหทัยภัทร ทองผดุงโรจน์ ผู้เปรียบเสมือนพี่สาวที่คอยแนะนำและให้กำลังใจผู้เขียน

ผู้เขียนขอขอบคุณ นางสาวอรรณี ประจวบจินดา ที่เลือกจะเชื่อในตัวผู้เขียนและช่วยเหลือผู้เขียนทุกด้านเท่าที่บุคคลหนึ่งพึงจะให้อีกบุคคลได้ ทั้งยังคอยให้ข้อคิด กำลังใจ ความหวัง ความรักแก่ผู้เขียนตลอดมา ซึ่งหากไม่มีเธอแล้วผู้เขียนคงไม่อาจประสบความสำเร็จได้เลย ท้ายที่สุดนี้หากงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นการสร้างประโยชน์หรือคุณค่าประการใดอยู่บ้าง ผู้เขียนขออุทิศให้แก่มารดาอันเป็นที่รักยิ่งของผู้เขียนซึ่งผู้เขียนไม่มีโอกาสได้ตอบแทนพระคุณในขณะที่ท่านยังมีลมหายใจ แต่ในส่วนความผิดพลาดและข้อบกพร่องประการใด ๆ ที่เกิดขึ้นผู้เขียนกราบขออภัยและขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญตาราง	(14)
รายการสัญลักษณ์และคำย่อ	(15)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	7
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	7
1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา	8
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	9
2.1 ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	11
2.2 แนวคิดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญา	13
2.2.1 ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์	15
2.2.1.1 พัฒนาการของทรัพย์สินทางปัญญายุคก่อนศตวรรษที่ 15	16
โดยสังเขป	
(1) สิทธิบัตรยุคก่อนศตวรรษที่ 15	16
(2) เครื่องหมายการค้ายุคก่อนศตวรรษที่ 15	17
(3) ลิขสิทธิ์ยุคก่อนศตวรรษที่ 15	18
2.2.1.2 พัฒนาการของทรัพย์สินทางปัญญาตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15	19
โดยสังเขป	
(1) สิทธิบัตรตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15	19
(2) เครื่องหมายการค้าตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15	21

(3) ลิขสิทธิ์ตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15	23
2.2.1.3 สังเคราะห์แนวคิดพัฒนาการทางประวัติศาสตร์	24
(1) หลักแนวคิดของสิทธิบัตร	25
(2) หลักแนวคิดของเครื่องหมายการค้า	25
(3) หลักแนวคิดของลิขสิทธิ์	26
2.2.2 ศึกษาเชิงปรัชญาตามแนวคิดของนักคิดตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 18	27
2.2.2.1 จอห์น ล็อก (John Locke)	27
2.2.2.2 วิลเฮล์ม เฟรเดอริก เฮเกล (Willhem Friedrich Hegel)	29
2.2.2.3 คาร์ล มากซ์ (Karl Marx)	30
2.2.2.4 ปีเตอร์ ดราฮอร์ส (Peter Drahos)	31
2.3 สังเคราะห์แนวคิดพื้นฐานของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	32
2.3.1 เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ (Creation of Human Wisdom)	33
2.3.2 สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible Property)	34
2.3.3 สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแตกต่างจากกรรมสิทธิ์ (Intellectual Property Rights and Ownership)	34
2.3.4 ความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม (Balance between Intellectual Property Rights Holder and Public Interests)	35
2.4 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยสิทธิ	36
2.4.1 ความหมายแห่งสิทธิและคำอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกับสิทธิ	36
2.4.1.1 หน้าที่	37
2.4.1.2 ความรับผิดชอบ	37
2.4.1.3 อำนาจ	37
2.4.1.4 เอกสิทธิ์	38
2.4.1.5 ความคุ้มกัน	38
2.4.2 ประเภทแห่งสิทธิ	38
2.4.2.1 สิทธิมหาชน	38
(1) สิทธิปฏิเสธ	38
(2) สิทธิกระทำการ	38
(3) สิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ	38
2.4.2.2 สิทธิแห่งเอกชน	38
(1) แบ่งแยกตามวัตถุแห่งสิทธิ	39
(2) แบ่งแยกตามคู่กรณีโดยทั่วไปหรือคู่กรณีเฉพาะ	39
(3) แบ่งแยกตามอาการการใช้สิทธิ	40
(4) แบ่งแยกตามลักษณะกำเนิดแห่งสิทธิ	40
2.4.3 วิเคราะห์ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิกับสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญา	41

2.4.3.1 สิทธิเอกชนกับสิทธิมหาชน (ประเภทแห่งสิทธิ)	41
2.4.3.2 สิทธิทางทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีใช้ทางทรัพย์สิน (วัตถุแห่งสิทธิ)	41
2.4.3.3 สิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิสัมผัส (คู่กรณีแห่งสิทธิ)	42
2.4.3.4 รูปแบบของอาการการใช้สิทธิ (อาการการใช้สิทธิ)	42
(1) สิทธิมีอำนาจเหนือ	42
(2) สิทธิเรียกร้อง	42
(3) สิทธิปฏิเสธ	42
(4) สิทธิก่อตั้ง	44
2.4.3.5 สิทธิดั้งเดิมหรือสิทธิรับมา (ต้นกำเนิดแห่งสิทธิ)	44
2.5 ความเป็นพลวัตรของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและข้อยกเว้นการใช้สิทธิ	45
2.5.1 ความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์สังคม	45
2.5.1.1 การใช้คำว่า “ความสมดุล” ในทรัพย์สินทางปัญญา	46
(1) ความสมดุลในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	46
(2) ความสมดุลในการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	48
(3) ความสมดุลในนโยบายเชิงทรัพย์สินทางปัญญา	48
2.5.1.2 ความสมดุลตามกระบวนทัศน์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	49
2.5.2 พลวัตรแนวความคิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า	50
2.5.3 พลวัตรและการขยายขอบเขตของข้อยกเว้นเรื่องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	52
บทที่ 3 หลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก	54
3.1 หลักเกณฑ์ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า	56
3.1.1 หลักการพื้นฐาน	56
3.1.1.1 หลักการหยุดและคงไว้ของฐานภาษี (Standstill and Rollback)	57
3.1.1.2 หลักการต่างตอบแทน (Reciprocity)	57
3.1.1.3 หลักการบังคับกันได้ (Enforcement)	58
3.1.1.4 หลักการความโปร่งใส (Transparency)	59
3.1.1.5 หลักการสร้างความสมดุล (Balance)	59
3.1.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)	60
3.1.2.1 หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment)	60
3.1.2.2 หลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง (National Treatment)	61
3.1.2.3 ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน (Like Products)	62
(1) ข้อพิพาท Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee	63

(2) ข้อพิพาท Canada/Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber	64
3.2 บรรจุภัณฑ์แบบเรียบกับหลักเกณฑ์ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า	65
3.3 ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า	67
3.3.1 หลักการทั่วไปของข้อยกเว้น	68
3.3.2 ข้อยกเว้นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของ คน สัตว์ หรือ พืช	70
3.3.2.1 ความจำเป็นในการออกมาตรการ	70
3.3.2.2 ตัวอย่างการให้เหตุผลประกอบข้อยกเว้นโดยรัฐผู้ออกมาตรการ	71
(1) ข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes	71
(2) ข้อพิพาท European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products	73
(3) ข้อพิพาท Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres	75
(4) ข้อพิพาท China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum	77
3.4 หลักเกณฑ์และวิธีการใช้ของความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	78
3.4.1 หลักการและแนวคิดพื้นฐานเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์	79
3.4.2 วิธีการใช้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชและความสอดคล้องกับข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า	80
3.4.2.1 ข้อพิพาท European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)	82
3.4.2.2 ข้อพิพาท European Communities – Approval and Marketing of Biotech Products	83
3.5 หลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า	85
3.5.1 หลักการและแนวคิดพื้นฐานของมาตรการกีดกันทางการค้าแบบเทคนิค	86
3.5.2 ตัวอย่างการให้เหตุผลประกอบของรัฐผู้ออกมาตรการ	89
3.5.2.1 ข้อพิพาท European Communities – Trade Description of Scallops	90
3.5.2.2 ข้อพิพาท European Communities – Trade Description of Sardines	91
3.5.2.3 ข้อพิพาท United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes	92

3.6 หลักเกณฑ์ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า	95
3.6.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์	96
3.6.1.1 เพื่อถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยี	96
3.6.1.2 เพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ	97
3.6.1.3 เพื่อลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ	99
3.6.2 หลักการทั่วไปของความตกลงทริปส์	100
3.6.2.1 ความเป็นสิทธิเอกชน (Private Rights)	100
3.6.2.2 หลักดินแดน (Territorial Principle)	101
3.6.2.3 หลักมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard)	102
3.6.2.4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)	103
3.6.2.5 หลักการสร้างสมดุล (Balance)	104
3.6.3 หลักการและเหตุผลในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	106
3.6.4 หลักเกณฑ์ของเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์	107
3.6.4.1 ลักษณะของเครื่องหมายการค้า	108
3.6.4.2 สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า	110
(1) สิทธิแต่เพียงผู้เดียว	110
(2) การใช้เครื่องหมายการค้า	112
(3) การทำให้เกิดความสับสนหลงผิด	113
3.6.4.3 ข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า	114
(1) ข้อยกเว้นเฉพาะของสิทธิในเครื่องหมายการค้า	114
(2) การใช้เครื่องหมายการค้าโดยปลอดจากการถูกกีดขวาง	115
3.5.4.4 ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress)	117
3.6.5 ความคุ้มครองสุขอนามัยของประชาชนตามปฏิญญาสากลโดฮา	119
บทที่ 4 หลักการทางกฎหมายของบรรจุกัญท์สำหรับผลิตภัณฑ์ยาสูบ	123
4.1 หลักการและแนวคิดของบรรจุกัญท์แบบเรียบ	125
4.1.1 สถานการณ์และผลกระทบจากการบริโภคยาสูบของมนุษย์	125
4.1.2 แนวคิดและพัฒนาการของบรรจุกัญท์แบบเรียบ	128
4.2 หลักเกณฑ์ของบรรจุกัญท์ยาสูบตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	129
4.2.1 หลักเกณฑ์พื้นฐานของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	129
4.2.1.1 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ	129
4.2.1.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุกัญท์	132
4.2.2 มาตรการที่อนุวัติการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	134
4.2.2.1 ออสเตรเลีย	135

(1) กฎหมายที่อนุวัติการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	135
(2) ข้อพิพาทในศาลยุติธรรมภายในรัฐ	138
4.2.2.2 ราชอาณาจักรไทย	143
(1) กฎหมายที่อนุวัติการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	143
(2) ข้อพิพาทในศาลยุติธรรมภายในรัฐ	145
(3) ข้อโต้แย้งของกระทรวงสาธารณสุข	149
4.2.2.3 สหภาพยุโรป	152
(1) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	152
(2) ข้อพิพาทในศาลยุติธรรมภายในรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป	154
4.2.3 ข้อพิพาทเรื่องบรรจุกัญธยาสูบในองค์การการค้าโลก	158
4.3 ความสัมพันธ์ระหว่างองค์การอนามัยโลกกับองค์การการค้าโลก	160
4.3.1 ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างองค์การระหว่างประเทศ	160
4.3.2 แนวทางการอนุวัติการสนธิสัญญาสำหรับรัฐภาคีสมาชิก	161
4.4 บทบาทของแนวคิดสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์	163
4.4.1 ความหมายของสิทธิมนุษยชน	163
4.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิมนุษยชน	165
4.4.3 แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลต่อสังคม	168
บทที่ 5 การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ	170
5.1 ภาพรวมมาตรการทางกฎหมายของรัฐจากการอนุวัติการกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	171
5.2 การให้เหตุผลทางกฎหมายของมาตรการบรรจุกัญธยาแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องในบริบทของหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	173
5.2.1 หลักเศรษฐศาสตร์การเมืองกับทรัพย์สินทางปัญญา	173
5.2.1.1 ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Law)	174
5.2.1.2 ทฤษฎีการแลกเปลี่ยน (Quid Pro Quo)	175
5.2.1.3 ทฤษฎีการสร้างแรงจูงใจหรือการให้รางวัลกับผู้สร้างสรรค์ผลงานผู้ประดิษฐ์คิดค้น (Reward Theory และ Incentive to Invent Theory)	176
5.2.1.4 ทฤษฎีการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ	177

(1) ทฤษฎีการคุ้มครองผู้บริโภคและป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Theory of Unfair Competition)	177
(2) ทฤษฎีการป้องกันประโยชน์สาธารณะทางเศรษฐกิจจากการผูกขาดตลาด (Theory of Antitrust)	178
(3) ทฤษฎีการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชน (Theory of Public Economic)	179
5.2.2 ตารางเปรียบเทียบทฤษฎีสถานีและข้อยกเว้นของทรัพย์สินทางปัญญา	185
5.2.3 วิเคราะห์มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้อง	187
5.2.3.1 ความเหมาะสมตามหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	187
5.2.3.2 ความสอดคล้องภายใต้หลักสิทธิมนุษยชนและทรัพย์สินทางปัญญา	190
5.3 การให้เหตุผลทางกฎหมายของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องในบริบทของหลักเกณฑ์แห่งองค์การการค้าโลก	196
5.3.1 ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าและความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช	196
5.3.1.1 ความจำเป็นของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้อง	196
5.3.1.2 การนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และความสำเร็จส่วนหนึ่งของมาตรการ	202
5.3.2 ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า	203
5.3.3 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า	204
5.3.3.1 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า	204
5.3.3.2 การสร้างข้อยกเว้นต่อเครื่องหมายการค้า	207
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	210
6.1 บทสรุป	210
6.2 ข้อเสนอแนะ	218
บรรณานุกรม	221
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก ข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947	231

ภาคผนวก ข ปริญญาสาธกโดฮว่าด้วยข้อตกลงทริปส์ และการสาธารณสุข ค.ศ. 233
2001

ประวัติผู้เขียน 235



สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
5.1 ตารางเปรียบเทียบทฤษฎีของสิทธิและข้อยกเว้นของทรัพย์สินทางปัญญา	185



รายการสัญลักษณ์และคำย่อ

สัญลักษณ์/คำย่อ	คำเต็ม/คำจำกัดความ
AB	Appellate Body
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement Disputes
EC	European Community
EU	European Union
FCTC	Framework Convention on Tobacco Control
GATT	General Agreement on Tariff and Trade
IPRs	Intellectual Property Rights
ILC	International Law Commission
MFN	Most-Favored Nation Treatment
NT	National Treatment
SPS	Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures
TBT	Technical Barriers to Trade Agreement
TRIPs	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
WHO	World Health Organization
WTO	World Trade Organization

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญของปัญหา

ลักษณะการแสดงความห่วงกันในสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่มนุษย์ถือครองและประกาศความเป็นเจ้าของเป็นวิธีการแสดงออกทางธรรมชาติของมนุษย์รูปแบบหนึ่งที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด ซึ่งลักษณะของสิ่งใด ๆ ที่ว่านี้มักถูกเรียกขานว่า “ทรัพย์สิน” หรือ “ทรัพย์สิน” ที่มนุษย์นิยมแสดง “ความเป็นเจ้าของ” เมื่อธรรมชาติของมนุษย์เป็นเช่นนี้ กฎหมายจึงได้เข้ามามีส่วนร่วมเพื่อจัดวางโครงสร้างและระบบทางกฎหมายให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สินของมนุษย์ ผ่านการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของการแสดงความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย เรียกว่า “สิทธิเหนือทรัพย์สิน” เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันตั้งแต่แรกแล้วว่าสิทธิเหนือทรัพย์สิน หรือ การแสดงความเป็นเจ้าของนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมีพึงได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมามอบให้ ในบางกรณีสิทธิขั้นพื้นฐานก็ถูกนิยามเรียกว่าสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน นอกจากนี้การบริหารสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการจำหน่ายจ่ายโอน การหวงกัมนิให้ผู้อื่นเข้ามาถือครองหรือล่วงละเมิด การใช้ประโยชน์ไม่ว่ารูปแบบใด ๆ หรือแม้กระทั่งการทำลายทรัพย์สินให้สูญสิ้นไป ฯลฯ ย่อมเป็นสิทธิเด็ดขาดของบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย และโดยหลักการแล้วไม่อาจมีผู้ใดเข้ามาขัดขวางหรือละเมิดสิทธิลักษณะดังกล่าวได้

ความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” แต่เดิมเป็นที่เข้าใจตรงกันว่าจะต้องเป็นสิ่งที่สามารถจับต้องได้ทางกายภาพ มีรูปร่างที่ชัดเจน หรือที่เรียกว่าทรัพย์สินมีรูปร่างไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้ หรือ อสังหาริมทรัพย์ที่เคลื่อนที่ไม่ได้ อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมมีการพัฒนาก้าวหน้าขึ้นทำให้มนุษย์รับรู้ว่ามีรูปร่างบางอย่างก็สามารถถือครองและเป็นเจ้าของได้เช่นเดียวกัน จึงมีการนิยามความหมายคำว่า “ทรัพย์สิน” ขึ้น เพื่อแทนความหมายของทรัพย์สินมีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง สาเหตุที่ต้องมีการนิยามคำดังกล่าวก็เนื่องมาจากว่าทรัพย์สินทุกชนิดถือกำเนิดขึ้นเป็นรูปร่างจับต้องได้เชิงรูปธรรม เพราะเป็นผลผลิตมาจากความรู้ ความคิด และการสร้างสรรค์ในเชิงนามธรรมของมนุษย์ ผู้ซึ่งลงแรงของตนเพื่อสร้างงานนั้นให้ปรากฏแก่สังคม ลักษณะของความคิดเบื้องหลังผลผลิตแห่งทรัพย์สินมีรูปร่างเหล่านี้เอง แม้ไม่มีรูปร่างที่สามารถจับต้องได้ แต่ผู้คิดค้นขึ้นก็ควรจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายบางประการเช่นเดียวกับสิ่งที่มีรูปร่างในการแสดงความเป็นเจ้าของตามหลักทางธรรมชาติของมนุษย์เพื่อเป็นการตอบแทนความคิดสร้างสรรค์เหล่านี้ นักกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทในการกำหนดสิทธิของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างผ่านการใช้หลักเกณฑ์ของความเป็นเจ้าทรัพย์สินมีรูปร่าง โดยให้เหตุผลว่าเมื่อมนุษย์ลงแรงในการสร้างสรรค์งานจากความคิดของตน ย่อมอ้างสิทธิในการเป็นเจ้าของความคิด หรือ ผลผลิตจากความคิดสร้างสรรค์นั้นได้เช่นเดียวกัน แม้ลักษณะของสิ่งนั้นจะไม่มีรูปร่างที่สามารถจับต้องได้อย่างเป็นรูปธรรมก็ตาม กล่าวคือ ลักษณะแห่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้เป็นสิ่งใหม่ของสังคมในยุคสมัยเริ่มต้น ดังนั้น จึงยังไม่มี การสร้างสรรค์หรือคิดค้นระบบกฎหมายขึ้นมาปรับใช้เป็นการเฉพาะ ส่งผลให้รูปแบบของสิทธิทางกฎหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างยังต้องใช้ระบบเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่าง

การบังคับใช้ระบบกฎหมายของสิทธิในทรัพย์สินมีรูปร่างกับผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่นเดียวกันส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมเป็นอย่างมาก เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้นเจ้าของสิทธิมีอำนาจในการควบคุมทรัพย์สินทั้งที่มีและไม่มีรูปร่างอันเกิดมาจากผลผลิตแห่งความคิดของตน ทำให้เกิดการบังคับใช้สิทธิที่ไม่เป็นธรรม เพราะการใช้สิทธิไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนและไม่อาจถูกควบคุมได้ ทั้งนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายก็เป็นฝ่ายยอมรับสถานการณ์ดังกล่าวเอาไว้ด้วย ยกตัวอย่างเช่น เจ้าของงานวรรณกรรมที่เผยแพร่ออกสู่สังคม ไม่ว่าจะงานวรรณกรรมฉบับนั้นจะมีการผลิตขึ้นมาเป็นจำนวนเท่าใดก็ตามบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิติดตามและเข้าถือครองงานวรรณกรรมได้ทุกชิ้น เพราะผู้สร้างสรรค์มีสิทธิในความคิดของตนอันเป็นที่มาของงานวรรณกรรมชิ้นดังกล่าว เหตุการณ์ในลักษณะนี้เรียกว่าสังคมมีการพัฒนาก้าวหน้าไปไกลเกินกว่าที่กฎหมายเดิมจะสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมได้ จากสถานการณ์นี้ทำให้สังคมได้รับรู้ลักษณะของทรัพย์สินชนิดใหม่เรียกว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เมื่ออาจใช้กฎหมายว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินที่มีรูปร่างปรับและบังคับใช้ได้อย่างเป็นธรรม เนื่องจากการกำหนดสิทธิเหนือทรัพย์สินแบบเดิมนั้นจะเป็นการให้อำนาจแก่ผู้ทรงสิทธิมากเกินไปจนสมควรหากใช้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ทำให้เกิดคดียพิพาทต่อศาลยุติธรรมเป็นจำนวนมาก และศาลก็ได้ตระหนักถึงปัญหาในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินมีรูปร่างกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง นักกฎหมายจึงต้องเข้ามามีบทบาทอีกครั้งในการสร้างลักษณะแห่งสิทธิประเภทใหม่เพื่อใช้บังคับกรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่วุ่นวายให้เกิดสิทธิที่เหมาะสมแก่การปรับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม

สิทธิที่ถูกสร้างขึ้นใหม่สำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้แต่เดิมมิได้มีชื่อเรียกเฉพาะ และได้ถูกเรียกว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) อย่างที่ใช้ในปัจจุบัน หากแต่ใช้ตามประเภทแห่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นปรับใช้ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าใช้สำหรับการสร้างลักษณะบ่งเฉพาะแก่สินค้าหรือบริการของเจ้าของสิทธิให้มีความแตกต่างจากบุคคลอื่นและเพื่อให้คนในสังคมรับรู้ถึงความแตกต่างนั้น สิทธิบัตรเป็นการคุ้มครองความคิดที่ก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ กรรมวิธีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่และมีลักษณะการพัฒนาที่สูงขึ้นกว่าสิ่งที่ปรากฏอยู่ทั่วไป และ ลิขสิทธิ์ใช้สำหรับการแสดงออกในความคิดสร้างสรรค์อย่างเป็นรูปธรรม โดยลักษณะของทรัพย์สินทั้งสามที่ได้นำเสนอไปแม้ว่าจะมีจุดกำเนิด วัตถุประสงค์ แนวทางการพัฒนา รวมไปถึงบริบทของกฎหมายคุ้มครองสิทธิ การกำหนดหน้าที่ และแนวทางการสร้างข้อยกเว้นจะมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง แต่จุดร่วมที่ทรัพย์สินทั้งสามมีร่วมกัน คือ การเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จำเป็นจะต้องมีการสร้างสิทธิขึ้นใหม่เพื่อใช้บังคับเนื่องจากกฎหมายเดิมมีอาจปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ในเวลาต่อมา นักกฎหมายได้จัดกลุ่มรวมประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่างเข้าไว้ด้วยกัน เรียกว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า การให้สิทธิเช่นเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่างจะทำให้ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจมากเกินไปที่จะควบคุมได้ ในการนี้นักกฎหมายจึงได้พัฒนาข้อยกเว้นขึ้นเพื่อลดอำนาจของผู้ทรงสิทธิเหนือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้ กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิจะต้องยินยอมให้มีการยกเว้นสิทธิของตนบางประการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย เพื่อประโยชน์ของสังคม ซึ่งนักกฎหมายได้เรียกหลักการนี้ว่าการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิและผลประโยชน์แห่งสังคม (Balance between Rights Holder and Social Interests) หากพิจารณาแล้วจะสอดคล้องกับประเด็นข้างต้นที่ได้กล่าวไปแล้วว่าสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จะต้องมีการจำกัดบางประการมิให้ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจมากเกินไปจนควบคุม

ข้อยกเว้นทางกฎหมายถูกสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองการจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิและการสร้างความสมดุลนี้เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นประเด็นปัญหาหลักในการพิจารณา เนื่องจากการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายนั้นจำเป็นต้องมีหลักการและเหตุผลที่เหมาะสมประกอบการอธิบาย รวมไปถึงจะต้องมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายบัญญัติให้การรองรับเอาไว้ด้วย ดังนั้นประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นประการสำคัญ คือ เหตุผลประการใดบ้างที่สามารถใช้ยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ ซึ่งพัฒนาการของข้อยกเว้นก็มีเกิดขึ้นเรื่อยมาด้วยเหตุผลหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นกรณี เพื่อประโยชน์แห่งมนุษยชาติโดยการศึกษา ค้นคว้า และการวิจัยต่อยอดองค์ความรู้ เพื่อประโยชน์แห่งกระบวนการยุติธรรม หรือ เพื่อผลประโยชน์แห่งสังคมส่วนรวมเมื่อเกิดเหตุการณ์พิเศษ เช่น เกิดภาวะสงคราม หรือ เกิดสถานการณ์โรคระบาด สิ่งทีกล่าวนั้นนักกฎหมายต่างเห็นพ้องต้องกันว่าควรจะต้องกำหนดให้มีสถานะเป็นข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้เพื่อให้สิทธิมีความสมดุล ในเวลาต่อมาหลักแนวคิด เรื่อง “การปกป้องรักษาชีวิตและสุขภาพมนุษย์ หรือ สาธารณสุข (Public Health)” ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นทางกฎหมายว่า หลักแนวคิดนี้สามารถสร้างเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสมเหตุสมผลได้หรือไม่ เนื่องจากประเด็นการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์มีข้อคิดพื้นฐานมาจาก “สิทธิมนุษยชน (Human Rights)” ที่ในทางตรงกันข้ามก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในบริบทของการแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินอันเป็นแนวคิดเบื้องหลังของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเดียวกัน ดังนั้นเหตุผลเรื่องการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์จึงเกิดการโต้แย้งโต้เถียงกันในเชิงวิชาการอย่างแพร่หลายว่าการสร้างข้อยกเว้นสามารถกระทำได้หรือไม่ และหากยินยอมให้สามารถสร้างข้อยกเว้นจากเหตุผลดังกล่าวได้แล้ว ลักษณะของข้อยกเว้นอย่างเป็นรูปธรรมลักษณะใดจึงจะเหมาะสมที่สุดและมีความสอดคล้องกับหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ กล่าวโดยสรุปคือ การสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานอกจากจะต้องมีเหตุผลในการสนับสนุนแล้ว จะต้องเป็นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิอีกด้วย มิใช่จะอ้างเพียงแต่เหตุผลส่วนเดียวเพื่อยกเว้นสิทธิได้ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ยินยอมให้มีการทำซ้ำงานวรรณกรรมบางส่วนเพื่อใช้ในการศึกษาวิจัยได้ อย่างไรก็ตามการทำซ้ำงานวรรณกรรมทั้งหมดแม้จะเป็นไปเพื่อการศึกษาวิจัยที่กำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวนั้นกฎหมายไม่อาจยินยอมให้เกิดขึ้นได้เนื่องจากขาดการเคารพหลักความสมดุลระหว่างสิทธิ เพราะการกระทำในลักษณะนี้ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป

ปัจจุบันนับบทบาทของทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง เนื่องจากลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นผลผลิตมาจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ทุกประเภทล้วนแล้วแต่มีขึ้นเพื่อการดำเนินการเชิงธุรกิจเชิงพาณิชย์ด้วยกันทั้งสิ้น ทั้งการทำธุรกิจค้าขายกันภายในรัฐไปจนถึงระดับระหว่างรัฐ ในการนี้จึงทำให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของสิทธิที่นักกฎหมายสร้างขึ้น คือ เพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจและธุรกิจการค้า มิให้มีบุคคลอื่นเข้ามาล่วงละเมิดหรือแสวงประโยชน์โดยไม่ชอบธรรม และทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการพิทักษ์สิทธิไม่ให้เจ้าของสิทธินั้นเสียผลประโยชน์เกินสมควร เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากที่สุดประการหนึ่งของเศรษฐกิจและการค้า ในเวลาที่มีการสร้างองค์การการค้าโลก (World Trade Organization - WTO) ทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ถูกรับรอง และมีการบัญญัติเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของ

หลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกด้วย โดยองค์การฯ ดังกล่าวเป็นองค์การระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้น ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือที่เรียกกันว่าความตกลงเกตต์ (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT) มีวัตถุประสงค์ในการสร้างเสรีทางการค้ายิ่งขึ้น (Freer Trade) และทำหน้าที่ในการรักษาระเบียบทางการค้าระหว่างรัฐเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางการค้าผ่านหลักเกณฑ์ที่องค์การฯ ได้กำหนดขึ้นไม่ว่าจะเป็น การห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ตามหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment) และหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง (National Treatment) รวมไปถึงหลักการอื่น อีกหลากหลายประการเพื่อบรรลุดุประสงค์ข้างต้น โดยในส่วนหลักเกณฑ์ทางการค้านี้หมายรวมถึง เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเช่นกัน เพราะได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นตัวแปร สำคัญทางเศรษฐกิจและการค้าจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง แก่ทรัพย์สินทางปัญญา สาเหตุเพราะแต่เดิมนั้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาถูกบัญญัติให้ความ คุ้มครองแตกต่างกันไปตามอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐนั้น ๆ ปัญหาจึงเกิดขึ้นเมื่อการค้าระหว่างรัฐที่มี ทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากเกิดความลักลั่นในการคุ้มครอง เพราะ กฎหมายภายใน แต่ละรัฐให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีรายละเอียดแตกต่างกัน แต่ยังคงบริบททางกฎหมาย ไว้เหมือนกัน ทำให้รัฐทั้งหลายจึงเข้าร่วมกันภายใต้การประชุมขององค์การการค้าโลกเพื่อบัญญัติความ ตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือความตกลงทริปส์ (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPs) โดยมีการให้ความคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญาในบริบททางการค้าในฐานะเป็นกรอบมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ที่ รัฐภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้ความร่วมมือและปฏิบัติตาม

องค์การอนามัยโลก (World Health Organization – WHO) เป็นองค์การระหว่าง ประเทศเช่นเดียวกับองค์การการค้าโลก แต่มีพันธกิจในการดูแลสุขภาพสุขอนามัยพื้นฐานของประชากร โลกผ่านหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อใช้บังคับกับรัฐที่เข้าร่วมการเป็นสมาชิก โดย ตลอดเวลาที่ผ่านมาองค์การอนามัยโลกได้สร้างบทบัญญัติหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ กระทบกระทั่งกับบริบทหลักการของกฎหมายอื่นอยู่อย่างสม่ำเสมอ ด้วยเหตุที่การดูแลสุขภาพของ มนุษย์ย่อมมีบริบทกระทบภาคส่วนอื่นเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะส่วนการค้าและธุรกิจ นอกจากนี้ องค์การอนามัยโลกยังมีการผลิตงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์เพื่อสนับสนุนหลักการและเหตุผลของ มาตรการด้านสาธารณสุขของตนอย่างต่อเนื่อง โดยประเด็นปัญหาสุขอนามัยของมนุษย์ที่องค์การ อนามัยโลกให้ความสนใจในยุคปัจจุบัน คือ ปัญหาการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ เพราะผลจากการ ศึกษาวิจัยทำให้องค์การอนามัยโลกเห็นว่าการบริโภคยาสูบเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้ประชากรโลกเสียชีวิต และประสบกับโรคร้ายเป็นจำนวนมากไม่เพียงเฉพาะโรคมะเร็งเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงโรคร้ายอื่น ๆ อีก ด้วย สาเหตุที่ผลิตภัณฑ์ยาสูบถูกดำเนินการควบคุมอย่างเข้มงวด และ ถูกรณรงค์ถึงความอันตรายอย่าง แพร่หลายเป็นจำนวนมาก เนื่องมาจากผลิตภัณฑ์ยาสูบถูกนำเสนอในบริบทของสินค้าบริโภคชนิดปกติ ที่ไม่มีอันตรายอันเกิดจากการบริโภคโดยบริษัทผู้ผลิตตั้งแต่ในยุคแรกที่มีการผลิตและจำหน่าย ผลิตภัณฑ์ ผ่านวิธีการการโฆษณา การสร้างมูลค่า และ ความน่าเชื่อถือของตราการค้า (Brand) การ สร้างรสชาติ รสสัมผัส รวมไปถึงกลิ่นใหม่ ๆ ให้กับผลิตภัณฑ์ อย่างสม่ำเสมอไม่แตกต่างจากสินค้า

บริโภคชนิดอื่นเลย สังเกตได้จากอัตราการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบที่สูงขึ้นอย่างต่อเนื่องที่แปรผันเป็นผลกำไรที่บริษัทผู้ผลิตได้รับอย่างมหาศาลจนถึงขนาดเป็นรูปแบบทางธุรกิจหนึ่งที่สามารถทำผลประกอบการได้ลำดับต้นของโลก นอกจากนี้จากการสำรวจสินค้าบริการของตราการค้าที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปภายในโลกก็ยังปรากฏตราการค้าของผลิตภัณฑ์ยาสูบรวมอยู่ด้วยเช่นเดียวกัน จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมานี้จึงปรากฏเป็นที่ประจักษ์ว่าประชากรโลกนิยมบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบกันเป็นจำนวนมาก และมีความเข้าใจผิดว่าผลิตภัณฑ์ชนิดนี้เป็นสินค้าบริโภคทั่วไป อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาผ่านไปพบว่าประชากรส่วนใหญ่ที่บริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบอย่างต่อเนื่องต่างตกเป็นเหยื่อจากโรคร้ายหลายประการและในผลสุดท้ายก็เสียชีวิตด้วยโรคดังกล่าว ส่งผลให้นักวิทยาศาสตร์จึงได้ทำการศึกษาวิจัยนำไปสู่การค้นพบว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ จึงเป็นเหตุให้หน่วยงานต่าง ๆ ทั่วโลกทั้งระดับภายในรัฐ ระดับระหว่างรัฐ รวมไปถึงองค์การระหว่างประเทศได้เข้ามามีบทบาทในการกำหนดมาตรการหลากหลายรูปแบบ เพื่อต่อต้านการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ ไม่ว่าจะเป็นการรณรงค์ การสร้างความรู้ความเข้าใจ รวมถึงการใช้มาตรการทางกฎหมายทั้งการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม เช่น กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค รวมไปถึงการร่างกฎหมายรูปแบบใหม่ ๆ เพื่อสนับสนุนให้การต่อต้านให้บรรลุผล

หลักเกณฑ์กลางในการควบคุมการบริโภคยาสูบขององค์การอนามัยโลกที่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศและมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์จากผลิตภัณฑ์ยาสูบฉบับสำคัญ คือ กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ (Framework Convention on Tobacco Control – FCTC) เพื่อควบคุมปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบของประชากรโลก ซึ่งกรอบความตกลงดังกล่าวมีการกำหนดรูปแบบมาตรการหลากหลายรูปแบบด้วยกัน ทั้งมาตรการทางภาษี และ มาตรการที่ไม่ใช่ทางภาษี ในประเด็นนี้พบว่ามาตรการที่ไม่ใช่ทางภาษีในส่วนที่ว่าด้วยองค์ประกอบของบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นการท้าทายบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่บังคับใช้อยู่แล้วหลายภาคส่วนด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายขององค์การการค้าโลก ไม่ว่าจะเป็นประเด็นการกีดกันทางการค้า การสร้างอุปสรรคทางการค้าอย่างไม่จำเป็น รวมไปถึงการขัดแย้งต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่บัญญัติเป็นสนธิสัญญาภายใต้องค์การการค้าโลกซึ่งได้รับผลกระทบจากมาตรการที่กำหนดกรอบไว้อย่างกว้างในเรื่อง “การบรรจุหีบห่อและป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบ” และ “การห้ามโฆษณาอย่างเต็มรูปแบบ” ซึ่งรัฐผู้อนุมัติการกฎหมายได้ตีความ และนำมาบังคับใช้ในลักษณะของ “มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ (Plain Packaging)” เป็นการสร้างความขัดแย้งระหว่างสิทธิหลายประการที่กฎหมายรับรองทั้งในหลักเกณฑ์ทางการค้า และหลักเกณฑ์การคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมไปถึงการอ้างหลักความจำเป็นว่าด้วยการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ นอกเหนือไปจากการสร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบข้างต้นแล้ว ในบางรัฐที่ดำเนินการอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าว ในบางรัฐก็เลือกตีความและปรับใช้มาตรการที่แตกต่างกันไป เพราะกรอบความตกลงฯ ได้บัญญัติแนวทางเอาไว้กว้างเพื่อเปิดช่องให้มีการตีความกฎหมายได้ยกตัวอย่างเช่น บางรัฐเลือกที่จะปรับใช้เฉพาะมาตรการว่าด้วยป้ายคำเตือนเพียงอย่างเดียว ดังนั้น จึงเป็นประเด็นที่ควรจะต้องทำความเข้าใจและหาคำตอบถึงรูปแบบของมาตรการที่เหมาะสมที่สุด

ประเด็นปัญหาสำคัญ คือ เมื่อหลักเกณฑ์ทางการค้าภายใต้องค์การการค้าโลกมีบทยกเว้นของกฎหมายเพื่อสร้างความยืดหยุ่น (Flexibility) รวมไปถึงสร้างความสมดุล (Balance) ของกฎหมายเพื่อให้บังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดความเป็นธรรมสูงสุด กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงไปกว่านั้นคือหลักเกณฑ์ทางการค้าและทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้องค์การการค้าโลกยังได้ยอมรับให้รัฐสมาชิกสร้างข้อยกเว้นโดยอ้างเหตุผลในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เอาไว้ในบทบัญญัติของตนด้วย ดังนั้นปัญหาหลักในการวิจัย คือ การอ้างข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อประกอบการสร้างมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบที่ครอบคลุมตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบนั้นสามารถยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้า และหลักเกณฑ์ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้หรือไม่ ด้วยเหตุผลประการใด และที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้น คือ การสร้างข้อยกเว้นข้างต้นมีความสอดคล้องกับหลักเหตุผลของการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมไปถึงมีการเคารพหลักสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิหรือไม่ เนื่องจากได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า การสร้างหลักข้อยกเว้นทางกฎหมายนั้นนอกเหนือไปจากจะต้องมีเหตุผลรองรับแล้ว ยังจะต้องเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิด้วยเช่นเดียวกัน

ปัจจุบันเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในหมู่นักกฎหมาย นักวิชาการ รวมไปถึงหน่วยงานของรัฐและองค์กรตุลาการถึงลักษณะการตีความ การปรับใช้ตัวบทกฎหมายว่าแท้จริงแล้วบทยกเว้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาสามารถยกเว้นด้วยเหตุผลว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้นเหมาะสมหรือไม่ เฉพาะเจาะจงไปกว่านั้นมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบนี้สามารถกระทำได้โดยชอบทั้งในหลักการและหลักเกณฑ์ทางการค้า และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสมดุลและได้สัดส่วนที่เหมาะสมตามหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงสิทธิกับผลประโยชน์ของสังคมได้หรือไม่ ซึ่งการตอบปัญหาที่ตั้งขึ้นในงานฉบับนี้ จะใช้วิธีการค้นหลักความหมายที่แท้จริงแห่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภททั้งที่มีจุดพัฒนามาร่วมกัน และแตกต่างกันในหลายประเด็นพร้อมกับแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการอย่างเป็นพลวัตรในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว เหตุผลที่งานฉบับนี้มุ่งนำเสนอแนวทางในลักษณะนี้ก็เนื่องมาจากการตีความเฉพาะกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันไม่อาจให้ผลลัพธ์ที่เป็นที่ยุติได้ทั้งในเชิงทฤษฎีและทางปฏิบัติ ในทางตรงกันข้ามกลับก่อให้เกิดลักษณะการตีความกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่แตกต่างออกไปในหลายทิศทาง โดยมีได้มีการอ้างอิงหรืออธิบายมูลเหตุต้นเรื่อง เมื่อพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานแล้วจะนำไปสู่ภาคส่วนของหลักเกณฑ์กฎหมายที่บังคับใช้กันอยู่ในปัจจุบันว่ามีความสอดคล้องในด้านวิธีการใช้และการตีความกฎหมายกันหรือไม่ประการใด ทั้งนี้จะได้นำเสนอถึงแนวทางของศาลภายในรัฐและองค์กรระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกเพื่อประกอบการศึกษาอีกด้วย

ความสำคัญของการศึกษาเรื่องข้อยกเว้นว่าด้วยชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ต่อหลักการและหลักเกณฑ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แบ่งออกเป็น 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ ประเด็นแรกคือความสำคัญทางวิชาการที่หากกล่าวให้เข้าใจโดยง่ายนั้น การศึกษาเรื่องข้อยกเว้นทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะก่อให้เกิดองค์ความรู้ความเข้าใจในทางวิชาการมากขึ้นว่าทรัพย์สินทางปัญญาสามารถยกเว้นว่าด้วยชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ได้หรือไม่ และลักษณะการสร้างข้อยกเว้นที่เหมาะสมและสร้างความสมดุลที่เหมาะสมหากเหตุผลดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้ ควรมีลักษณะเป็นอย่างไรทั้งในบริบทของทรัพย์สินทางปัญญาเองและกฎหมายการค้า

ประเด็นที่สอง คือ ความสำคัญทางปฏิบัติ ได้แก่การทำความเข้าใจกับทางภาครัฐที่ต้องการออกกฎหมายหรือมาตรการใด ๆ ก็ตามในการยกเว้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ว่าจำเป็นที่จะต้องมีเหตุผลและหลักการทางกฎหมายอื่นสนับสนุนประการใด เพื่อให้ข้อยกเว้นสร้างขึ้นด้วยความเหมาะสม และสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นในสังคมตามบริบทของกฎหมายที่บัญญัติไว้ รวมไปถึงภาคเอกชนที่จะต้องมีการปรับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความบังคับใช้กฎหมายอย่างถูกต้อง

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งแสดงให้เห็นว่าหลักการของทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะสามารถถูกยกเว้นได้หรือไม่ และในกรณีที่สามารถถูกยกเว้นได้นั้นเป็นไปด้วยเหตุผลประการใด รวมไปถึงการใช้ข้อยกเว้นจะต้องใช้ภายในขอบเขตอย่างไร ทั้งนี้การยกเว้นดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักการ (Principles) และ หลักเกณฑ์ (Rules) ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายทางการค้าอื่นที่เกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ประการใด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาหลักการและหลักเกณฑ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั้งการก่อกำเนิดของกฎหมาย รวมไปถึงพัฒนาการของกฎหมายผ่านการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญา

1.2.2 เพื่อศึกษาข้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมไปถึงที่มาและเหตุผลในการกำหนดข้อยกเว้นทางกฎหมาย

1.2.3 เพื่อศึกษาความชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก รวมไปถึงเรื่องหลักการของทรัพย์สินทางปัญญาของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบ

1.2.4 เพื่อชี้ให้เห็นความเหมาะสมและเหตุผลของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบที่อาศัยข้อยกเว้นเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก

1.2.5 เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมประการอื่นในการออกมาตรการกีดกันทางการค้าต่อผลิตภัณฑ์ยาสูบและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และการให้เหตุผลของรัฐ รวมถึงองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ จาก

1.3.1 หลักเกณฑ์ข้อยกเว้นความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ตามข้อ 20 (บี) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947

1.3.2 หลักเกณฑ์คุ้มครองสุขอนามัยของมนุษย์ของความตกลงว่าด้วยการคุ้มครอง
สุขอนามัยและสุขอนามัยของพืช ค.ศ. 1995

1.3.3 หลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ค.ศ. 1995

1.3.4 หลักเกณฑ์ตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ค.ศ. 2003 ขององค์การ
อนามัยโลก

1.3.5 หลักเกณฑ์ตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า
ค.ศ. 1994

1.3.6 กฎหมายภายในรัฐที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบโดยเฉพาะของ
ราชอาณาจักรไทย ออสเตรเลีย สหภาพยุโรปและอังกฤษในฐานะรัฐสมาชิกของสหภาพ

1.3.7 แนวความคิดของนักวิชาการทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมาย
ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้อง

1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา

การศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาจากวิจัยจากเอกสารทั้งหมด ซึ่งจะทำการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูล จากแนวทางคำวินิจฉัยขององค์กรผู้ชี้ขาดสำหรับประเด็นที่เกี่ยวข้อง โดยการพิจารณาจากหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะข้อยกเว้นทางกฎหมาย

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบถึงหลักการและหลักเกณฑ์ที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
ทั้งการก่อกำเนิดและการพัฒนาของกฎหมาย ผ่านแนวคิดทั้งทางประวัติศาสตร์และปรัชญา

1.5.2 ทำให้ทราบถึงที่มาและเหตุผลที่สามารถใช้อ้างเพื่อสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมาย
ทรัพย์สินทางปัญญาได้โดยชอบด้วยหลักกฎหมาย

1.5.3 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลกและหลักการของ
กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ

1.5.4 ทำให้ทราบถึงความเหมาะสมและเหตุผลของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่
อาศัยข้อยกเว้นเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ เพื่อเป็นข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ขององค์การ
การค้าโลก

1.5.5 ทำให้ทราบแนวทางที่เหมาะสมในการออกมาตรการกีดกันทางการค้าต่อ
ผลิตภัณฑ์ยาสูบ และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) กำเนิดจากลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่มีความต้องการแสดงความหวงกันความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของตนซึ่งอยู่ในลักษณะของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง โดยกฎหมายบัญญัติสิ่งเหล่านี้อยู่ขอบเขตของทรัพย์สินตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินเนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญามีต้นกำเนิดมาจากความคิดสร้างสรรค์ รวมไปถึงสติปัญญาของมนุษย์ที่ส่งผลให้เกิดผลผลิตในรูปแบบต่าง ๆ และ มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในสังคมมนุษย์

ทรัพย์สินทางปัญญานี้หากจะกล่าวว่ต้นกำเนิดหรือแนวความคิดสำคัญของศาสตร์ (Science) ที่อยู่เบื้องหลังนอกเหนือไปจากเศรษฐศาสตร์ว่าเป็นนิติศาสตร์ก็คงจะไม่เกินความจริงเสียเท่าไร เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาก่อตัวและตั้งอยู่บนพื้นฐานของคำว่า “สิทธิ (Rights)” โดยทรัพย์สินทางปัญญา หรือ ที่เรียกกันว่าทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างมีแนวคิดพื้นฐานมาจากสิทธิเหนือทรัพย์สินที่มีรูปร่างมาก่อน กล่าวคือ มาจากแนวคิดเรื่องสิทธิในความเป็นเจ้าของ หรือ กรรมสิทธิ ซึ่งเป็นลักษณะทางธรรมชาติพื้นฐานของมนุษย์ที่ต้องการแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของตน อนึ่งเมื่อสังคมมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องทำให้สังคมรับรู้ลักษณะแห่งทรัพย์สินชนิดใหม่ซึ่งไม่มีรูปร่างที่ไม่สามารถจับต้องได้อย่างไรก็ดีแม้ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจะไม่มีลักษณะปรากฏอย่างเป็นรูปธรรม แต่ก็มิได้หมายความว่าสิ่งนั้นไม่มีตัวตนอยู่ในทางตรงกันข้ามนอกจากสิ่งดังกล่าวจะมีตัวตนแล้วยังมีมูลค่าในตัวเองอีกด้วย นักกฎหมายจึงต้องสร้างสรรค์ลักษณะแห่งสิทธิเพื่อรองรับความเป็นเจ้าของของผู้ทรงสิทธิแห่งทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า สิทธิ หมายถึง ข้อความคิดที่ระบบกฎหมายสร้างขึ้นเพื่อแสดงถึงลักษณะของประโยชน์อันชอบธรรมบางประการที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองสำหรับบุคคลผู้ทรงสิทธิประเภทนั้น ดังนั้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็คือบริบทของประโยชน์อันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองเหนือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั่นเอง

นอกเหนือไปจากข้อความว่าด้วยสิทธิข้างต้นแล้ว ทรัพย์สินทางปัญญาในเชิงวิชานิติศาสตร์นั้นมีลักษณะความซับซ้อนในการอธิบายอยู่มาก เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในเชิงการค้าและพาณิชย์อันเป็นผลมาจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างไม่จำกัด ดังนั้นทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องมีการนำเอาศาสตร์อื่นเข้ามาร่วมอธิบายด้วย เช่น ศิลปศาสตร์ วิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ ฯลฯ เพราะเป็นบริบทตั้งต้นที่สิทธิทางกฎหมายจะนำไปปรับใช้ ดังนั้นการสร้าง ความเข้าใจของหลักการพื้นฐาน และแนวคิดการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาอย่างต่อเนื่อง หรือที่เรียกว่าเป็นการพัฒนาแบบพลวัต (Dynamic) นั้นมีความจำเป็นที่จะต้องมาพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเสียก่อนที่จะนำเอาศาสตร์อื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง เพื่อให้ความเข้าใจในหลักการทางกฎหมายถูกต้องแม่นยำ ไม่มีข้อบกพร่องเมื่อมีการตีความปรับใช้ทางกฎหมายในทางปฏิบัติ

ประเด็นสำคัญที่นักกฎหมายได้เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อตัวสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คือ การสร้างหลักการความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงสิทธิกับผลประโยชน์ของสังคม (Balance between Rights Holder and Public Interests) เนื่องจากการปรับใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในยุคต้นนักกฎหมายได้นำเอาสิทธิในทรัพย์สินมีรูปร่างมาบังคับใช้ ผลจากการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมเนื่องจากสิทธิความเป็นเจ้าของมีความเด็ดขาดและตกติดไปกับตัวทรัพย์สินที่ผลิตออกมาจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น เมื่อเหตุการณ์เป็นเช่นนี้ หลักการสร้างสมดุลของสิทธิจึงถือกำเนิดขึ้น โดยนักกฎหมายได้ใช้เครื่องมือในการสร้างความสมดุล คือ การสร้างข้อยกเว้นแห่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายที่สนับสนุนด้วยเหตุผลที่หลากหลายแตกต่างกันไปในแต่ละบริบทของเรื่อง แต่คงไว้ซึ่งหลักการสำคัญ คือ การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิและผลประโยชน์ของสังคม เพื่อเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญามีให้มากเกินไป อย่างไรก็ตามลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และข้อยกเว้นแห่งสิทธิปัจจุบันนี้ได้ถูกนำมาใช้และมีการสร้างขึ้นด้วยเหตุผลที่หลากหลายมากยิ่งขึ้น จึงนำไปสู่การโต้แย้งและการตีความระหว่างสองฝ่ายที่สนับสนุนผู้ทรงสิทธิและสนับสนุนผลประโยชน์ของสังคมในประเด็นที่ว่าข้อยกเว้นสิทธิที่เกิดขึ้นนั้นเป็นไปตามหลักการเดิมที่ต้องการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิหรือไม่ เพราะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันนี้เป็นสิ่งที่สร้างผลประโยชน์อย่างมหาศาลให้แก่ผู้ทรงสิทธิในทางเศรษฐกิจและการค้าทั้งในระดับภายในรัฐและระดับระหว่างรัฐ

การศึกษาทรัพย์สินทางปัญญาโดยตั้งอยู่บนแนวความคิดเบื้องหลังอันเป็นหลักการที่ก่อตัวและพัฒนาอย่างต่อเนื่องกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากปัจจุบันนี้ได้เกิดข้อพิพาททางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่เป็นจำนวนมาก และบริบทของข้อพิพาทนั้นมักมีได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางนิติศาสตร์ที่มีอยู่แต่เดิม เพราะ ข้อพิพาทได้มีพลวัตตามตัวหลักการของทรัพย์สินทางปัญญาไปเช่นเดียวกัน ซึ่งในประเด็นนี้ทำให้นักกฎหมายสับสนหลงผิดในหลักการพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังตัวกฎหมายทำให้เกิดการสร้างกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักการที่มีแต่เดิมนอกจากนี้การบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วมักไม่ดำเนินรอยตามแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่กลับไปพิจารณาถึงหลักอื่นที่อาจถูกโต้แย้งโต้เถียงกันมาแล้วในอดีต ส่งผลให้ลักษณะพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม

การวินิจฉัยปัญหาจำเป็นต้องอาศัยหลักแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของทรัพย์สินทางปัญญาเชิงนิติศาสตร์ ประกอบกับแนวคิดที่ได้พัฒนาตัวหลักการดังกล่าวมาเข้าด้วยกันตามที่ได้นำเสนอไว้แล้วข้างต้น กล่าวคือ การมีความเข้าใจอย่างถูกต้องบนแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายสารบัญญัติ รวมไปถึงสาระสำคัญที่เกิดจากข้อยกเว้นทางกฎหมายจะทำให้การใช้ และการตีความกฎหมายมีความถูกต้อง และแม่นยำ โดยแนวคิดเหล่านี้อาจได้มาโดยการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ และปรัชญาที่จะชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการ และการสังเคราะห์แนวคิดเบื้องหลังจนเป็นที่มาของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

2.1 ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

บทบัญญัติคำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” เป็นศัพท์ที่บัญญัติขึ้นใหม่¹ ตามแนวคิดที่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์ตั้งแต่ยุคเริ่มต้นซึ่งมีพื้นฐานมาจากลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ในการหวงกันสิ่งของที่ตนถือครองอยู่ คือ ความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน หรือที่นักกฎหมายนิยามว่า “กรรมสิทธิ์” ในเวลาต่อมาสังคมมนุษย์ได้รับรู้ลักษณะของทรัพย์สินชนิดใหม่ ที่ไม่มีรูปร่าง แต่มนุษย์ยังต้องการความเป็นเจ้าของและแสวงประโยชน์จากสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เช่นเดียวกัน ดังนั้นแม้ทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างก็ยังถูกนิยามเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งด้วย เหตุเพราะถูกมองว่าเป็นรูปแบบของสิ่งชนิดหนึ่งมีคุณค่าในตัวเอง มนุษย์สามารถเป็นเจ้าของ แสดงความหวงกัน และใช้ประโยชน์จากสิ่งนั้นได้โดยลักษณะของตัวทรัพย์สินทางปัญญาเองถูกนิยาม ใช้ดำเนินการในทางธุรกิจการค้าพาณิชย์ นักกฎหมายจึงเห็นว่าจำเป็นต้องมีการกำหนดสิทธิทางกฎหมายเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิ หมายถึง ประโยชน์อันชอบธรรมที่กฎหมายรับรอง และคุ้มครอง แต่สิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนี้จะต้องมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินมีรูปร่างที่ใช้กันมาแต่เดิม² เนื่องจากสิทธิประเภทนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของวัตถุ ไม่มีรูปร่างที่จำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมลักษณะแห่งสิทธิเอาไว้ให้มากเกินสมควร เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิมีความสามารถในการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อประโยชน์ต่อการค้า การประกอบธุรกิจ และนโยบาย ตามแนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์ที่มุ่งแสวงผลกำไรจากการประกอบการ³ ในอีกด้านหนึ่งเพื่อเป็นการ คุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมจากการใช้สิทธิที่มีขอบของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁴ ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมาย นอกจากนี้กฎหมายยังมีความจำเป็นต้องกำหนดหน้าที่ของบุคคลอื่นที่จะต้องเคารพความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเช่นเดียวกัน

¹ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา,” (ดุสิตนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 8; see also, Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, (Dartmouth Publishing Company Limited, 1996). ดร. จุมพล ภิญโญสินวัฒน์อธิบายไว้ในเชิงอรรถที่ 1 ในงานนิพนธ์เพื่อเป็นการขยายลักษณะของการใช้คำว่าทรัพย์สินทางปัญญาว่า “Drahos ระบุเพิ่มเติมว่าสำหรับการใช้คำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” ที่หมายรวมถึงสิทธิในทางอุตสาหกรรมและลิขสิทธิ์อย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้นเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษ 1950”.

² Alexandra George, *Constructing Intellectual Property*, (Cambridge University Press, 2012), p. 32.

³ Alexandra George, *Ibid.*, p. 9-10.

⁴ Alexandra George, *Ibid.*, p. 62; see also, Peter Drahos, *supra* note 1, p. 82.

ทรัพย์สินทางปัญญาแต่เดิมถูกเรียกในนามว่า “ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Property)” โดยตัวทรัพย์สินนี้มีต้นกำเนิดมาจากความคิดของมนุษย์ซึ่งสร้างสรรค์สิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นมา⁵ โดยที่สิ่งนั้นมีมูลค่าตามหลักการของเศรษฐศาสตร์ (Economic Value) แต่ไม่อาจจับต้องได้ เป็นรูปธรรมชัดเจน เช่น เมื่อมนุษย์มีสินค้าต้องการจำหน่ายเผยแพร่ออกไป ผู้ขายย่อมต้องการสิ่งที่ บ่งชี้เอกลักษณ์สำหรับสินค้าของตนเองเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถจดจำได้ว่าสินค้านี้ต้นเป็นผู้ผลิต จำหน่าย ดังนั้นผู้ผลิตจึงทำการตีตราสินค้าของตนด้วย เครื่องหมาย, สัญลักษณ์, รูปประดิษฐ์ รวมถึง ตัวอักษรที่ประกอบกันเป็นกลุ่มคำเพื่อให้สินค้าของตนมีเอกลักษณ์แตกต่างออกไปด้วยการจดจำ ภาพลักษณ์ และการอ่านออกเสียงคำหรือข้อความเช่นนั้น⁶ หรือในกรณีที่นักเขียนได้มีการร้อยเรียง เรื่องราวจากจินตนาการของตนขึ้นเป็นหนังสือสิ่งพิมพ์และได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ออกสู่สาธารณชน ตัวอย่างที่ได้ยกขึ้นมาประกอบการอธิบายนั้นมีปัญหาทางกฎหมายที่อาจใช้กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน อธิบายได้อย่างสมเหตุสมผล เช่น การให้กรรมสิทธิ์แก่ผู้สร้างสรรค์งานเขียน งานวรรณกรรมต่าง ๆ อันเป็นงานลิขสิทธิ์นั้นไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากลักษณะของสิทธิในทรัพย์สิน หรือ กรรมสิทธิ์นั้นจะ ตกติดไปกับสิ่งเขียนทุกเล่มที่ได้รับการตีพิมพ์ออกไป กล่าวคือ อำนาจในการบังคับสิทธิตามสิ่งเขียน นั้นจะเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้เขียน แสดงให้เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้นจำเป็นต้องใช้ทฤษฎีทาง กฎหมายที่ได้รับการคิดค้นขึ้นมาเป็นการเฉพาะ มิเช่นนั้นสิทธิของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจะ มากเกินการควบคุมและก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมได้ดังที่เคยปรากฏมาแล้วในประวัติศาสตร์⁷

ลักษณะของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ได้ปรากฏตัวในสังคมทำให้นักกฎหมายเข้ามาทำหน้าที่ใน การวางระบบทางกฎหมายที่แสดงถึงสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งแต่เดิมนั้นปรากฏเป็นศัพท์บัญญัติ แยกต่างหากกันไปตามประเภทของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่ละประเภทเป็นการเฉพาะ⁸ เนื่องจากมี ลักษณะที่แตกต่างกัน เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือ เครื่องหมายการค้า เพื่อให้เกิดความเหมาะสม และ ความสมดุลระหว่างสิทธิทางกฎหมายและผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้นการวิเคราะห์ผ่านแนวคิด ความสมดุลนี้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีเอกลักษณ์พิเศษเฉพาะตัว คือไม่ใช่สิทธิเด็ดขาดทาง กฎหมายที่ไม่สามารถยกเว้นได้ หากแต่เป็นสิทธิที่กฎหมายมอบให้เพื่อสร้างประโยชน์อันชอบธรรมแก่ ผู้ทรงสิทธิภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ทรงสิทธินั้นจะต้องเคารพต่อประโยชน์ทางสังคมบางประการอันเป็น การจำกัดผู้ทรงสิทธิมิให้มากเกินไปอันเป็นหลักการสำคัญ

⁵ คำว่า สิ่งใดสิ่งหนึ่ง (Things) ในงานฉบับนี้ใช้เพื่อการเรียกขานประเภทของทรัพย์สิน ทางปัญญาก่อนมีการกำหนดคำเรียกขานแต่ละประเภท ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ฯลฯ รวมไปถึงก่อนมีการใช้คำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา.”

⁶ Shoen Ono, *infra* note 15, p. 1-2.

⁷ Peter Drahos, *supra* note 1, p. 145-146.

⁸ Edward C. Walterscheid, The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective, (William S. Hein & Co., 2002), p. 38.

เมื่อแนวของมนุษย์มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องไม่หยุดนิ่งหรือเป็นพลวัตร ทำให้ประเภทของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการนิยามใหม่มีมากขึ้นในทุกยุคสมัย เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แผนผังภูมิวงจรรวม โปรแกรมคอมพิวเตอร์ การคุ้มครองพันธุ์พืช ฯลฯ ซึ่งบางประเภทก็ได้รับการพัฒนาขึ้นมาจากเทคโนโลยีตามยุคสมัยใหม่ ในทางตรงกันข้ามบางประเภทก็มีปรากฏตัวอยู่แล้วตั้งแต่อดีตแต่ไม่ได้ถูกนำมาอธิบายเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาเช่นในปัจจุบัน เพราะในยุคนั้นยังอาจไม่ได้มีการยอมรับ อย่างไรก็ตามแนวคิดเบื้องหลังของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้กล่าวมานี้เป็นการสังเคราะห์จากแนวคิดที่ก่อตัวขึ้นมาตั้งแต่อดีตและพัฒนาตัวอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน

2.2 แนวคิดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญา

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นคำที่ถูกสร้างขึ้นจากการรวมกันของกลุ่มคำและนิยามใช้กันอย่างแพร่หลายช่วงทศวรรษที่ 1950⁹ เนื่องจากแต่เดิมนั้นทรัพย์สินทางปัญญาถูกศึกษาและเข้าใจกันภายใต้คำว่า “ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง” โดยคำว่าทรัพย์สินทางปัญญานี้ยังได้มีการให้คำจำกัดความเป็นนิยามทางกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการพัฒนาการของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์นั้นแสดงให้เห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญามีได้เกิดขึ้นจากหลักการพื้นฐาน (Principles) ของเรื่องอย่างมวลรวมเสียก่อนแล้วจึงพัฒนานำไปสู่การออกหลักเกณฑ์ (Rules) ภายหลัง ในทางตรงกันข้ามทรัพย์สินทางปัญญาเกิดจากความเข้าใจในสิ่งใดสิ่งหนึ่งแยกออกจากกัน และภายหลังถูกนำมาพัฒนาเป็นองค์ความรู้ของแต่ละเรื่องมาจากต่างแหล่งที่มาขึ้น ๆ ได้แก่แนวความคิดและพื้นฐานของ ลิขสิทธิ์ (Copyright) สิทธิบัตร (Patent) และ เครื่องหมายการค้า (Trademark) ซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้มีการพัฒนา ปรับใช้ และเชื่อมโยงกับหลักการเบื้องหลังในตัวของสิ่งนั้นเองมาก่อน และในเวลาต่อมาได้มีการวิเคราะห์และสังเคราะห์หลักการเบื้องหลังของแต่ละสิ่งที่กล่าวมา ทำให้เห็นว่าสิ่งดังกล่าวนี้มีจุดพัฒนาการร่วมกันในประเด็นสำคัญ อันนำไปสู่การสร้างระบบกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม และใช้คำเรียกแทนสิ่งเหล่านั้นว่าทรัพย์สินทางปัญญาอย่างที่เราเห็นกันอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามจะต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าการนำสิ่งแต่ละสิ่งมารวมไว้ภายใต้หลักการเดียวกัน มิได้หมายความว่าสิ่งเหล่านั้นจะต้องมีหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้ รวมไปถึงการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายที่เหมือนกัน เช่น ลักษณะของการยกเว้นสิทธิในลิขสิทธิ์ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติให้เหมือนกับการยกเว้นสิทธิในเครื่องหมายการค้า ในทางตรงกันข้ามลักษณะของการยกเว้นสิทธิจะต้องสร้างขึ้นภายใต้เหตุผลที่เหมาะสมตามกฎหมาย และสอดคล้องกับหลักเหตุผลแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้นจึงควรพิจารณาจากพื้นฐานของสิทธิเป็นหลักจึงนำไปสู่การกำหนดข้อยกเว้น ทั้งนี้จะต้องเคารพถึงหลักการสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าของสิทธิและประโยชน์ของสังคมด้วย

⁹ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*.

คำอธิบายข้างต้นนั้นเป็นสิ่งที่ได้มีการคิด วิเคราะห์จากการพัฒนาเหตุผลของเรื่องตามเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ของมนุษย์ ซึ่งในเหตุการณ์ทั้งหลายนักกฎหมายผู้เป็นนักคิดแห่งยุคสมัยได้มีบทบาทเข้ามานำเสนอทฤษฎี ความคิดเห็นและแนวคิดผ่านเหตุการณ์นำไปสู่การวิเคราะห์และสังเคราะห์ร่วมกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างสิทธิที่มีความสมเหตุสมผลสำหรับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างเนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างไม่อาจทำให้เกิดความเป็นธรรมได้หากปรับใช้เข้ากับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยการสังเคราะห์ของนักคิดได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการหลายด้านที่ถูกนำมาพิจารณาไม่ว่าจะเป็นข้อความคิด (Concepts) หลักการ รวมไปถึงข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในชั้นศาลซึ่งมิติของพัฒนาการเหล่านี้เมื่อพิจารณาร่วมกันแล้วสามารถสังเคราะห์ได้เป็นสิทธิประเภทใหม่ที่มีการตั้งชื่ออย่างเป็นทางการว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวโดยสรุป คือ การที่นักคิดสามารถสังเคราะห์ประเภทของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ได้กล่าวมาข้างต้นไม่ว่าจะเป็น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือ เครื่องหมายการค้า โดยจัดให้อยู่ในหมวดหมู่ภายใต้ประเภทแห่งสิทธิเดียวกันได้นั้น มิใช่ว่าต้นกำเนิดของรูปแบบแต่ละประเภทนั้นเหมือนกัน แต่หากเป็นเพราะแนวความคิดที่ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างเหล่านี้มีเอกลักษณ์ที่เป็นพัฒนาการร่วมกันในแนวความคิดอยู่หลายประเด็นอยู่เบื้องหลัง ได้แก่ การเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ไม่มีรูปร่างที่มนุษย์นิยมใช้หาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและจำเป็นต้องมีการจำกัดสิทธิบางประการเพื่อไม่ให้สิทธิของผู้ทรงสิทธิมากเกินไปจนสมควร

จากรายละเอียดที่ได้นำเสนอไปข้างต้น ส่งผลให้วิธีการวิเคราะห์ และสังเคราะห์หลักการของทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถก่อให้เกิดความเข้าใจได้อย่างลึกซึ้งนั้นควรจะศึกษาเชิงประวัติศาสตร์เป็นประการแรกเพื่อให้เห็นถึงการก่อสร้างตัวของสิทธิตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันประกอบกับการศึกษาเชิงปรัชญาเป็นประการที่สอง¹⁰ ที่นักคิดได้นำเอาแนวคิดของแต่ละเรื่องมาหลอมรวมกันโดยใช้ศาสตร์ทางปรัชญาในการอธิบาย¹¹ ทำให้แนวทางการศึกษาทั้งสองประการข้างต้นมีความจำเป็นต่อการศึกษาวิชาทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอย่างยิ่ง โดยการนำเสนอรูปแบบนี้จะได้นำเสนอจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่เป็นส่วนสำคัญ โดยเฉพาะเหตุการณ์ที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อพัฒนาการของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งในบริบทเชิงทฤษฎีวิชาการ และ บริบทข้อต่อสู้จากข้อพิพาทในชั้นศาล ประกอบด้วยการนำเอาแนวคิดเชิงประวัติศาสตร์ที่ว่านั้นมาวิเคราะห์ สังเคราะห์โดยนักกฎหมายผ่านการใช้ศาสตร์ทางปรัชญาเพื่อให้เห็นความชัดเจน และแนวคิดหลักของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้มากขึ้น

¹⁰ งานเขียนฉบับนี้ใช้แนวทางการศึกษาประเด็นปัญหาตามหลักวิชา “นิติปรัชญา” โดยเป็นการค้นหาคำตอบของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จาก จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา,” (ดุชนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552); see also, Peter Drahos Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, (Dartmouth Publishing Company Limited, 1996).

¹¹ Peter Drahos, *supra* note 1, p. 30-32.

2.2.1 ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์

การบันทึกเชิงประวัติศาสตร์ได้ปรากฏเหตุการณ์สำคัญที่เป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการ และสร้างความเปลี่ยนแปลงสำหรับการก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันอยู่หลายเหตุการณ์ ซึ่งเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ส่วนใหญ่จะถูกจำกัดการพิจารณาอยู่ที่วัตถุแห่งสิทธิสามสิ่งหลักได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า เนื่องจากวัตถุเหล่านี้เป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยาวนานในสังคมมนุษย์ และพัฒนาตัวเองอย่างรวดเร็วเนื่องจากมนุษย์มีความจำเป็นต้องใช้ลักษณะของทรัพย์สินดังกล่าวเป็นจำนวนมาก สาเหตุเพราะสิ่งเหล่านี้ขาดเสียไม่ได้ในด้านเศรษฐกิจ การค้าและการดำเนินการทางธุรกิจ ดังนั้น เมื่อสิ่งใดที่มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจย่อมนำไปสู่การเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้ทรงสิทธิเรื่องผลประโยชน์ด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้นนักกฎหมายจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาควบคู่กับเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์เสมอเมื่อเกิดกรณีพิพาท จากเหตุการณ์เหล่านี้ทำให้เห็นถึงการเรียกร้องความเป็นธรรมทางกฎหมายที่ไม่เพียงพอในอดีต ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมจากการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว การศึกษาทางประวัติศาสตร์ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างพบว่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้เป็นที่รู้จักและได้รับความสนใจ เพราะเป็นสิ่งที่มนุษย์ใช้ในการประกอบกิจการทางการค้าซึ่งแม้สิ่งเหล่านั้นจะไม่มีรูปร่างที่สามารถจับต้องได้ แต่อย่างไรก็ตามสิ่งเหล่านั้นได้ผ่านการคิดและสร้างสรรค์ซึ่งเป็นผลผลิตจากความคิดของมนุษย์ ทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิเพื่อถือครองประโยชน์จากสิ่งดังกล่าวเป็นจำนวนมาก เมื่อเวลาผ่านไปสังคมได้มีการพัฒนาตนเองอย่างต่อเนื่อง ลักษณะแห่งความคิดสร้างสรรค์ รวมไปถึงลักษณะการค้าขายทางเศรษฐกิจได้พัฒนาตัวอย่างรวดเร็ว โดยปราศจากการรับรองสิทธิที่เหมาะสมทางกฎหมาย ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายซึ่งผู้ทรงสิทธิได้ใช้ช่องว่างดังกล่าวในการดำเนินการบางอย่างที่ทำให้สังคมได้รับความเสียหาย และมีข้อพิพาทระหว่างผู้ทรงสิทธิขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ซึ่งหากพิจารณาให้ดีแล้วลักษณะของความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาทางประวัติศาสตร์ที่จะนำเสนอต่อไปนี้แต่ละเหตุการณ์มีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างยิ่ง โดยส่วนใหญ่มักเป็นปัญหาเรื่องการบริหารผลประโยชน์ที่กฎหมายที่มอบให้ผู้ทรงสิทธิให้ผลลัพธ์ที่ไม่เป็นธรรมแก่สังคม

การวิเคราะห์ถึงเหตุผลทางประวัติศาสตร์นั้นมีข้อจำกัดเป็นประการสำคัญ คือ ความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในวัตถุแห่งสิทธิ ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีการพัฒนาตัวมาจาก ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า มิได้ถูกเรียกขานโดยรวมว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนั้นเพื่อให้เห็นถึงลักษณะวิวัฒนาการของสิ่งแต่ละประเภทและชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการร่วมกันของสิ่งสิ่งจึงมีความจำเป็นที่จะต้องแยกศึกษา เพื่อนำไปสู่การแสดงให้เห็นถึงการหลอมรวมของสิทธิให้อยู่ในประเภทเดียวกันโดยวิธีการสังเคราะห์ตามศาสตร์แห่งปรัชญาว่าด้วยพัฒนาการทางประวัติศาสตร์นี้ การศึกษาจะแบ่งออกเป็นสามช่วงเวลาได้แก่ ช่วงเวลาก่อนศตวรรษที่ 15 ช่วงระหว่างศตวรรษที่ 15-18 และช่วงเวลาหลังจากศตวรรษที่ 18 และต่อมาจะได้นำไปอธิบายในส่วนของการศึกษาทางปรัชญา โดยในผลสุดท้ายจะทำให้ความเข้าใจลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญามากยิ่งขึ้นจากเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังผ่านเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์

2.2.1.1 พัฒนาการของทรัพย์สินทางปัญญายุคก่อนศตวรรษที่ 15 โดยสังเขป

(1) สิทธิบัตรยุคก่อนศตวรรษที่ 15 มีผู้บันทึกไว้ว่ามีแนวคิดเกี่ยวกับการให้สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินบางอย่างที่มีลักษณะพิเศษมากกว่าความเป็นเจ้าของในกรรมสิทธิ์ ซึ่งแนวความคิดที่ว่านี้สังคมมนุษย์ได้รับรู้ว่ามีเกิดขึ้นนับตั้งแต่ยุคสมัยของกรีก-โรมันโบราณ การพัฒนาของสิทธิที่พิเศษนี้เกิดจากการที่มนุษย์ยอมรับว่ามีทรัพย์สินบางชนิดที่มีความพิเศษกว่าทรัพย์สินทั่วไป ซึ่งมีพัฒนาการจากการก่อตั้งระบบสมาคมวิชาชีพ (Guilds) สำหรับนักประดิษฐ์ หรือผู้สร้างสรรค์งานที่รวมตัวกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์ และพัฒนาฝีมือในชิ้นงานของตนให้มีคุณภาพ ความสวยงาม หรือความทนทานแก่ชิ้นงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นจนกลายเป็นมาตรฐานที่สมาคมที่ตนประจำอยู่ ทำให้ลักษณะชิ้นงานที่ผลิตออกจากสมาคมมีลักษณะที่พิเศษมากกว่างานที่ผลิตออกมาโดยทั่วไป ตามท้องตลาด¹² ดังนั้นลักษณะของเทคนิคการสร้างสรรค์ที่เพิ่มเติมลงไปในชิ้นงานย่อมสร้างคุณลักษณะให้ชิ้นงานนั้นมีเอกลักษณ์ที่เฉพาะเจาะจง เช่น นักประดิษฐ์ประจำสมาคมแก้วแห่งหนึ่งได้ใช้ทักษะของตนผลิตแก้วที่มีความทนทาน และรูปแบบสวยงามจากการสนับสนุนของสมาคมที่ตนประจำอยู่ และเมื่อนำแก้วที่ผลิตออกจำหน่ายสู่ตลาดก็就会有ความแตกต่างกับแก้วที่มีจำหน่ายอยู่เป็นการทั่วไป ดังนั้นเมื่อแก้วที่ประดิษฐ์จากสมาคมแก้วมีลักษณะเฉพาะตัว และยังมีคุณสมบัติที่แตกต่างจากแก้วทั่วไป ย่อมทำให้แก้วที่สร้างขึ้นผ่านสมาคมจำหน่ายได้ในราคาที่สูงกว่า นอกเหนือไปจากนี้ ผู้บริโภคภายในสังคมยังได้รับรู้ถึงเอกลักษณ์ของแก้วที่ผลิตจากสมาคมเป็นการเฉพาะอีกด้วย

ลักษณะของการพัฒนางานประดิษฐ์ที่มีการใช้ทักษะและความสามารถเฉพาะด้านเหล่านี้ทำให้ผลิตภัณฑ์สามารถสร้างมูลค่าเป็นผลกำไรสูงขึ้น จึงเป็นการชักนำกลุ่มบุคคลให้เข้ามาพัฒนาผลิตภัณฑ์มากขึ้น และแพร่หลายไปในหลายวงการของผลิตภัณฑ์ในช่วงเวลาต่อมา ส่งผลให้เศรษฐกิจและการค้าของมนุษย์มีความก้าวหน้ามากขึ้นตามไปด้วย ผลเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เกิดจากการใช้สิ่งประดิษฐ์ที่สร้างสรรค์ขึ้นมาใหม่เป็นเครื่องมือในการดำเนินการเป็นหลัก¹³ จากการพัฒนาตัวของเศรษฐกิจรวมไปถึงพัฒนาการของชิ้นงานที่ประดิษฐ์ออกมาทำให้สังคมได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการสร้างสรรค์ดังกล่าว ทำให้แนวคิดที่ว่าควรมีการให้การคุ้มครองในรูปแบบของสิทธิทางกฎหมายสำหรับการคิดค้นผลิตภัณฑ์แบบใหม่ที่สร้างสรรค์ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ เพื่อเป็นการเคารพความเป็นเจ้าของของบุคคลที่ลงแรง และใช้ความคิดของตนสร้างสรรค์ผลงานขึ้นซึ่งนอกจากจะทำประโยชน์ให้แก่ตนเองและสมาคมแล้วยังทำประโยชน์ให้แก่สังคมอีกด้วย ทั้งนี้การให้สิทธิตอบแทนยังเป็นการสร้างแรงจูงใจให้บุคคลทั่วไปมุ่งมั่นในการสร้างสรรค์พัฒนาสิ่งใหม่ออกมาเช่นกัน

¹² Vishwas Devaiah. “A History of Patent Law,” <http://altlawforum.org/publications/a-history-of-patent-law/>, January 15, 2014, p. 1-2.

¹³ Vishwas Devaiah, *Ibid.*, p. 2; see also, Edward Walterscheid, *supra* note 8.

ลักษณะของสิทธิพิเศษยิ่งกว่ากรรมสิทธิ์จึงถูกนำมาพิจารณา เพื่อสร้างสรรค์สิทธิประเภทใหม่ให้แก่บุคคลผู้เป็นคนประดิษฐ์ คิดค้น ออกแบบสิ่งเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม สิทธิที่ว่านี้ก็ปรากฏข้อบกพร่องหลายประการ เพราะกลับกลายเป็นว่าสิทธิที่พิเศษกว่ากรรมสิทธิ์ที่ถูกคิดค้นขึ้นมาแทนที่จะเป็นสิทธิที่มีลักษณะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยการกระตุ้นให้มีวิทยาการใหม่ ๆ ขับเคลื่อนเศรษฐกิจ การค้าขายให้มีการพัฒนาตัวมากยิ่งขึ้นเพื่อให้สมวัตถุประสงค์ที่ได้ตั้งเอาไว้ในส่วนก่อนหน้านี้ ในทางตรงกันข้ามสิทธิพิเศษดังกล่าวมิได้เป็นไปได้เพื่อพัฒนาสังคม แต่กลับพัฒนาไปสู่สิ่งที่เรียกสิทธิผูกขาด (Monopoly Rights)¹⁴ ที่คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยห้ามมิให้บุคคลอื่นเข้ามาละเมิดอย่างเด็ดขาดเช่นเดียวกับกรรมสิทธิ์ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิที่แท้จริง ซึ่งลักษณะแห่งสิทธิมีรูปแบบเดียวกันกับสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือกรรมสิทธิ์ แต่ต้องกล่าวว่าเป็นสิทธิที่มีใช้กรรมสิทธิ์ เพราะ เป็นกรรมสิทธิ์ที่เหนือกว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มีรูปร่างทั่วไป ด้วยเหตุที่ว่าสิทธิดังกล่าวจะตกติดไปกับตัวทรัพย์สินทั้งหมดทั้งมวลที่บุคคลนั้นได้คิดค้นขึ้น ส่งผลให้บุคคลสามารถอ้างตัวว่าตนเองคือผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของชิ้นงาน ย่อมสามารถอ้างสิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ ทำให้สังคมได้รับอันตรายจากการผูกขาดการใช้สิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เพราะ สังคมจะถูกผูกขาดโดยการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ทรงสิทธิของสิ่งของประเภทนั้น ๆ โดยเฉพาะลักษณะของชิ้นงานประดิษฐ์ที่มีลักษณะพัฒนาการเฉพาะตัว ย่อมถูกผูกขาดโดยระบบสมาคม ทั้งนี้ผู้ทรงสิทธิยังสามารถเข้าไปก้าวก้าวการบริหารสิทธิของประชาชนในสังคมที่ถือครองงานที่ตนสร้างสรรค์ได้อีกด้วย เหตุการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดลักษณะข้อพิพาทระหว่างเอกชนอย่างต่อเนื่อง

(2) เครื่องหมายการค้ายุคก่อนศตวรรษที่ 15 จากการสืบค้นงานเขียนทางวิชาการหลายฉบับต่างมีข้อมูลพิจารณาไปในทิศทางเดียวกันว่า เครื่องหมายการค้ามีปรากฏอยู่ในสังคมมนุษย์ตั้งแต่โบราณกาลแล้ว อย่างไรก็ตามการปรากฏตัวที่นี้อาจมิได้เป็นไปได้เพื่อการค้าขายเพียงอย่างเดียว แต่เป็นรูปแบบหรือลักษณะของเครื่องหมายที่มนุษย์ใช้เพื่อสร้างความแตกต่างระหว่างสิ่งของที่ตนเป็นเจ้าของกับสิ่งของที่เป็นของผู้อื่นในกรณี que สิ่งเหล่านั้นมีความคล้ายคลึงกัน จึงมีความจำเป็นต้องสร้างตรา สัญลักษณ์ หรือ เครื่องหมายบางอย่างเพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างอันเป็นผลมาจากเอกลักษณ์แห่งตราสัญลักษณ์ หรือ เครื่องหมายที่ว่านี้¹⁵ การใช้ตราสัญลักษณ์นี้อาจปรากฏบนสิ่งของลักษณะรูปแบบใดก็ได้ เช่น รูปภาพที่นักเดินเรือใช้สีทาลงบนเรือของตนแสดงถึงความเป็นเอกลักษณ์, นักรบใช้สีหรือสัญลักษณ์ประทับลงบนอาวุธ หรือเครื่องป้องกันเพื่อแสดงความกล้า และท้ายที่สุดพ่อค้าใช้ตราหรือสัญลักษณ์บางอย่างเพื่อให้สินค้าของตนมีเอกลักษณ์แตกต่างสินค้าของบุคคลอื่นขึ้นมา การกระทำเหล่านี้ล้วนเป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงลักษณะความเป็นเจ้าของ (Proprietary Marks) และ ความมีเอกลักษณ์ของสินค้าของบุคคลหนึ่งให้แตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่ง

¹⁴ Vishwas Devaiah, *Ibid.*, p. 2-3.

¹⁵ Shoen Ono, "Overview of Japanese Trademark Law," *The Japanese Original*, 1999, chapter 2, p. 1.

การใช้ตราสัญลักษณ์หรือตราการค้าของเหล่าพ่อค้านี้เองที่ได้รับความนิยมและใช้กันอย่างแพร่หลาย เนื่องจากทำให้ประชาชนสามารถรับรู้ได้ว่าเครื่องหมายนี้เป็นตัวแทนสินค้าของผู้ค้าคนใด จึงเป็นการอำนวยความสะดวกสำหรับการซื้อขายสินค้าเป็นอย่างยิ่ง ในเวลาต่อมาการใช้เครื่องหมายเชิงการค้าพาณิชย์ก็ถูกเรียกขานเป็นที่รู้จักกันในนาม “เครื่องหมายของพ่อค้า (Merchant’s Marks)”¹⁶ ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในช่วงศตวรรษที่ 10 โดยการใช้เครื่องหมายยังคงวัตถุประสงค์เดิม คือ เพื่อแสดงเอกลักษณ์ของสินค้า รวมไปถึงการทำให้สินค้าแต่ละชิ้นมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้เมื่อระบบเครื่องหมายมีการพัฒนามากขึ้น เครื่องหมายของพ่อค้าก็ได้กลายเป็นตัวบ่งบอกคุณสมบัติหลายประการเพื่อจำแนกความแตกต่างของสินค้าให้ชัดเจนยิ่งขึ้นนอกเหนือไปจากความเป็นเจ้าของสินค้า ไม่ว่าจะเป็นลักษณะทางกายภาพ คุณภาพ หรือแม้กระทั่งแหล่งที่มาของสินค้าทั้งระหว่างผู้ค้าและระหว่างผู้ค้ากับผู้บริโภค กล่าวคือ เครื่องหมายของพ่อค้านี้เองเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้ ไม่มีรูปร่าง เป็นเพียงตราสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายที่ใช้ทำหน้าที่บ่งบอกลักษณะของสินค้าที่มีได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะตัวเจ้าของ แต่รวมไปถึงคุณสมบัติของสินค้าอย่างอื่นด้วยจึงเป็นการเพิ่มการแข่งขันเชิงพาณิชย์ให้มีการนำเอาสินค้านำมาเสนอกันในตลาดเพื่อจูงใจผู้บริโภคให้หันมาบริโภคสินค้าของตนด้วย อย่างไรก็ตามในช่วงศตวรรษนี้แม้จะมีความนิยมในการใช้เครื่องหมายของพ่อค้าอย่างแพร่หลาย แต่ก็ยังมิได้มีการสร้างระบบกฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิ หน้าที่ของเจ้าของ รวมไปถึงขอบเขตในการบริหารสิทธิของพ่อค้าว่ามีลักษณะประการใด จึงอาจกล่าวได้ว่าเครื่องหมายในช่วงศตวรรษนี้เป็นไปในเชิงพาณิชย์โดยไม่มีข้อความคิดของนิติศาสตร์เข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ การแสวงประโยชน์โดยมิชอบไม่จะเป็นการแอบอ้าง การใช้ หรือการปลอมแปลงเครื่องหมายโดยเจ้าของเครื่องหมายที่แท้จริงไม่ได้ให้อนุญาตให้กระทำการดังกล่าวเนื่องจากไม่มีบทกฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิด ความไม่เป็นธรรมจึงเริ่มก่อตัวขึ้นในสังคม

(3) ลิขสิทธิ์ยุคก่อนศตวรรษที่ 15 นั้นมิได้ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าได้ถือกำเนิดภายใต้งานลักษณะใดเป็นประเภทแรกอย่างแน่ชัด อย่างไรก็ตามจากการค้นคว้าพบว่าลิขสิทธิ์เริ่มมีการรับรู้จากสังคมมนุษย์โดยมีบันทึกอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรในสมัยยุคหลังศตวรรษที่ 15 (ช่วงยุคกลาง) มาแล้ว¹⁷ โดยงานที่ได้รับความนิยมและได้รับการพูดถึงเป็นลำดับต้น คือ งานวรรณกรรมที่มีการเรียกร้องสิทธิในผลประโยชน์จากการพิมพ์งานวรรณกรรมเผยแพร่และจำหน่ายสู่สังคมระหว่างผู้สร้างสรรค์งานกับเจ้าของสำนักพิมพ์ผู้เป็นคนกลางในการจัดพิมพ์งานวรรณกรรมดังกล่าว เพราะผู้สร้างสรรค์ไม่มีทุนหรืออุปกรณ์เพียงพอ ซึ่งมีลักษณะความซับซ้อนในข้อความคิดทางกฎหมายหลายส่วนด้วยกันไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง รวมไปถึงบริบททางกฎหมายลักษณะสัญญาด้วย โดยในส่วนรายละเอียดจะกล่าวให้ทราบในหัวข้อถัดไป

¹⁶ Shoen Ono, *Ibid.*, p. 5-6.

¹⁷ Kathy Bowrey, “Who’s Writing Copyright’s History?,” European Intellectual Property Review, p. 322-323.

2.2.1.2 พัฒนาการของทรัพย์สินทางปัญญาตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15 โดยสังเขป

(1) สิทธิบัตรตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15 มีประเด็นการศึกษาที่เป็นจุดหักเหสำคัญอยู่ที่ประเทศอังกฤษ สืบเนื่องจากระบบสมาคมที่ได้มีการพัฒนาขึ้นมาในยุคก่อนศตวรรษที่ 15 ที่ได้นำเสนอไปแล้วเกี่ยวกับการรวมตัวของกลุ่มบุคคลเพื่อประดิษฐ์ชิ้นงานที่มีลักษณะพิเศษกว่าทั่วไป โดยอาศัย ฝีมือ ทักษะ รวมไปถึงความคิดที่สร้างสรรค์ลงไปชิ้นงาน และเมื่อมีการให้สิทธิทางกฎหมายที่พิเศษยิ่งกว่าสิทธิธรรมดา ส่งผลให้มีการพัฒนาสิ่งของรูปแบบใหม่จำหน่ายออกสู่ท้องตลาดมากขึ้น¹⁸ เพราะบุคคลมีแรงจูงใจให้พยายามสร้างผลงานรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้นมาอันเนื่องมาจากสิทธิและผลตอบแทนที่ตนเองจะได้รับหากสามารถสร้างสรรค์ผลงานได้สำเร็จ ส่งผลให้เศรษฐกิจและการค้าขายมีแนวทางที่พัฒนาก้าวหน้าไปมากขึ้น ในทางตรงกันข้ามสิทธิที่ว่านี้เป็นกรรมสิทธิ์เหนือกรรมสิทธิ์ที่ตกติดไปกับทรัพย์สินทุกชิ้นที่ได้มีการสร้างสรรค์ขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมจากแนวความคิดและมีการออกจำหน่ายทำให้เกิดการบังคับใช้สิทธิอย่างผูกขาดโดยเจ้าของสิทธิ

สถานการณ์ภายในอังกฤษนั้นได้มีการก่อตัวขึ้นของสมาคมต่าง ๆ เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ข้างต้น แต่มีข้อสังเกตเป็นประการสำคัญเกี่ยวกับสิทธิพิเศษยิ่งกว่ากรรมสิทธิ์นี้มีได้มอบให้โดยกฎหมายบัญญัติ แต่เป็นสิทธิเด็ดขาดของกษัตริย์ผู้ปกครองที่จะมอบให้ผู้ใดก็ได้เท่านั้น กล่าวคือบุคคลใดจะได้สิทธิพิเศษยิ่งกว่ากรรมสิทธิ์สำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือเรียกเป็นชื่อเฉพาะว่า “สิทธิบัตร”¹⁹ จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความพึงพอใจจากกษัตริย์เท่านั้น การกำหนดหลักการได้มาซึ่งสิทธิในลักษณะนี้ทำให้ยุคสมัยดังกล่าวเกิดความไม่ยุติธรรมและข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลขึ้นอย่างแพร่หลาย เนื่องจากกษัตริย์มักมอบสิทธิบัตรให้บุคคลผู้ที่ตนพึงพอใจ หรือมีผลประโยชน์ต่อราชวงศ์ และเหตุผลอื่นอีกหลายประการที่เป็นตามพระหฤทัยของกษัตริย์ ซึ่งมีได้ยึดโยงอยู่กับหลักความเป็นธรรมและหลักการของกฎหมายแต่อย่างใด เมื่อสิทธิเด็ดขาดอยู่ในเจตจำนงของกษัตริย์แล้ว ข้อความคิดเรื่องสิทธิพิเศษยิ่งกว่ากรรมสิทธิ์ที่มีมาแต่เดิม คือ บุคคลผู้สร้างสรรค์ผลงานย่อมได้รับสิทธิพิเศษบางประการ เพราะมีการลงแรงใช้ความสามารถทำให้งานนั้นมีความแตกต่างและมีประสิทธิภาพมากกว่างานทั่วไป กล่าวคือ เพื่อเป็นการตอบแทนความวิริยะอุตสาหะของบุคคล ก็ได้ถูกบิดเบือนไปเป็นลักษณะสิทธิที่ไม่มีข้อยกเว้น และเป็นไปตามอำเภอใจของบุคคลผู้มีอำนาจเท่านั้น ทำให้สิทธิบัตรสามารถมอบให้ให้กับทุกสรรพสิ่งไม่ว่าจะเกิดจากการประดิษฐ์ขึ้นสูงหรือเป็นผลิตภัณฑ์ธรรมดาที่มีอยู่ทั่วไป นอกจากนี้ยังไม่มีกำหนดระยะเวลาการให้สิทธิ ทำให้ผู้ได้รับสิทธินั้นใช้สิทธิอย่างไม่ชอบธรรม เช่น การตั้งราคาสินค้าสูงจนเกินความเหมาะสมโดยเฉพาะกรณีสินค้าธรรมดาที่ไม่ควรจะได้รับสิทธิพิเศษของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือการผูกขาดสินค้าที่ไม่สามารถให้ผู้อื่นมีสิทธิในการแข่งขันได้เลย ทำให้ประชากรในสังคมได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรง²⁰

¹⁸ Vishwas Devaiah, *supra* note 12, p. 3-4.

¹⁹ คำว่า สิทธิบัตร (Patent) อาจแปลความได้ว่าบัตร (เอกสาร) ที่ใช้แสดงสิทธิ.

²⁰ Vishwas Devaiah, *supra* note 12, p. 5-8.

คดี “Darcy v. Allin”²¹ เป็นข้อพิพาทสำคัญที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิโดยมิชอบ เหตุเกิดขึ้นจากความไม่ชอบธรรมที่บุคคลในสังคมได้รับจึงส่งผลให้เกิดการเรียกร้องสิทธิของตนจากศาลยุติธรรม โดยคดีดังกล่าวมีข้อพิพาทโต้แย้งกันหลายประเด็นอันเป็นสาระสำคัญที่ส่งผลต่อแนวคิดและหลักปฏิบัติ รวมไปถึงการพัฒนาตัวของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจนถึงปัจจุบัน คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในยุคสมัยนั้น อำนาจในการให้สิทธิบัตรเป็นอำนาจตามอำเภอใจของกษัตริย์อย่างเด็ดขาดที่จะให้แก่ผู้ใด รวมไปถึงกับสิ่งของประเภทใดก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องเป็นลักษณะสิ่งของที่ใช้ทักษะ หรือความสามารถในการสร้างหรือประดิษฐ์แต่อย่างใด รวมถึงสิทธิดังกล่าวไม่มีการจำกัดเวลาซึ่งเท่ากับว่าบุคคลที่ได้สิทธิจากกษัตริย์ไปย่อมมีอำนาจในการบริหารสิทธิอย่างผูกขาดโดยไม่จำกัดระยะเวลา กับสิ่งของที่ตนได้รับสิทธิมานั้น ข้อพิพาทเริ่มขึ้นจากโจทก์ (Darcy) ได้รับสิทธิบัตรจากกษัตริย์แต่เพียงผู้เดียวในการจำหน่าย “ไพ่ (Cards)” ในอังกฤษ และโจทก์ได้มีการบังคับใช้สิทธิของตนอย่างเคร่งครัดต่อผู้ที่กระทำการละเมิด กล่าวคือ หากมีบุคคลใดจำหน่ายไพ่อันเป็นการแข่งขันกับตนจะต้องถูกดำเนินการตามกฎหมาย ในการนี้จำเลย (Allin) ซึ่งเป็นผู้ทำการค้าขายสินค้าดังกล่าวจึงถูกร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลว่าเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดของโจทก์ คดีพิพาทนี้มีส่วนเหตุผลในคำให้การของจำเลยที่เขียนขึ้นเพื่อเป็นการโต้แย้งคำฟ้องของโจทก์ โดยคำให้การที่เขียนขึ้นประกอบไปด้วยแนวคิด หลักการที่มีการวิเคราะห์อย่างคมคาย และสมเหตุสมผล ทำให้คำให้การนี้เป็นรากฐานแนวคิดของกฎหมายสิทธิบัตรอย่างที่เป็นในปัจจุบัน ความว่า “บุคคลจะพึงได้รับสิทธิผูกขาดในสิทธิบัตรต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ใช้ความสามารถของตนเองในการประดิษฐ์ คิดค้นสิ่งใหม่ที่ไม่เคยปรากฏให้เห็นมาก่อน เพื่อประโยชน์ต่ออาณาจักร ในกรณีนี้กษัตริย์อาจให้สิทธิบัตรแก่บุคคลนั้นเพื่อเป็นการตอบแทนในระยะเวลาอันสมควร”²²

คำให้การของจำเลยที่เขียนขึ้นข้างต้นเป็นการกำหนดวัตถุประสงค์แห่งสิทธิในทางกฎหมายที่ควรได้รับการคุ้มครอง คือ ต้องเป็นสิ่งที่ใช้ความสามารถในการสร้างและมีขึ้นใหม่ เพื่อเป็นการเคารพถึงความสามารถ ความสร้างสรรค์ วิริยะอุตสาหะของผู้ประดิษฐ์ให้ควรได้รับสิทธิพิเศษบางประการตามกฎหมาย นอกจากนี้เพื่อให้สังคมได้รับผลประโยชน์จะต้องมีการจำกัดสิทธิดังกล่าวให้อยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่เจ้าของสิทธิจะสามารถบริหารสิทธิได้ และเมื่อสิ้นสิทธิแล้วสังคมจะสามารถใช้ประโยชน์จากงานชิ้นนั้นได้ต่อไป

²¹ The Case of Monopolies Darcy v. Allin, 1572.

²² The Case of Monopolies Darcy v. Allin, *Ibid.*, แปลมาจากข้อความที่ปรากฏดังต่อไปนี้ “where any man by his own charge and industry or by his own wit or invention, doth bring any new trade into the relam, or any engine tending to the furtherance of a trade, that never was used before, --and that for the good of the relam, --that in such cases the king may grant to him a monopoly right patent for some reasonable time, until he subjects may learn the same, in consideration of the good that he doth bring by his invention to the Commonwealth; otherwise not.”

(2) เครื่องหมายการค้าตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15 นั้นเรียกได้ว่าเป็นยุคเริ่มต้นที่เครื่องหมายการค้าเข้ามามีบทบาทและความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจการค้าอย่างมีนัยสำคัญ จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นเครื่องมือที่มีส่วนขับเคลื่อนกิจการค้าขายและบริการให้มีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น เนื่องจากกลุ่มพ่อค้าเมื่อมีความประสงค์ที่จะจำหน่ายสินค้าย่อมต้องการรูปภาพ ตรา หรือ สัญลักษณ์ ในการนำเสนอสินค้าของตนให้มีความแตกต่างจากสินค้าของผู้อื่น เมื่อลักษณะของการค้าขายเกิดขึ้นย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะมีการแสวงประโยชน์ที่ไม่ชอบธรรมจากเครื่องหมายของสินค้าที่มีคุณภาพดีหรือที่มีชื่อเสียงเป็นที่ได้รับความนิยมของประชาชนในสังคม กล่าวคือเป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งนำเอาเครื่องหมายของบุคคลอื่นมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อแสวงประโยชน์โดยมิชอบสถานการณ์เช่นนี้นักกฎหมายมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาทำหน้าที่ในการสร้างรูปแบบของกฎหมายเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง และมอบหมายหน้าที่แก่ประชาชนในสังคมในฐานะบุคคลที่สามที่จะต้องให้การเคารพสิทธิดังกล่าวของผู้ทรงสิทธิด้วย²³ อันเป็นการนำไปสู่การป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายโดยชอบธรรม

สถานการณ์ที่กล่าวมาข้างต้นทำให้เกิดการตื่นตัวทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า เพราะหลายประเทศเริ่มดำเนินการบัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าจากหลักฐานที่บันทึกไว้พบว่าฝรั่งเศสเป็นที่แรกที่มีการให้สิทธิตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยฝรั่งเศสได้สร้างระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าผ่านการบัญญัติกฎหมายชื่อว่า "Manufacture and Goods Mark Act 1857"²⁴ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายแก่เครื่องหมายการค้าได้ภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์จะต้องนำเอาเครื่องหมายของตนเข้าสู่ระบบจดทะเบียนที่ภาครัฐเป็นผู้ดูแล โดยระบบจดทะเบียนจะประกอบไปด้วยขั้นตอนและเงื่อนไขบางประการ เพื่อให้ได้มาซึ่งทะเบียนแห่งสิทธิในการใช้ยื่นหรืออ้างสิทธิของตนต่อบุคคลอื่น เมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่าระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านี้แสดงให้เห็นว่าความคุ้มครองทางกฎหมายเริ่มจากการที่รัฐเป็นผู้เข้ามามีบทบาทในการรับรู้ให้สิทธิแก่เครื่องหมายที่จดทะเบียนจากเจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์ที่เข้ามาในฐานะผู้ขอรับความคุ้มครองจากรัฐ โดยรัฐจะตอบแทนการนำทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างดังกล่าวเข้ามาในระบบโดยการให้สิทธิประเภทหนึ่ง นอกจากการให้สิทธิข้างต้นแล้ว ในทางตรงกันข้ามกฎหมายฉบับนี้ก็สร้างข้อจำกัดสิทธิโดยการกำหนดการสิ้นสุดสิทธิไปหากไม่มีการใช้เครื่องหมายในทางปฏิบัติเช่นเดียวกันเพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิให้มีมากเกินไปจนสมควร กล่าวคือเป็นการกำหนดให้มีความคุ้มครองทางกฎหมายประเภทสิทธิอย่างมีข้อจำกัดบางประการ และสิทธิที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับตามกฎหมายเป็นสิทธิในการหวงกั้นเครื่องหมายจากบุคคลอื่น โดยรัฐเป็นผู้มอบให้ผ่านระบบการขึ้นทะเบียน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายมิให้ถูกละเมิด

²³ Shoen Ono, *supra* note 15, p. 2.

²⁴ Shoen Ono, *Ibid.*, p. 3-4.

พัฒนาการของกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ขยายตัวจากฝรั่งเศสไปสู่ อังกฤษ ซึ่งก็ประสบกับสถานการณ์ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยใช้วิธีการลงขาย (Passing Off)²⁵ กันเป็นจำนวนมาก²⁶ ทำให้อังกฤษมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการบัญญัติกฎหมายชื่อว่า "The Merchandise Marks Act 1862" และ มีการปรับปรุงเรื่อยมาจนออกมาเป็นกฎหมาย "Trade Marks Registration Act 1875"²⁷ ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นการสร้างและวางรากฐานระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบเดียวกับที่ ฝรั่งเศสได้มีการพัฒนามาก่อนหน้านี้แล้ว ในบริบทที่รัฐเข้ามารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมาย ในทางตรงกันข้ามก็เพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมด้วย เพราะเมื่อมีการนำเอาเครื่องหมายเข้าสู่ระบบทะเบียนแล้วส่งผลให้ ประชาชนในสังคมจะรับรู้เป็นการทั่วไปว่าเครื่องหมายนี้เป็นของผู้ใด เพราะกฎหมายกำหนดให้ เครื่องหมายที่ขึ้นทะเบียนจะต้องมีการโฆษณา จึงไม่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิด หรือการอ้างสิทธิโดยไม่สุจริต รวมไปถึงการลงขายซึ่งลวนแล้วแต่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายด้วยกัน ทั้งสิ้น กฎหมายข้างต้นที่กล่าวมานี้เองเป็นแรงผลักดันให้ประเทศอื่นนำเอารูปแบบดังกล่าวไปพัฒนา ให้มีรูปแบบคล้ายคลึงกันไม่ว่าจะเป็น เยอรมัน สหรัฐอเมริกา ฯลฯ

กล่าวโดยสรุปได้ว่าการพัฒนาการของความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า นั้นกฎหมายมุ่งประสงค์มีการนำเอาเครื่องหมายเข้าสู่ระบบทะเบียนของรัฐเพื่อให้ผู้บริโภคสินค้ารับรู้ ได้ว่าสินค้าหรือบริการนี้เป็นของบุคคลใด และในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิไม่ว่าด้วยวิธีการใดย่อมมี บทลงโทษทางกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยรัฐเป็นผู้เข้ามามี บทบาทในการคุ้มครองและรักษาความเรียบร้อย สาเหตุทั้งหมดนี้ก็เนื่องมาจากสถานการณ์ในสังคมที่ การใช้เครื่องหมายเพื่อดำเนินการทางธุรกิจทำให้เครื่องหมายมีมูลค่า หรือสามารถทำประโยชน์ให้แก่ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิได้อย่างมหาศาล ย่อมเป็นประเด็นให้มีการละเมิดไม่ว่าจะเป็นการลอก การ เลียนแบบ หรือ การลงขายเพื่อการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากบุคคลที่สามเป็นเหตุให้เจ้าของเสีย ผลประโยชน์ กล่าวคือ แนวทางการกำหนดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในเครื่องหมายการค้ามีแนวคิดพื้นฐาน มาจากลักษณะการกระทำละเมิดของบุคคลที่สามกฎหมายจึงต้องกำหนดสิทธิให้แก่เจ้าของเพื่อ ปฏิเสธการกระทำอันเป็นการละเมิด ทำให้กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่พิเศษเพราะเป็น การคุ้มครองผลประโยชน์ทั้งผู้ทรงสิทธิและสังคมไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตามสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่ กฎหมายกำหนดข้างต้นเป็นคนที่ละเมิดกับสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเพื่อแสวงประโยชน์โดย ขอบธรรม เนื่องจากเป็นสิทธิที่เกิดจากลักษณะทางธรรมชาติโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมามอบให้อยู่แล้ว

²⁵ การลงขาย (Passing Off) หมายถึงการที่บุคคลหนึ่งลงบุคคลอื่นโดยใช้เครื่องหมาย ที่มีชื่อของตนในการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการ.

²⁶ Shoen Ono, *supra* note 15, p. 2-3.

²⁷ Shoen Ono, *Ibid.*, p. 3.

(3) ลิขสิทธิ์ตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 15 จากการศึกษาพบว่าลิขสิทธิ์ได้ก่อกำเนิดตัวเองภายใต้รูปแบบของชิ้นงานตั้งแต่อดีตแล้ว แต่ไม่ได้มีการนำเอาแนวคิด หรือมีการสร้างสิทธิเพื่อบังคับใช้ให้เป็นระบบทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์เสียเท่าใดนัก ในทางกลับกันลิขสิทธิ์ยังถูกนิยามในรูปแบบของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างตามแนวคิดเดิมที่ได้นำเสนอไปแล้ว ทำให้มีลักษณะการบังคับใช้เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สินหรือหลักกรรมสิทธิ์ที่เป็นสิทธิโดยเด็ดขาด และในบริบทการทำธุรกิจ การค้า ลิขสิทธิ์ก็ได้รับความนิยมสำหรับการจำหน่ายจ่ายโอนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงยุคศตวรรษหนึ่งนั้นงานวรรณกรรมเป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายเนื่องจากเป็นสิ่งเดียวที่ผู้เขียนสามารถสื่อสารกับคนในสังคมได้เป็นจำนวนมากในคราวเดียวกัน ดังนั้น ผลประโยชน์จากการจำหน่ายงานวรรณกรรมที่เผยแพร่ต่อสาธารณชนจึงมีปริมาณมหาศาล ซึ่งทำให้ผู้สร้างสรรค์ชิ้นงานได้มีการเรียกร้องผลประโยชน์ของตนจากเจ้าของสำนักพิมพ์ที่เข้าตัวงานเพื่อเผยแพร่ต่อสังคม

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าลิขสิทธิ์ในยุคนี้ถูกจัดอยู่ในประเภทของสิทธิพิเศษ หรือ เอกสิทธิ์ (Privileges) รูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิของราชวงศ์หรือกษัตริย์ที่จะมอบให้แก่บุคคลใดก็ได้แล้วแต่ความประสงค์²⁸ ลักษณะการกำหนดสิทธิรูปแบบนี้เป็นเช่นเดียวกับกรณีของสิทธิบัตรในยุคเดียวกันที่ได้อธิบายไปในส่วนก่อนหน้านี้ เอกสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นลิขสิทธิ์ในช่วงต้นนิยมให้แก่งานวรรณกรรม หรือสิ่งเขียนเนื่องจากเป็นชิ้นงานที่ได้รับความนิยมและมีการแพร่หลายเป็นอย่างมากในยุโรป²⁹ เนื่องจากปฏิเสธไม่ได้เลยว่าลักษณะของงานวรรณกรรมสามารถแพร่ขยายตัวได้อย่างรวดเร็ว และสามารถทำกำไรได้อย่างมหาศาล ซึ่งเป็นผลมาจากการเลือกเสพสื่อของมนุษย์ในสังคมยุคนั้นมักมีงานวรรณกรรมรวมอยู่ด้วยเป็นลำดับต้น ดังนั้น เมื่อมีเรื่องผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องจึงส่งผลให้เกิดประเด็นการแบ่งผลประโยชน์ระหว่างผู้เขียนหรือผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมกับสำนักพิมพ์ นำไปสู่การอาศัยกฎหมายเข้ามากำหนดกรอบกติกาสิทธิหน้าที่ระหว่างกัน ในอังกฤษได้มีการแบ่งแยกกลุ่มสมาคมกันอย่างชัดเจนซึ่งกลุ่มที่มีอิทธิพลมากในสังคมยุคนั้น คือ กลุ่มผู้ขายหนังสือ (Booksellers) และ สำนักพิมพ์ (Printers) ซึ่งเป็นการตกลงระหว่างกันสำหรับการแบ่งผลประโยชน์ ส่วนนักเขียนจะได้รับการรักษาสิทธิคือการพิมพ์ชื่อของตนในฐานะผู้เขียนของหนังสือทุกเล่มที่ได้รับการพิมพ์ออกไปอันเป็นที่มาของ “ธรรมสิทธิ (Moral Rights)” หรือการที่กฎหมายยอมรับสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในฐานะที่จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง และได้รับการยอมรับเสมอไม่ว่างานของตนจะถูกโอนไปแล้วก็ตามอย่างที่ยังคงใช้กันอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าสิทธิพิเศษในการพิมพ์ที่กล่าวมาเป็นรากฐานของลิขสิทธิ์ในปัจจุบันเช่นเดียวกัน³⁰

²⁸ Kretschmer M. & Kawhol F., The History and Philosophy of Copyright in Music and Copyright, (Edinburgh, 2014), p. 22.

²⁹ Kretschmer, M., *Ibid.*, p. 23.

³⁰ Kretschmer, M., *Ibid.*, p. 25.

ระบบที่ได้กล่าวข้างต้นนี้มีจุดที่ทำให้เกิดข้อพิพาทสำคัญ คือ ปัญหากลุ่มผู้ได้รับผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งที่ได้รับโดยตรง คือ ผู้สร้างสรรค์งาน และ ที่ได้รับทางอ้อม คือ เจ้าของสำนักพิมพ์ที่มีการจ่ายเงินค่าตอบแทนให้กับผู้สร้างสรรค์เพื่อพิมพ์ผลงานเหล่านั้น ออกจำหน่าย โดยมีการเรียกร้องสิทธิของตนในเรื่องค่าตอบแทนในประเด็นที่ว่าควรจะมีการจัดเก็บและเรียกร้องกันอย่างไร นอกเหนือจากนี้ลักษณะแห่งสิทธิในการทำซ้ำที่เป็นสิทธิพิเศษยิ่งกว่ากรรมสิทธิ์ควรจะตกอยู่กับผู้ใด³¹ เนื่องจากความคุ้มครองของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินไม่สามารถคุ้มครองการทำซ้ำของงานได้ เพราะหากบุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสิ่งใดแล้ว บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิทุกประการต่อทรัพย์สินของตนซึ่งหากหมายรวมการทำซ้ำด้วยเจ้าของลิขสิทธิ์จะเสียประโยชน์อย่างมาก ดังนั้น สิทธิตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินจึงไม่สามารถตอบสนองลักษณะของงานวรรณกรรมได้ ทำให้ในเวลาต่อมาได้มีการบัญญัติกฎหมายชื่อว่า “Statute of Anne 1710”³²

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้วางรากฐานของงานวรรณกรรมขึ้นเพื่อจัดการแก้ไขปัญหาที่สังคมกำลังประสบอยู่ โดยมีการกำหนดสิทธิทางกฎหมายเพื่อให้ผู้เป็นเจ้าของงานนั้นมีสิทธิทำซ้ำแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights to Copy or Copyright) เพื่อเป็นการประกันสิทธิของผู้เป็นเจ้าของงานวรรณกรรมให้ได้รับความเป็นธรรม นอกเหนือไปจากนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดระยะเวลาเกี่ยวกับการหมดไปซึ่งสิทธิ เพื่อให้สิทธิสิ้นสุดสภาพและสังคมจะนำเอางานชิ้นดังกล่าวไปใช้เพื่อศึกษาพัฒนาต่อไป จึงนับได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวมีทั้งการให้สิทธิพิเศษชนิดใหม่ที่มีใช้กรรมสิทธิ์และเป็นการสร้างความสมดุลทางกฎหมายในเวลาเดียวกัน³³ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะแห่งสิทธิที่ว่านี้แล้วอาจพิจารณาได้ว่าลักษณะแห่งลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นมีความแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตร เพราะ มีลักษณะเฉพาะตัวตามเหตุผลทางประวัติศาสตร์ในกรณีนี้คือการเรียกร้องสิทธิในการทำซ้ำซึ่งเป็นประเด็นต่อเนื่องมาจากการเรียกร้องผลประโยชน์ระหว่างผู้ทรงสิทธิและสำนักพิมพ์ แต่มีจุดร่วมกัน คือ การสร้างสิทธิสำหรับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างขึ้นมาเป็นการเฉพาะ

2.2.1.3 สังเคราะห์แนวคิดพัฒนาการทางประวัติศาสตร์

การศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ของพัฒนาการแห่งทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจากลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสาม ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า พบว่าแนวคิดเบื้องหลังที่ถูกสร้างขึ้นมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน สาเหตุเนื่องมาจากบริบทการพัฒนาที่แตกต่างกันเชิงประวัติศาสตร์ ในการนี้ขอสรุปประเด็นของลักษณะแห่งสิทธิทั้งสามประการ ดังนี้

³¹ Martin Kretschmer with Lionel Bently and Ronan Deazley, *Introductory Chapter Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, (Cambridge: OpenBook, 2010), p. 4.

³² Kretschmer M., *supra* note 28, p. 25-26.

³³ Kretschmer M., *Ibid.*, p. 26.

(1) หลักแนวคิดของสิทธิบัตร เกิดขึ้นจากการรับรู้ของสังคมที่มีการผลิตสร้างสรรค์ชิ้นงานใหม่ที่มีมาตรฐานในด้านต่าง ๆ ที่สูงกว่าชิ้นงานโดยทั่วไป ซึ่งลักษณะการสร้างสรรค์ชิ้นงานเหล่านี้เป็นผลมาจากการใช้ความคิดสร้างสรรค์ การลงแรงความวิริยะอุตสาหะ รวมถึงทักษะที่พิเศษกว่าบุคคลทั่วไป ทำให้เกิดการรวมตัวกันเป็นสมาคมเพื่อสร้างสรรค์ลักษณะของชิ้นงานที่มีความเฉพาะเจาะจง ส่งผลให้มีการสร้างรายได้ทางการค้าและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล

เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเกิดความคิดที่จะให้มีการคุ้มครองในลักษณะทางกฎหมายแก่ความคิดที่ส่งผลให้มีการสร้างชิ้นงานที่มีลักษณะพิเศษนี้โดยเป็นการเคารพความเป็นเจ้าของผู้คิดค้นสร้างสรรค์งานในรูปแบบสิทธิประเภทใหม่ที่สร้างขึ้นมาโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามเมื่อแนวคิดที่ว่านี้มีการก่อตัวขึ้นเป็นลักษณะแห่งสิทธิแล้วกลับตกอยู่ภายใต้ดุลยพินิจหรืออำนาจของกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มเดียวได้แก่ กษัตริย์ที่จะเลือกให้สิทธิพิเศษ หรือ เรียกว่า “สิทธิบัตร” แก่ผู้ใดและสำหรับงานลักษณะใดก็ได้โดยไม่มีการจำกัด ลักษณะแห่งการให้สิทธิรูปแบบดังกล่าวนอกจากจะทำให้เกิดการผูกขาดในสิทธิอันส่งผลกระทบให้สังคมได้รับความเดือดร้อนแล้ว ยังเป็นการทำลายแนวคิดที่ได้มีการคิดค้นและพัฒนาอย่างต่อเนื่องว่าการให้สิทธิพิเศษจะต้องให้กับงานที่พิเศษอีกด้วย เมื่อเหตุการณ์เป็นเช่นนี้จึงเกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมแสดงให้เห็นผ่านข้อพิพาทระหว่าง Darcy v. Allin ที่ได้นำเสนอไปนั้นเป็นการนำเสนอถึงข้อโต้แย้งของจำเลยที่มีต่อโจทก์อันเป็นการอธิบายแก่นของสิทธิบัตรได้เป็นอย่างดี

ลักษณะของสิทธิพิเศษที่เรียกว่าสิทธิบัตรนั้น สำคัญ คือ จะต้องเป็นงานที่มีลักษณะพิเศษกว่างานทั่วไป โดยผ่านกระบวนการใช้ความคิดสร้างสรรค์ ประกอบแนวคิดลักษณะที่แตกต่างจากชิ้นงานที่ปรากฏทั่วไป มิใช่จะเป็นชิ้นงานอะไรก็ได้ เพื่อเป็นการตอบแทนความคิดสร้างสรรค์ที่บุคคลสร้างชิ้นงานให้แก่สังคมที่ได้รับประโยชน์จากงานนั้นในทางอ้อมด้วย โดยให้สิทธิพิเศษอย่างเด็ดขาดให้บุคคลนั้นสามารถบริหารความคิดของตนได้ภายในระยะเวลาช่วงหนึ่ง และหลังจากระยะเวลาที่กำหนดสิ้นสุดลงก็ต้องเปิดโอกาสให้สังคมสามารถเข้าถึงและใช้งานดังกล่าวได้ด้วยอันเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมอย่างเหมาะสม ทั้งยังเป็นการกระตุ้นให้บุคคลมีการสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ทั้งในเชิงการให้สิทธิความคุ้มครองทางกฎหมายและการอนุญาตให้คนในสังคมนำเอาแนวคิดไปพัฒนาต่อยอดด้วยเช่นกัน

(2) หลักแนวคิดของเครื่องหมายการค้า เกิดขึ้นจากการใช้ตราสัญลักษณ์ หรือ เครื่องหมายที่บุคคลสร้างขึ้นประทับลงบนสิ่งของต่าง ๆ เพื่อสร้างความแตกต่างระหว่างสิ่งของของตนและของบุคคลอื่นได้ขยายตัวขึ้นเป็นการใช้ของพ่อค้าเพื่อจำแนกแยกแยะสินค้าของตนกับของบุคคลอื่น จึงทำให้เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องมือสำคัญที่ขาดเสียไม่ได้ และมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบการค้าขายและพาณิชย์ เมื่อลักษณะแห่งการใช้เครื่องหมายถูกใช้ในการค้าอย่างแพร่หลายมากขึ้นจึงเกิดพัฒนาการของการใช้ที่แต่เดิมทำหน้าที่เพียงสร้างความแตกต่างระหว่างความเป็นเจ้าของของสินค้าต่อยอดเป็นการบ่งบอกที่มา คุณลักษณะ คุณภาพ ฯลฯ ของตัวสินค้าอีกด้วย

ลักษณะของการใช้เครื่องหมายการค้าทำให้วัฒนธรรมการบริโภคสินค้าของมนุษย์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง เพราะ มนุษย์นอกจากจะให้ความสนใจในตัวสินค้าที่ตนต้องการแล้ว ยังจะต้องให้ความสนใจกับเครื่องหมายที่แสดงออกถึงตัวสินค้านั้นอีกด้วย เพราะเครื่องหมายจะเป็นการแสดงถึงคุณสมบัติพิเศษของสินค้านั้น ๆ เมื่อมีการเปรียบเทียบกับสินค้าชนิดเดียวกันของบุคคลอื่น จากลักษณะของสังคมเปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ความสำคัญของเครื่องหมายที่ใช้ในการค้าและพาณิชย์จึงเพิ่มขึ้นเป็นเท่าตัว เพราะ เครื่องหมายการค้ากลับกลายเป็นสิ่งที่มีมูลค่าในตัวเองและสร้างผลประโยชน์อย่างมหาศาลให้แก่เจ้าของโดยเฉพาะเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักจดจำได้ของคนในสังคม เป็นเหตุให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายของบุคคลเหล่านั้นจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าจะด้วยวิธีการลอกเลียนแบบ หรือ ลวงขาย ทำให้เจ้าของเครื่องหมายได้รับความเสียหาย ในประเด็นนี้เองที่นักกฎหมายได้เข้ามาวางระบบการจดทะเบียนโดยรัฐเป็นผู้มอบสิทธิให้แก่บุคคลผู้นำเครื่องหมายของตนเข้าระบบทะเบียน ดังนั้น ลักษณะแห่งสิทธิของเครื่องหมายการค้าเป็นไปเพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่นเข้ามาสวมสิทธิแอบอ้างในตัวเครื่องหมายจากเจ้าของที่แท้จริง โดยการที่รัฐจะต้องเข้ามาช่วยเหลือในการสร้างระบบทะเบียน เพื่อเป็นการรักษาสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายมิให้ถูกนำไปใช้แอบอ้าง ในทางตรงกันข้ามก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคมมิให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

(3) หลักแนวคิดของลิขสิทธิ์ ต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าการก่อดังนั้นเกิดขึ้นในยุคที่งานวรรณกรรมเฟื่องฟู เนื่องมาจากนักคิดทั้งหลายได้เผยแพร่งานของตนเองผ่านชิ้นงานดังกล่าว การแสวงหาจากงานวรรณกรรมจึงเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในยุคนั้น ทำให้ผลประโยชน์จากธุรกิจการจำหน่ายสิ่งพิมพ์ทั้งหลายได้รับความนิยมและสร้างผลกำไรขึ้นเป็นจำนวนมากเช่นเดียวกัน

สถานการณ์ที่มีผลประโยชน์มหาศาลเข้ามาเกี่ยวข้องเช่นนี้หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะมีการเรียกร้องประโยชน์ระหว่างเจ้าของสิทธิและผู้เกี่ยวข้อง เพื่อให้มีการจัดสรรผลประโยชน์ให้มีความชอบธรรม เนื่องจากแต่เดิมนั้นลิขสิทธิ์นิยมโอนอย่างเด็ดขาดจากเจ้าของสิทธิหรือผู้สร้างสรรค์ให้แก่สำนักพิมพ์ในลักษณะของกรรมสิทธิ์ ซึ่งการเรียกร้องนั้นนอกจากผลประโยชน์ที่เป็นเงินตราแล้วยังรวมถึงสิทธิทางกฎหมายในประเด็นของการทำซ้ำ เนื่องจากกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในยุคนั้นไม่สามารถห้ามบุคคลผู้มีกรรมสิทธิ์ในการทำซ้ำงานได้ ดังนั้น เจ้าของสิทธิและผู้รับประโยชน์ที่เกี่ยวข้องจึงเสียหายเป็นอย่างมาก ทำให้จะต้องมีการสร้างสิทธิขึ้นใหม่ที่สร้างความเป็นธรรมมากกว่ากฎหมายลักษณะทรัพย์สินเดิมที่ใช้บังคับอยู่ โดยลักษณะแห่งสิทธิใหม่นี้สร้างขึ้นตามขอบเขตที่ว่าการทำงานซ้ำจะต้องถูกต้องห้ามและเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์³⁴ นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ยังได้เรียกร้องสิทธิโดยธรรมของตน หรือ ธรรมสิทธิในอันที่จะรักษาและเคารพความเป็นผู้สร้างสรรค์ของตนเอาไว้เสมอ แม้ว่าสิทธิของตนจะมีการอนุญาตให้ใช้หรือโอนไปยังบุคคลอื่นแล้วก็ตาม

³⁴ คำว่า “Copyright” นอกจากจะแปลว่า “ลิขสิทธิ์” อาจแปลตรงตัวตามบริบทแห่งคำศัพท์ได้ว่า “สิทธิในการทำซ้ำ.”

2.2.2 ศึกษาเชิงปรัชญาตามแนวคิดของนักคิดตั้งแต่ยุคศตวรรษที่ 18

เหตุการณ์ประวัติศาสตร์สำคัญทั้งหลายที่กำเนิดขึ้นตามที่ได้นำเสนอไปนั้นเป็นส่วนสำคัญที่ส่งผลให้นักคิด นักนิติศาสตร์ และนักปรัชญาทั้งหลายต่างพยายามนำศาสตร์ ความรู้ และการแสดงความคิดเห็นมาใช้อธิบายลักษณะทรัพย์สินชนิดใหม่ที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่มีความหลากหลาย เนื่องจากลักษณะแห่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกิดขึ้นแม้ลักษณะแห่งสิทธิจะมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามการปรากฏตัวของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างก็มีจุดร่วมกันอยู่หลายประเด็นที่เพียงพอจะนำมาสังเคราะห์ให้อยู่ภายใต้หลักการใหญ่ด้วยกันได้ โดยบริบทที่นำเสนอจากความรู้ความอ่านเชิงวิชาการของนักคิดเหล่านี้เองที่ส่งผลประโยชน์ต่อการพัฒนาแนวคิดของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งนักคิดเหล่านี้ได้นำเอาหลักแนวคิดในศาสตร์ทั้งหลายมาใช้อธิบายวัตถุแห่งสิทธิที่เรียกว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้ให้มีคำอธิบายได้อย่างเรียบง่าย เพื่อพยายามสร้างลักษณะแห่งสิทธิขึ้นใหม่โดยมีพื้นฐานของหลักวิชาการทางกฎหมายเข้ามารองรับ โดยนักคิดที่มีความสำคัญที่ช่วยสร้างแนวคิดให้ลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสำคัญ มีดังนี้

2.2.2.1 จอห์น ล็อก (John Locke)

ล็อกได้นำเสนอแนวคิดตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) คือ กฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่มีมาตั้งแต่โบราณที่อธิบายว่าลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์นั้นจะมีความหวงกันและแสดงความเป็นเจ้าของในสิ่งของที่ตนถือครองอยู่ ดังนั้น นักกฎหมายจะต้องเข้ามาทำหน้าที่กำหนดสิทธิในการครอบครองเป็นเจ้าของทรัพย์สินและสามารถแสดงออกซึ่งสิทธิในการหวงกันทรัพย์สินของตน เรียกว่า สิทธิในทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ จากลักษณะรูปแบบของกฎหมายธรรมชาติข้างต้นล็อกเริ่มอธิบายโดยใช้ทฤษฎีที่เค้าได้พัฒนาขึ้นมาจากรูปแบบทางธรรมชาติของมนุษย์เรียกว่า “ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Labor Theory of Property)”³⁵ เขาได้อธิบายว่าเมื่อมนุษย์บุคคลหนึ่งได้ใช้แรงงาน และความวิริยะอุตสาหะของตนเพื่อสร้างทรัพย์สินหนึ่งขึ้นมาไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม บุคคลนั้นย่อมเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมายของธรรมชาติที่เขาพึงมีพึงได้ โดยการอธิบายข้างต้นล็อกสร้างขึ้นเพื่อใช้อธิบายว่าความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของมนุษย์ที่ไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงการอ้างสิทธิของทรัพย์สินที่มีรูปร่างเพียงอย่างเดียว กลับกันการอธิบายลักษณะนี้สามารถใช้อธิบายทั้งกับทรัพย์สินที่มีรูปร่างและที่ไม่มีรูปร่างด้วยเช่นเดียวกัน³⁶

³⁵ Karen I. Vaughn, “John Locke and the Labor Theory of Value,” *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 2, No. 4, p. 312.

³⁶ Fisher, William W., “Theories of Intellectual Property,” *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2001, p. 4-5; see also, Peter Drahos, *supra* note 1, p. 41-44.

อย่างไรก็ตามแม้การอธิบายโดยใช้ทฤษฎีดังกล่าวสามารถอธิบายถึงสิทธิในทรัพย์สินได้ทั้งสองประเภทเนื่องจากการอธิบายถึงลักษณะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามแรงงานที่มนุษย์ได้ลงแรงงานของตนในการสร้างสรรค์ แต่ก็ยังเป็นเพียงการอธิบายเรื่องสิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินเพียงด้านเดียวเท่านั้น มิได้รวมไปถึงหน้าที่เจ้าของทรัพย์สินด้วย เพราะในบางสถานการณ์ผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิอาจมีมากเกินไปจนสมควรโดยเฉพาะทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากใช้ทฤษฎีทรัพย์สินมีรูปร่างมาอธิบาย ยกตัวอย่างเช่น สิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นไม่มีกำหนดระยะเวลา เพราะทรัพย์สินไม่มีรูปร่างย่อมไม่สูญสลายไปตามกาลเวลา ซึ่งหากให้มีแก่สิทธิในสิ่งไม่มีรูปร่างด้วยจะเป็นอันตรายต่อสังคม³⁷ เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีโอกาสสูญสลายได้แต่จะคงอยู่ตลอดไป ในมุมมองนี้เองเท่ากับการเป็นการสนับสนุนแนวคิดที่ว่าลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินที่มีรูปร่างนั้นไม่อาจปรับใช้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ทั้งหมด จะต้องมีการสร้างสิทธิใหม่โดยมีลักษณะของการจำกัดสิทธิของเจ้าของสิทธิบางประการไว้ โดยการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายเพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ

ลือกได้เห็นความสำคัญในประเด็นดังกล่าวเช่นเดียวกัน คำจึงสร้างข้อจำกัดของสิทธิเอาไว้ภายในทฤษฎี คือ การที่เจ้าของสิทธิต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมสำหรับผู้อื่นในสังคม และสิทธิดังกล่าวจะคงอยู่ต่อเมื่อทรัพย์สินนั้นมีประโยชน์ก่อนที่จะสูญสิ้นไป ถ้าเกินกว่าข้อจำกัดนี้เจ้าของสิทธิย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิตามธรรมชาติได้ ดังนั้นทฤษฎีของลือกได้แสดงให้เห็นแนวคิดที่สนับสนุนทั้งสองด้าน ทั้งในด้านที่ให้อำนาจบุคคลมีสิทธิมากในสังคม (Negative Community) และในด้านตรงกันข้าม คือ สังคมที่รัฐมีสิทธิมาก (Positive Community)³⁸ เป็นการถ่วงดุลสิทธิระหว่างกัน ซึ่งตรงกับหลักการการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิ อย่างไรก็ตามทฤษฎีของลือกนั้นไม่สามารถปรับใช้กับประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาได้ทั้งหมด เนื่องจากทฤษฎีถูกสร้างมาเพื่อปรับใช้กับลักษณะแห่งกรณีที่ยังไม่ปรากฏความซับซ้อนมากนัก จึงสามารถปรับใช้ได้เพียงบางส่วนซึ่งยังขาดความสมบูรณ์อยู่หลายประการ เพราะในเวลาต่อมาได้เกิดข้อเท็จจริงที่พัฒนาไปตามลักษณะของสังคมที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่มีผู้สร้างสรรค์ทรัพย์สินร่วมกันหลายคนก็อาจแบ่งสิทธิได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากทรัพย์สินชนิดนั้นไม่ปรากฏรูปร่างซึ่งยังติดอยู่กับประเด็นความเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามทฤษฎีแรงงาน กล่าวคือ หลักการของลือกเองยังมิได้พัฒนาไปถึงขนาดที่จะกำหนดสิทธิหน้าที่ในกรณีที่มีผู้สร้างสรรค์งานร่วมกันหลายคนได้

ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินของลือกนั้นเป็นการสร้างมาตรฐานอย่างหนึ่งภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ การรับรองความเป็นเจ้าของสิทธิ โดยลือกได้ยึดถือเอาหลักตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่ว่าผู้ใดสร้างและลงแรงผู้นั้นย่อมเป็นเจ้าของ ซึ่งในประเด็นนี้เองที่สอดคล้องกับแนวทางการศึกษาที่ได้กล่าวถึงทางประวัติศาสตร์ที่การเกิดขึ้นแห่งสิทธินั้นล้วนมาจากการเรียกร้องความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของตนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลพึงมีพึงได้

³⁷ Fisher, William W., *Ibid.*, p. 24-25.

³⁸ Peter Drahos, *supra* note 1, p. 47-53.

2.2.2.2 วิลเฮล์ม เฟรเดอริก เฮเกล (Willhem Friedrich Hegel)

เฮเกลเริ่มต้นด้วยการใช้เหตุผลตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ทั่วไปซึ่งมีส่วนคล้ายคลึงกับทฤษฎีแรงงานของล๊อค เพราะ ทฤษฎีที่เฮเกลใช้อธิบายเป็นการให้ความสำคัญแก่ลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ในรูปแบบของความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินเช่นเดียวกัน โดยเฮเกลใช้ทฤษฎีที่เรียกว่า “Moral Rights”³⁹ เฮเกลมุ่งวิเคราะห์รูปแบบในลักษณะของทรัพย์สินจากระบบของสังคมโดยมองภาพอย่างกว้างก่อนที่จะระบุเข้าไปถึงการอธิบายในลักษณะของทรัพย์สิน⁴⁰ ซึ่งในกรณีนี้จะมีความแตกต่างจากล๊อคที่เลือกอธิบายเฉพาะตัวทรัพย์สินเป็นการเฉพาะเจาะจงเท่านั้น

เฮเกลอธิบายว่าทรัพย์สินนี้เป็นส่วนย่อยที่มาจากการพัฒนาของสังคมมนุษย์ โดยเริ่มการวิเคราะห์จากการเกิดของเจตนาเสรีของปัจเจกบุคคลที่ต้องการพัฒนาสร้างสรรค์รูปแบบของสิ่งใหม่ซึ่งมีความอิสระไม่ได้อยู่ภายใต้การบังคับของผู้อื่น โดยลักษณะความต้องการของมนุษย์ในรูปแบบนามธรรมเหล่านี้เองจะต้องถูกผลักดันโดยมนุษย์ออกมาบังคับใช้ในสังคมเพื่อให้เกิดผลรูปธรรม กล่าวคือ บุคคลสามารถเอาเจตนาของตนเองแสดงออกมาให้สังคมภายนอกรับรู้ได้ อย่างเป็นรูปธรรม การสร้างสรรค์ทรัพย์สินทั้งหลายของปัจเจกบุคคลเหล่านี้เองเป็นต้นกำเนิดของการอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน⁴¹ เช่น เมื่อมนุษย์ได้คิดจินตนาการสิ่งใดขึ้นมา ก็แสดงออกผ่านงานชนิดต่าง ๆ ออกไป เช่น งานเขียน หรือ งานประดิษฐ์ การเผยแพร่ออกไปนี้เองหากมีผู้ปฏิบัติตามย่อมถือว่าเป็นการชื่นชมผลงานนั้นมิได้เป็นการละเมิดแต่อย่างใด เพราะมิได้ไปกระทบกระเทือนถึงการแสดงออกของบุคคลต้นคิด มีแต่จะเป็นการเผยแพร่ประโยชน์ในด้านต่าง ๆ เพื่อเป็นประโยชน์แก่สังคมมากขึ้น โดยในกรณีนี้เฮเกลได้กำหนดว่านอกเหนือไปจากความเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นโดยปกติธรรมดาตามกฎหมายทรัพย์สินแล้ว ผู้สร้างสรรค์คงไว้ซึ่งสิทธิสองประการ คือ การมีสิทธิที่ตนจะต้องถูกระบุว่าเป็นผู้สร้างสรรค์งาน หรือ ธรรมสิทธิ และ งานที่สร้างนั้นไม่สามารถถูกแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงได้เป็นสิทธิเพิ่มเติมขึ้นมาให้กับลักษณะของทรัพย์สินบางประเภทที่มีผลออกไปสู่ภายนอกดังกล่าไว้ข้างต้น นอกจากนี้เฮเกลได้ให้ความเห็นอีกว่ารัฐควรเข้ามามีบทบาทในการจำกัดสิทธิดังกล่าวไว้ด้วย เพราะหากเกิดการผูกขาดอาจทำมีผลกระทบต่อสังคมได้ อาจสรุปได้ว่าเฮเกลนั้นเคารพในความเป็นเจ้าของเช่นเดียวกับล๊อคและเห็นด้วยในเรื่องการสร้างข้อยกเว้นเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิเพื่อให้ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจมากเกินการควบคุม

³⁹ นักวิชาการในประเทศไทยส่วนมากมักแปลคำว่า “Moral Rights” ว่า “ธรรมสิทธิ” หมายถึง สิทธิของบุคคลที่พึงมีโดยความชอบธรรม; โปรดดู ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), น. 156.

⁴⁰ Justin Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property,” Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988, p. 27-28; see also, Peter Drahos, *supra* note 1, p. 75-82.

⁴¹ Justin Hughes, *ibid.*, p. 30-31.

2.2.2.3 คาร์ล มากซ์ (Karl Marx)

มากซ์เริ่มต้นในการให้ความเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นมิใช่เรื่องของสิทธิโดยชอบธรรมที่บุคคลจะเป็นเจ้าของตัวทรัพย์สินเพียงอย่างเดียวซึ่งเป็นมุมมองที่แตกต่างออกไปจากนักคิดสองท่านแรกที่น่าเสนอทฤษฎีที่ใช้อธิบายลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ในการแสดงความเป็นเจ้าของเป็นหลัก ในทางตรงกันข้ามมากซ์ได้นำเสนอทรัพย์สินทางปัญญาในมุมมองของเศรษฐศาสตร์ว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงระบบสังคม โดยเฉพาะการแข่งขันด้านเศรษฐกิจการค้าระหว่างเอกชนในระบบทุนนิยมอย่างชัดเจน เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อผลักดันเศรษฐกิจหลากหลายรูปแบบ แนวคิดที่มากซ์นำเสนอได้นั้นได้รับอิทธิพลมาจากคำอธิบายของเฮเกลอยู่มาก โดยมากซ์ได้นำเอาความเป็นนามธรรมมาทำให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น มากซ์อธิบายว่าสิทธิในการถือครอง หรือการได้มาซึ่งความเป็นทรัพย์สินนั้นมีความสำคัญต่อสังคม โดยเฉพาะในกรอบของทุนนิยม⁴² เพราะทรัพย์สินทางปัญญาสามารถสร้างมูลค่าให้กับเจ้าของสิทธิได้

มากซ์ได้นำเสนอต่อไปว่าทรัพย์สินทางปัญญาในระบบทุนนิยมมีประเด็นสำคัญ คือ เรื่องความเป็นเจ้าของสิทธิระหว่างสองชนชั้น คือ ชนชั้นปกครองกับชนชั้นแรงงาน โดยกฎหมายควรกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิเป็นชนชั้นปกครองแม้ว่าจะทำให้กลุ่มชนชั้นแรงงานเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบในสิทธิในทรัพย์สินก็ตาม เพราะการให้สิทธิแก่ชนชั้นปกครองนี้มากซ์เห็นว่าถูกต้องตามระบบทุนนิยมและระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว เนื่องจากสิ่งสำคัญของระบบทุนนิยม คือ การรักษาผลประโยชน์ของนายทุนเอาไว้เป็นหลัก⁴³ ส่วนชนชั้นแรงงานนั้นแม้เป็นผู้ผลิตผู้สร้างสรรค์งานจริง แต่การสร้างสรรค์ชิ้นงานนั้นเกิดขึ้นเพื่อแลกกับค่าตอบแทนเท่านั้น และผู้ที่เป็นชนชั้นปกครองก็ได้จ่ายค่าตอบแทนในการนั้นให้จึงเป็นธรรมแล้ว เมื่อถือความเห็นเช่นนี้แล้วมากซ์จึงมีความเห็นว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่จำเป็นต้องคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ผลงาน หากแต่เป็นการคุ้มครองสิทธินายทุนผู้รับผลประโยชน์ กล่าวคือเหตุผลที่กฎหมายให้สิทธิผูกขาดแก่นายทุนนั้นเป็นไปเพื่อการตอบสนองกลไกของทุนนิยม และกระบวนการทางเศรษฐกิจเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าเท่านั้น มิใช่การคุ้มครองสิทธิเพื่อสร้างแรงจูงใจให้มีการประดิษฐ์งานขึ้นมา⁴⁴ โดยลักษณะทางความคิดนี้เองน่าจะเป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้ทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจอย่างเต็มตัว และในเวลาต่อมาก็ได้ถูกนำมาอธิบายร่วมกับหลักการทางการค้า และหลักการทางเศรษฐกิจ

⁴² Wu Yifeng, "Theory of Property Rights: Comparing Marx with Coase," *Social Sciences in China* Vol. XXIX, No. 2, May 2008, p. 10; see also, Peter Drahos, *supra* note 1, p. 97-108.

⁴³ Wu Yifeng, *Ibid.*, p. 14.

⁴⁴ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 90-91.

แนวความคิดข้างต้นของมาซันนั้นต่อมาภายหลัง แดน ฮันเตอร์ (Dan Hunter) นักวิชาการทางกฎหมายท่านหนึ่งได้นำเอาแนวคิดมาพัฒนาศึกษาต่อยอด และได้ให้ความเห็นในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาว่า การคุ้มครองสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องมีการจำกัดสิทธิของเจ้าของให้มากขึ้นกว่าเดิม เนื่องจากการให้สิทธิในลักษณะเดิมเป็นการผูกขาดมากเกินไป ส่งผลให้อำนาจในการต่อรองเจรจาทั้งหลายอยู่กับกลุ่มนายทุน และท้ายที่สุดกฎหมายอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือของกลุ่มนายทุนเพื่อสร้างผลประโยชน์ให้แก่ตนเอง และประการสำคัญ คือ สิทธิได้กล่าวนั้นจะเป็นผลร้ายที่จะย้อนกลับมาทำลายผลประโยชน์ของรัฐได้โดยการร่วมมือกันของกลุ่มนายทุน

2.2.2.4 ปีเตอร์ ดราฮอร์ส (Peter Drahos)

การนำเสนอแนวคิดของดราฮอร์สนั้นจะแตกต่างไปจากนักคิดทั้งสามที่ได้นำเสนอมาก่อนหน้านี้ เนื่องจากดราฮอร์สเป็นนักกฎหมายในยุคปัจจุบันที่มีข้อมูลจำนวนมากที่สามารถนำมาวิเคราะห์และสังเคราะห์ รวมไปถึงปัจจุบันนี้ทฤษฎีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีการวิเคราะห์กันอย่างตลึงทำให้สามารถทำความเข้าใจได้อย่างเป็นรูปธรรมมากกว่าสมัยอดีต ดังนั้นดราฮอร์สนำเสนอแนวคิดทางปรัชญาที่ผสมผสานระหว่างแนวคิดในอดีตกับพัฒนาการในปัจจุบัน ก่อให้เกิดเป็นทฤษฎี “Instrumentalism”⁴⁵ คือการมองภาพกว้างในสิทธิของสังคมให้มากกว่าการมองในกรอบ “Proprietarianism”⁴⁶ ที่มองเฉพาะกรอบของปัจเจกบุคคลในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามที่ได้อธิบายกันมาตั้งแต่อดีต ดราฮอร์สนำเสนอว่าเมื่อรัฐได้มีการให้สิทธิผูกขาดแก่เจ้าของสิทธิไปแล้ว รัฐมีหน้าที่ต้องเข้าไปควบคุมดูแลการผูกขาดนั้นด้วย เพื่อสร้างความสมดุลกับผลประโยชน์ทางสังคมกับเจ้าของสิทธิให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่ายโดยเฉพาะผลประโยชน์โดยรวมของสังคม กล่าวคือ รัฐมีอำนาจในการเข้าไปกำกับดูแลการใช้สิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาได้ เนื่องจากรัฐเป็นผู้มอบสิทธินั้นเอง ลักษณะการมองภาพเช่นนี้เองทำให้รูปแบบของทรัพย์สินทางปัญญาเปลี่ยนไปจากเดิมเป็นอย่างมาก เพราะทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มนุษย์ได้คิดค้นสร้างสรรค์ขึ้นมาจึงสมควรให้ได้รับการยอมรับในความเป็นเจ้าของในสิ่งเช่นนั้น อย่างไรก็ตามจากที่ได้ศึกษาแล้วในเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ว่าเมื่อมีการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาทางเศรษฐกิจและการค้ามากขึ้น ส่งผลให้ตัวทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีมูลค่าและเป็นเป้าหมายของกลุ่มบุคคลอื่นที่จะก่อให้เกิดการละเมิด ดังนั้นรัฐจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการทำหน้าที่วางระบบกฎหมายและ เข้ามาเป็นผู้ควบคุมกฎเพื่อมิให้มีการละเมิดทางกฎหมาย สังเกตได้จากประวัติศาสตร์ของเครื่องหมายการค้าที่รัฐต้องสร้างระบบการจดทะเบียนเพื่อแก้ไขปัญหาที่สังคมกำลังประสบภาวะการละเมิดเครื่องหมายการค้าอย่างแพร่หลายทำให้เจ้าของสิทธิและประชาชนได้รับความเสียหายและในอีกมุมมองหนึ่งรัฐต้องการที่จะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมเพื่อมิให้เกิดความสับสนจากการละเมิดโดยการบัญญัติให้เครื่องหมายจะต้องมีการประกาศโฆษณาก่อนรับจดทะเบียนด้วย

⁴⁵ Peter Drahos, *supra* note 1, p. 203-210.

⁴⁶ Peter Drahos, *Ibid.*, p. 210-213.

ดราฮอร์สได้วิเคราะห์ว่าทรัพย์สินมีรูปร่างนั้นสามารถมีสิทธิเด็ดขาด หรือกรรมสิทธิ์เหนือตัวทรัพย์สินได้เสมอ เพราะกรรมสิทธิ์ย่อมผูกติดกับทรัพย์สินรูปร่างนั้นตลอดไป ไม่อาจขยายตัวเองเพื่อไปติดกับสิ่งอื่นใดได้อีก และเมื่อทรัพย์สินนั้นสิ้นสภาพไปสิทธิเด็ดขาดย่อมสิ้นผลตามไปเช่นเดียวกัน ดังนั้นการใช้กรรมสิทธิ์อย่างอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการผูกขาดนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายสามารถยอมรับได้ แม้จะมีบุคคลที่มีสิทธิเด็ดขาดในปริมาณมากก็ตาม ในทางตรงกันข้ามกับสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่หากให้สิทธิเช่นเดียวกับกรรมสิทธิ์แล้วอาจก่อให้เกิดอันตรายได้มากกว่าเนื่องจากสิทธิมีความกว้างขวาง และ ไร้ขอบเขต อันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับสังคมหรือรัฐนั้นไม่อาจที่กฎหมายจะยินยอมได้ โดยสรุปแล้วกรอบความคิดของดราฮอร์สที่ได้นำเสนอเรื่องทฤษฎี “Instrumentalism” นั้นได้แสดงให้เห็นว่าเมื่อเจ้าของสิทธิได้รับสิทธิผูกขาดจากรัฐไปแล้ว สิ่งตามมาคือหน้าที่เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของตนจากรัฐด้วยผ่านข้อยกเว้นเรื่องสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายได้กำหนดขึ้น ทั้งนี้ยังได้มีการนำเสนอข้อเสียของการให้สิทธิผูกขาดกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างต่อเนื่อง⁴⁷ และเมื่อพิจารณาจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมแล้ว การให้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในทรัพย์สินธรรมดาจึงเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง ไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากสังคมจะขาดความสมดุล และรัฐจะตกอยู่ในสถานะที่อันตราย

2.3 สังเคราะห์แนวคิดพื้นฐานของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁴⁸

การวิเคราะห์ข้อมูลหลายภาคส่วนสำคัญจากบริบทเชิงประวัติศาสตร์ และเชิงปรัชญาที่ได้นำเสนอไปนั้นอาจสังเคราะห์แนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญาก่อเป็นแนวคิดได้แบ่งออกเป็นหลายภาคส่วนซึ่งในแต่ละภาคส่วนนั้น จะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าเป็นเพียงจุดรวมของพัฒนาการที่ทรัพย์สินทางปัญญามีร่วมกัน และมีได้เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ การมีแนวคิดเหล่านี้ครบถ้วน หรือ การขาดแนวคิดนี้ไปข้อใดข้อหนึ่งนั้นมิได้ส่งผลทางกฎหมายอันก่อให้เกิด หรือ ไม่เกิดเป็นทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท เนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติได้กำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทไว้อยู่แล้ว ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า ฯลฯ

⁴⁷ Peter Drahos, *Ibid.*, p. 223-224.

⁴⁸ จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์, คำบรรยายและเอกสารประกอบการสอนในชั้นเรียน วิชา ปัญหากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (น. 654), หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บรรยายเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2557, เรียบเรียงและสรุปคำบรรยายโดย ณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา.

อย่างไรก็ตามแนวคิดเหล่านี้เป็นเหตุผลเบื้องหลังที่ทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะร่วมกัน ซึ่งได้ผ่านการวิเคราะห์ สังเคราะห์อย่างละเอียดแล้ว ทั้งในส่วนที่เป็นแนวคิดดังกล่าวได้แสดงออกผ่านทางกฎหมายสารบัญญัติตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทั้งในรูปแบบของกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นบทบัญญัติกฎหมายแห่งการกำหนดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเป็นอยู่ในปัจจุบัน ส่งผลให้อารยประเทศทั่วโลกจะต้องเอานำหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นทั้งหมดไปปรับใช้ในการบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาภายในรัฐตนเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากที่สุดระบบหนึ่งของโลก ซึ่งแนวคิดที่ก่อให้เกิดระบบดังกล่าวมีดังนี้

2.3.1 เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ (Creation of Human Wisdom)

กฎหมายให้ความคุ้มครองงาน หรือสิ่งประดิษฐ์ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์และสติปัญญาของมนุษย์ ซึ่งควรจะเป็นผลตอบแทนที่มนุษย์นั้นควรได้เมื่อคิดค้น หรือสร้างสิ่งประดิษฐ์บางอย่างอันมีผลประโยชน์ต่อตนเองและสังคม โดยต้องอาศัยทักษะ และความสามารถเป็นส่วนผสมในการก่อให้เกิดชิ้นงาน มิใช่เป็นสิ่งที่ทั่วไปที่ปรากฏเห็นได้อยู่แล้วในสังคม เพื่อแสดงถึงความเป็นเจ้าของแห่งงานนั้นตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งในบทประวัติศาสตร์และปรัชญา โดยผลตอบแทนที่ว่าเป็นนี้ คือ สิทธิทางกฎหมายที่จะมอบให้แก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในการบริหารทรัพย์สินของตนให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด และไม่ถูกรบกวน หรือถูกระทบสิทธิจากบุคคลภายนอกผู้ที่ต้องการแสวงประโยชน์จากงานนั้นโดยมิชอบ ในทางตรงกันข้ามลักษณะแห่งสิทธิจะต้องถูกจำกัดโดยข้อยกเว้นบางประการที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสมดุลระหว่างสิทธิ

ความคิดสร้างสรรค์ที่จะต้องใช้ทักษะและความสามารถของมนุษย์เพื่อสร้างสรรค์งานนั้นอาจแบ่งแยกออกได้เป็นหลายรูปแบบตามแต่ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดนั้นต้องการ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดว่างานที่สร้างขึ้นจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์ (Originality) และเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) กล่าวคือการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะอยู่ในบริบทความคิดที่ได้แสดงออกมาแล้ว มิใช่กรณีเฉพาะความคิดมนุษย์เท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครอง สำหรับกรณีสิทธิบัตรการสร้างสรรค์ตามกฎหมายสารบัญญัติที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ว่านั้น คือ ความใหม่ (Novelty) มีขั้นตอนการพัฒนาที่สูงขึ้น (Inventive Step) ซึ่งเป็นการคุ้มครองลักษณะความคิดของงาน หรือ ในกรณีของเครื่องหมายการค้า แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดระดับแห่งการสร้างสรรค์ของเครื่องหมายการค้าเอาไว้ชัดเจน แต่เป็นที่เข้าใจกันได้ว่าส่วนประกอบบางส่วนของเครื่องหมายการค้าส่วนใหญ่ควรมีส่วนของการงานลิขสิทธิ์ประเภทงานศิลปกรรมอยู่แล้วและต้องเข้ามาสู่กรอบแนวคิดตามกฎหมายของเครื่องหมายการค้าที่บัญญัติต้องประกอบเอาไว้อีกหนึ่งชั้นหนึ่ง คือ ลักษณะบ่งเฉพาะทางกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการที่เครื่องหมายที่จะขอรับความคุ้มครองทางทะเบียนจะต้องไม่สือหรือทำให้เข้าใจว่าเครื่องหมายดังกล่าวใช้กับสินค้าหรือบริการได้อย่างชัดเจน เป็นต้น

2.3.2 สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible Property)

ทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่อาจจับต้องได้ เพราะความเป็นนามธรรมซึ่งแตกต่างจากรูปแบบของทรัพย์สินทั่วไป เนื่องจากไม่มีรูปร่างที่สามารถจับต้องได้ทางกายภาพ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินประเภทใดกฎหมายได้กำหนดให้ทรัพย์สินทั้งสองประเภทเป็น “ทรัพย์สิน” ทางกฎหมายซึ่งภาคส่วนที่เหมือนกันจนไม่อาจแยกกันได้ คือ ทรัพย์สินเป็นสิ่งที่มีความสามารถถือเอาได้ กล่าวคือ ทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีมูลค่าเชิงเศรษฐกิจการค้าพาณิชย์ และสามารถแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินดังกล่าวได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตามทรัพย์สินทางปัญญามีภาคส่วนของสิทธิที่แตกต่างไปจากทรัพย์สินมีรูปร่างทั่วไปเนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่ได้ยึดติดอยู่กับสิ่งมีรูปร่างใด ๆ เช่น ลิขสิทธิ์ไม่ได้ติดอยู่กับงานวรรณกรรมเล่มใดเล่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ ในทางตรงกันข้ามลิขสิทธิ์จะติดติดไปกับงานวรรณกรรมทุกฉบับที่ได้มีการพิมพ์ขึ้นจากต้นฉบับนั้น แต่สิทธิที่กำหนดขึ้นไม่ใช่กรรมสิทธิ์ที่จะติดไปเพียงงานวรรณกรรมชิ้นเดียวที่บุคคลเข้าถือครองและแสดงความเป็นเจ้าของเท่านั้น โดยบุคคลมีอิสระเต็มที่ในการบริหารกรรมสิทธิ์แต่จะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของงานวรรณกรรม เช่น การทำซ้ำ การดัดแปลงงาน หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น

2.3.3 สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแตกต่างจากกรรมสิทธิ์ (Intellectual Property Rights and Ownership)

กฎหมายลักษณะทรัพย์สินได้มอบสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของในตัวทรัพย์สินให้แก่ผู้ทรงสิทธิ หรือกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินที่ผู้ทรงจะมีสิทธิเด็ดขาดต่อทรัพย์สินที่ตนเองถือครอง และไม่ว่าผู้ใดก็ไม่สามารถแทรกสอดสิทธิเช่นนั้นได้ เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นโดยมีเหตุผลสนับสนุน เช่น การเวนคืนที่ดินโดยรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประการ ซึ่งในประเด็นนี้ต้องพึงระลึกไว้เสมอว่ากฎหมายลักษณะทรัพย์สินสามารถถูกยกเว้นได้เช่นเดียวกัน แต่จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นและสำคัญอย่างยิ่ง รวมไปถึงจะต้องมีกฎหมายสารบัญญัติให้อำนาจ ในทางตรงกันข้ามแม้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะมีลักษณะใกล้เคียงกับกรรมสิทธิ์ด้านความเป็นเจ้าของ แต่ทรัพย์สินทางปัญญานั้นมิได้เป็นสิทธิประเภทเดียวกันกับกรรมสิทธิ์ข้างต้น ทั้งนี้ยังมีแนวคิดและความคุ้มครองทางกฎหมายที่แตกต่างกันอยู่ในหลายบริบทสำคัญซึ่งก็มาจากเหตุการณ์การก่อเกิดทางกฎหมายดังเช่นที่ได้อธิบายไปก่อนหน้านี้แล้ว ทำให้สิทธิทางกฎหมายทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกัน เช่น สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาในบางกรณีให้สิทธิบางประเภทที่เหนือกว่ากรรมสิทธิ์ เช่น ไม่สามารถถูกครอบครองปรปักษ์ได้ สามารถทำซ้ำ ผลิตจำหน่ายได้ กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ไม่อาจให้สิทธิในการทำซ้ำงานเช่นเดียวกับลิขสิทธิ์ได้ และในบางกรณีสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาก็ให้ความคุ้มครองที่ด้อยกว่ากรรมสิทธิ์ เช่น สิทธิบัตรมีอายุการคุ้มครองที่จำกัด ต่างกับกรรมสิทธิ์ที่ไม่มีอายุจำกัดตามกฎหมาย เพราะอายุแห่งสิทธิถูกจำกัดอยู่แล้วโดยสถานภาพแห่งตัวทรัพย์สิน ทั้งนี้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญายังมีแนวคิดในการสร้างความสมดุลผ่านข้อยกเว้นทางกฎหมายอีกด้วย

2.3.4 ความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม (Balance between Intellectual Property Rights Holder and Public Interests)

เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแตกต่างจากกรรมสิทธิ์โดยไม่ตกติดไปกับตัวทรัพย์สิน เป็นการเฉพาะ ขอบเขตของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงกว้างกว่า และจะต้องถูกจำกัดลง เนื่องจากหากปล่อยให้สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญามากเกินสมควรจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคม ดังที่แสดงให้เห็นจากบันทึกทางประวัติศาสตร์ที่ศาลต้องเข้ามาแก้ไขปัญหามาจากการอ้างสิทธิดังกล่าว⁴⁹ กระบวนทางกฎหมายได้นำเอาหลักการการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญากับผลประโยชน์ทางสังคมมาคานระหว่างกันเพื่อหาจุดที่เหมาะสมที่สุดซึ่งปรากฏอยู่ในรูปแบบของกฎหมายทั้งในบทหลักและข้อยกเว้นต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายบทหลักกำหนดว่าแม้งานประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรจะเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้ประดิษฐ์แต่ความคุ้มครองที่กฎหมายมอบให้ก็มีระยะเวลาที่จำกัด มิได้คงอยู่ตลอดไปเหมือนกรรมสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายต้องการให้สังคมได้รับผลประโยชน์จากงานดังกล่าว และเป็นการกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญารูปแบบใหม่ขึ้น หรือ สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาอาจถูกยกเว้นได้หากเป็นกรณีตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในกรณีต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของสังคม เช่น การอนุญาตให้ทำซ้ำงานวรรณกรรมบางส่วนเพื่อการศึกษา การยกเว้นสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิในกรณีสภาวะการณพิเศ เช่น สภาวะโรคระบาด หรือ สภาวะสงคราม ซึ่งข้อกฎหมายเหล่านี้เป็นส่วนทำหน้าที่ในการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ทางสังคมเพื่อมิให้สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีมากเกินไปจนทำให้สังคมเสียหาย

กล่าวโดยสรุปพัฒนาการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีที่มาจากพื้นฐานของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินทั่วไป โดยกฎหมายลักษณะทรัพย์สินทางปัญญาคือการที่บุคคลเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นโดยชอบด้วยเหตุผลบางประการ เช่น การเป็นผู้สร้างสรรค์ การเป็นผู้ผลิต การเป็นผู้ว่าจ้าง ฯลฯ ซึ่งการกระทำไม่ว่ารูปแบบใดจะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองในความเป็นเจ้าของนั้น ต่อมาเมื่อสังคมได้พัฒนาทำให้แนวคิดการคุ้มครองทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้รับความนิยมจากสังคมมากขึ้น นักกฎหมายและนักคิดจึงต้องเข้ามาทำหน้าที่ในการกำหนดสิทธิประเภทใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน ซึ่งการพัฒนาได้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินเดิมในเรื่องความเป็นเจ้าของ และได้เพิ่มเติมข้อจำกัดสิทธิบางประการเข้ามาเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์แห่งสังคมและผู้ทรงสิทธิ เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหากมีการให้อย่างไม่มีข้อจำกัดเช่นกรรมสิทธิ์จะทำให้เกิดอันตรายต่อสังคมและรัฐซึ่งกฎหมายไม่อาจยินยอมให้เกิดสถานการณ์เช่นนั้นได้ การสังเคราะห์เนื้อหาทั้งหมดที่ได้กล่าวไปข้างต้นทั้งในส่วนของประวัติศาสตร์และปรัชญาสามารถสรุปได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิประการหนึ่งที่กฎหมายมอบให้ ดังนั้นการทำความเข้าใจในข้อความแห่งสิทธิจึงเป็นบริบทสำคัญที่จะนำเสนอในส่วนต่อไป

⁴⁹ Peter Drahos, *supra* note 1, p. 224-225.

2.4 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยสิทธิ

“สิทธิ (Rights)” เป็นข้อความคิดชนิดหนึ่งที่กฎหมายสร้างขึ้น โดยข้อความคิดเรื่องสิทธิ จัดว่าเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของวิชานิติศาสตร์ โดยสิทธิจะต้องพิจารณากับส่วนที่เป็นหน้าที่อันมีอาจแยกออกจากกันได้ กล่าวคือ สิทธิก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งสองอย่างนี้ต้องปรับใช้คู่กันเสมอไม่อาจแยกพิจารณาออกจากกันได้ ซึ่งเป็นสาเหตุหลักที่ก่อให้เกิดข้อพิพาท

เมื่อสาระสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของสิทธิประเภทหนึ่ง และที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้นลักษณะของสิทธินี้เป็นรูปแบบใหม่ที่นักกฎหมายสร้างขึ้นเพื่อปรับใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างหรือทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ ด้วยความคิดพื้นฐานที่ว่า การรักษาและเคารพความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินที่ควรพึงได้รับการลงแรงสร้างสรรค์งานชิ้นนั้นขึ้น ซึ่งสิทธิที่ว่ามีอยู่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลที่สามที่จะต้องให้การเคารพเจ้าของสิทธิโดยการไม่ละเมิดสิทธิเหล่านั้น ลักษณะความสัมพันธ์เช่นนี้เรียกว่าทั้งสองฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ในทางตรงกันข้ามสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญายังมีความพิเศษยิ่งกว่าสิทธิชนิดอื่น เพราะ หลักการแห่งสิทธิประเภทนี้จำเป็นต้องเป็นไปเพื่อรักษาความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมด้วย ส่งผลให้ในหลายสถานการณ์ที่กฎหมายจะต้องมีการสร้างหลักการบางอย่างเพื่อตอบสนองต่อหลักความสมดุล ดังนั้น การทำความเข้าใจในข้อความคิดพื้นฐานเรื่องสิทธิจึงเป็นเรื่องที่จำเป็น สำหรับการวิเคราะห์เพื่อให้เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นอยู่ในลักษณะแห่งสิทธิประเภทใด ซึ่งจะทำให้การสังเคราะห์ประเด็นปัญหาเป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักเหตุผลของกฎหมาย

2.4.1 ความหมายแห่งสิทธิและคำอื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกับสิทธิ⁵⁰

คำว่า “สิทธิ” เป็นคำที่นักกฎหมายได้นิยามขึ้น โดยมีสาระสำคัญของคำดังกล่าวว่า “อำนาจอันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้ยื่นต่อผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น”⁵¹

⁵⁰ เนื้อหาในหัวข้อนี้เรียบเรียงจาก สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 15, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551).

⁵¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 15, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 139; โปรตดู, ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 5, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 83-85.

องค์ประกอบของสิทธิทางกฎหมายนั้นอาจแบ่งพิจารณาออกได้หลายส่วน ซึ่ง รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทยได้อธิบายองค์ประกอบของสิทธิไว้ ได้แก่⁵² (1) สิทธิจะต้องเป็นความชอบธรรม หมายถึง สิทธิจะต้องเป็นความถูกต้องที่จะได้รับหรือแสวงประโยชน์ได้ตามสมควร (2) สิทธิจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ถือสิทธิหรือผู้ทรงสิทธิ (3) สิทธินั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ยันกับบุคคลอื่นได้ หมายถึง สิทธินั้นจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น (4) สิทธิจะต้องมีเนื้อหา หมายถึงจะต้องมีประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิไม่ว่าด้วยรูปแบบใด ลักษณะของข้อความคิดว่าด้วยสิทธินี้เองเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากมีสาระสำคัญว่าด้วยสิทธิเป็นพื้นฐานหลักเช่นเดียวกัน

คำว่าสิทธิข้างต้นนี้มักเกิดความเข้าใจผิดหรือสับสนกับคำในความหมายอื่น เนื่องจากความหมายและบริบทของคำ รวมไปถึงการลักษณะการบังคับใช้ที่คล้ายคลึงกันมาก ซึ่งคำเหล่านี้สามารถแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

2.4.1.1 หน้าที่ เป็นคำที่เกิดขึ้นควบคู่กับคำว่าสิทธิเสมอ เพราะเป็นสิ่งที่ผูกพันกันไม่สามารถแยกออกจากกันได้ หน้าที่มีความหมายว่า “ความชอบธรรมในลักษณะเป็นความผูกพันให้บุคคลตกอยู่ในสถานะที่จะต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการหรือยอมให้เขากระทำการเพื่อให้เป็นไปตามผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิ”⁵³ ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามสิทธิจะต้องมีส่วนว่าด้วยหน้าที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ

2.4.1.2 ความรับผิดชอบ มีลักษณะคล้ายคลึงกับคำว่า “หน้าที่” เพราะเป็นสิ่งที่จะบังคับบุคคลให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน แต่เพียงต่างกันต่อตัวประธานแห่งสิทธิที่บุคคลพึงมีปฏิสัมพันธ์ด้วย กล่าวคือ หน้าที่เป็นเรื่องที่บุคคลพึงมีต่อผู้มีสิทธิ ส่วนความรับผิดชอบเป็นเรื่องที่บุคคลมีต่อทรัพย์สิน

2.4.1.3 อำนาจ มีความหมายเช่นเดียวกับสิทธิ แต่มีลักษณะสถานะที่สูงกว่า กล่าวคือ สิทธิเป็นเรื่องที่บุคคลที่มีสถานะเดียวกันใช้ยันกัน เช่น เอกชนต่อเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในกรณีของอำนาจนั้นเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าเช่น รัฐต่อเอกชน หรือ อาจเป็นกรณีเอกชนต่อเอกชนได้เช่นเดียวกัน แต่จะต้องมีสถานะที่กฎหมายกำหนดให้สูงกว่า เช่น บิดามารดามีอำนาจเหนือบุตรในลักษณะบางประการที่จำต้องมีเพื่อควบคุมบุตรของตนให้อยู่ในความปกครอง อาจมีบางกรณีที่ก้าวล่วงไปยังส่วนการงานนิติกรรมด้วย หรือ เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจตามกฎหมายในการบังคับประชาชนตามกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น หากเจ้าพนักงานเห็นว่ามีการกระทำความผิดซึ่งหน้า เจ้าพนักงานสามารถใช้อำนาจจับผู้กระทำความผิดได้ กล่าวคือ ไม่ว่ากรณีใดจะต้องมีฝ่ายหนึ่งมีสถานะทางกฎหมายเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง⁵⁴ เพื่อให้มีลักษณะอำนาจที่บังคับกันได้

⁵² สมยศ เชื้อไทย, *เพ็ญอวัจ*, น. 140-141.

⁵³ สมยศ เชื้อไทย, *เพ็ญอวัจ*, น. 142.

⁵⁴ สมยศ เชื้อไทย, *เพ็ญอวัจ*, น. 145.

2.4.1.4 เอกสิทธิ์ เป็นสิทธิประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน แต่สิทธิประเภทนี้มีที่มาจากคุณลักษณะพิเศษของบุคคลนั้น เพื่อให้มีความชอบธรรมที่จะใช้ประโยชน์เป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น อาจกล่าวได้ว่าเอกสิทธิ์มาพร้อมกับสถานะบางประการเช่นเดียวกับลักษณะของอำนาจที่ได้มาเมื่อมีลักษณะสถานะที่สูงกว่า แต่เอกสิทธิ์นั้นได้มาจากสถานะที่พิเศษ เช่น เอกสิทธิ์ของทูตที่มีขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งแตกต่างจากลักษณะแห่งสิทธิทั่วไป

2.4.1.5 ความคุ้มกัน มีความคล้ายคลึงกับเอกสิทธิ์แต่เป็นสถานะพิเศษ ไม่ใช่สิทธิเช่นเดียวกับเอกสิทธิ์ กล่าวคือ เป็นสถานะที่จะไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจหรือการบังคับจากบริบทของกฎหมาย เช่น ทูตจะมีความคุ้มกันบางประการที่จะไม่ถูกดำเนินการตามกฎหมายในประเทศที่ตนไปประจำ แม้ตนจะได้กระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็ตาม⁵⁵

2.4.2 ประเภทแห่งสิทธิ

ประเภทแห่งสิทธิได้มีการแบ่งแยกได้หลายประเภทขึ้นอยู่กับหัวข้อหลักที่จะใช้ในการแบ่งแยกนั้น ๆ เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจ รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทยได้แบ่งแยกประเภทแห่งสิทธิเอาไว้เป็นสองประเภทใหญ่ คือ สิทธิเอกชน และ สิทธิมหาชน มีรายละเอียดดังนี้⁵⁶

2.4.2.1 สิทธิมหาชน เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากกฎหมายมหาชน โดยทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีต่อรัฐ กล่าวคือ เป็นสิทธิของราษฎรหรือผู้อยู่ใต้ปกครองต่อรัฐและหน่วยงานสาธารณะอื่น ๆ ในทางตรงกันข้ามรัฐย่อมผูกพันตนเองเพื่อประโยชน์ของเอกชนเช่นเดียวกัน โดยสิทธิมหาชนสามารถแยกอาการการใช้สิทธิออกเป็นสามลักษณะ ได้แก่

(1) สิทธิปฏิเสธ หมายถึง สิทธิของเอกชนที่จะป้องกันการดำเนินการจากภาครัฐ เพื่อรักษาสิทธิเสรีภาพของตนที่พึงมีตามกฎหมาย

(2) สิทธิกระทำการ หมายถึง สิทธิของเอกชนที่จะเข้ามาดำเนินการในส่วน of ภาครัฐในการปกครองประเทศ

(3) สิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ หมายถึง สิทธิที่จะให้รัฐกระทำการบางอย่างเพื่อเอกชน เช่น เพื่อให้คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล เป็นต้น

2.4.2.2 สิทธิแห่งเอกชน เป็นสิทธิว่าด้วยการบังคับกันระหว่างเอกชน เกิดจากกฎหมายเอกชน โดยสิทธิเอกชนนับว่าเป็นส่วนใหญ่ของการใช้สิทธิในสังคม เพราะแทบจะทุกปฏิสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกัน ย่อมมีส่วนใดส่วนหนึ่งถูกจัดเป็นสิทธิเอกชนได้ทั้งสิ้น โดยสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

⁵⁵ สมยศ เชื้อไทย, *เพ็ญอ้วง*, น. 146.

⁵⁶ สมยศ เชื้อไทย, *เพ็ญอ้วง*, น. 147-157.

(1) แบ่งแยกตามวัตถุแห่งสิทธิ หมายถึงการแบ่งประเภทตามทรัพย์สินของบุคคล ดังนั้น จึงแบ่งได้เป็นสองกรณีได้แก่ สิทธิทางทรัพย์สิน และ สิทธิที่ไม่ใช่ทางทรัพย์สิน

1. สิทธิทางทรัพย์สิน คือ สิทธิที่บุคคลมีเหนือทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือไม่ ได้แก่

ก. ทรัพย์สินสิทธิ คือ สิทธิที่บุคคลนั้นมีเหนือทรัพย์สินหรือที่นิยมเรียกกันว่า “กรรมสิทธิ” หมายถึง สิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้น โดยบุคคลสามารถบริหารสิทธิของตนได้ตามต้องการ เพราะสิทธินี้ตกติดไปอยู่กับตัวทรัพย์สินตลอดเวลา

ข. สิทธิเสมือนทรัพย์สิน คือ สิทธิที่จะหวงกันมิให้บุคคลอื่นเข้ามาแทรกสอดการจัดการทรัพย์สินของตน แต่ยังมีได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมายแบบเดียวกับกรรมสิทธิ เป็นเพียงสิทธิในการแสวงประโยชน์ตามที่ได้รับมอบ เช่น การได้รับประทานบัตรเหมืองแร่

ค. สิทธิในสิ่งไม่มีรูปร่าง คือ สิทธิเหนือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง หรือทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้กล่าวไปแล้วถึงพัฒนาการของสิทธิดังกล่าวว่ามีความเป็นมาทั้งในเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญาในส่วนก่อนหน้านี้

ง. สิทธิทางหนี้ คือ สิทธิที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามลักษณะแห่งหนี้ที่สร้างขึ้นตามกฎหมายลักษณะต่าง ๆ เช่น หนี้ตามนิติกรรมสัญญา หรือ ละเมิด

2. สิทธิที่ไม่ใช่ทางทรัพย์สิน คือ สิทธิที่บุคคลมีอยู่ตั้งแต่มีสภาพบุคคลหรือได้มาโดยสถานะของบุคคลบางประการ ได้แก่

ก. สิทธิทางบุคคล คือ สิทธิที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิด เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ เป็นต้น

ข. สิทธิสถานะ คือ สิทธิที่บุคคลพึงมีเมื่อได้รับสถานะตามกฎหมายกำหนดขึ้น เช่น บิดา มารดา ผู้ปกครอง ผู้อนุบาล เป็นต้น

(2) แบ่งแยกตามคู่กรณีโดยทั่วไปหรือคู่กรณีเฉพาะ

1. สิทธิเด็ดขาด คือ สิทธิที่บุคคลสามารถใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปหรือ บุคคลทั่วโลกในความเป็นเจ้าของสิทธิของตน โดยบุคคลอื่นจะต้องยอมรับถึงสิทธิดังกล่าว เช่น กรรมสิทธิ สิทธิในร่างกาย เป็นต้น

2. สิทธิสัมพันธ์ หรือ สิทธิสัมผัส คือ สิทธิที่บุคคลสามารถใช้บังคับกับคู่กรณีแห่งสิทธิของตนได้เท่านั้น เนื่องจากสิทธิดังกล่าวเกิดมาจากสถานะบางอย่างที่กฎหมายสร้างขึ้นอันเนื่องมาจากปฏิสัมพันธ์ที่บุคคลพึงสร้างขึ้นในบางกรณี เช่น สิทธิทางหนี้ สิทธิเรียกร้อง เป็นต้น ดังนั้นบุคคลที่อยู่นอกเหนือจากปฏิสัมพันธ์จึงไม่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ลักษณะนี้

(3) แบ่งแยกตามอาการการใช้สิทธิ

1. สิทธิมีอำนาจเหนือ คือ สิทธิที่บุคคลพึงบังคับการให้เป็นไปตามสิทธินั้น ๆ ได้โดยตนเองได้ เช่น การบังคับภาระจำยอม

2. สิทธิเรียกร้อง คือ สิทธิที่บุคคลพึงเรียกร้องจากบุคคลอื่น หากแต่บุคคลนั้นไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนเองได้ ซึ่งกฎหมายต้องการให้บุคคลเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม หรือ การใช้สิทธิทางศาล

3. สิทธิปฏิเสธ คือ สิทธิที่จะปฏิเสธบุคคลอื่นเพื่อมิให้เข้ามาล่วงละเมิดสิทธิของตน หรือ สิทธิที่จะปฏิเสธไม่ทำตามสิทธิเรียกร้องของบุคคลอื่น เช่น สิทธิปฏิเสธไม่ยอมชำระหนี้ที่ขาดอายุความ เป็นต้น

4. สิทธิก่อตั้ง คือ สิทธิที่กฎหมายมอบให้แก่บุคคลในการก่อตั้งสิทธิของตนขึ้นมาใหม่ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของผู้แทนโดยชอบธรรมที่เป็นโมฆียะของผู้เยาว์ เป็นต้น

(4) แบ่งแยกตามลักษณะกำเนิดแห่งสิทธิ

1. สิทธิดั้งเดิม คือ สิทธิที่บุคคลพึงมีมาแต่กำเนิดโดยมิได้รับโอน เช่น สิทธิในร่างกาย สิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของ เป็นต้น

2. สิทธิรับมา คือ สิทธิที่บุคคลพึงรับโอนมาจากบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นสิทธิประเภทใดก็ตาม เช่น ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องจากผู้โอน เป็นต้น

ประเภทแห่งสิทธิข้างต้นที่ได้แบ่งแยกอธิบายนั้นเพื่อชี้ให้เห็นถึงลักษณะแห่งสิทธิที่สามารถแบ่งแยกได้ตามลักษณะแห่งอาการซึ่งนักกฎหมายสังเคราะห์ขึ้นมาเป็นหลักทฤษฎี และทั้งนี้ก็สังเกตจากทางปฏิบัติด้วยเช่นกัน แต่สิ่งที่จำต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าการแบ่งแยกประเภทที่ว่ามีได้เป็นการแบ่งแยกกำหนดให้แต่ละประเภทที่จัดแบ่งไว้นั้นตัดขาดออกจากกันอย่างเป็นเอกเทศ ในทางตรงกันข้ามการแบ่งประเภทมีขึ้นเพื่อการสร้างความรู้ความเข้าใจอย่างเป็นระบบในการศึกษากล่าวคือ สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดเมื่อนำมาอธิบายแล้วอาจถูกจำแนกออกไปได้หลายประเภทแห่งสิทธิที่ได้นำเสนอไปข้างต้น ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าลักษณะแห่งสิทธิที่ว่านั้นเข้าความหมาย หรือองค์ประกอบของประเภทใดบ้าง ยกตัวอย่างเช่น สิทธิทางหนี้ที่เจ้าหนี้มีเหนือลูกหนี้เป็นสิทธิทางทรัพย์สินประเภทหนึ่งและยังเป็นสิทธิเรียกร้องอีกประเภทหนึ่งได้เช่นเดียวกัน เพราะเป็นสิทธิที่เจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ในทางตรงกันข้ามสิทธิเรียกร้อง ไม่จำเป็นต้องเป็นเป็นสิทธิทางหนี้ที่จำต้องมีมูลหนี้เกิดขึ้นก่อนเสมอไป เช่น สิทธิเรียกร้องทรัพย์สินเนื่องจากผู้ที่ไม่สิทธิยึดถือทรัพย์สินไว้ เป็นต้น ดังนั้นลักษณะแห่งสิทธิที่สามารถเข้าไปผูกพันกับคำอธิบายที่หลากหลายจึงอาจก่อให้เกิดความสับสนในประเภทที่ลักษณะแห่งสิทธินั้นตรงความหมาย หรือครอบงำประกอบแห่งการอธิบาย

2.4.3 วิเคราะห์ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิกับสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญา

การกำหนดความหมายและประเภทของสิทธิข้างต้นได้กล่าวแล้วว่าการแยกประเภทมิใช่การตัดรูปแบบของสิทธิให้ออกจากกันชัดเจนอย่างเป็นเอกเทศ ดังนั้นลักษณะของสิทธิประเภทหนึ่งอาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับประเภทของสิทธิหลายประการได้เช่นเดียวกัน การวิเคราะห์ในส่วนนี้จะนำสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามาจำแนกตามประเภทของแต่ละสิทธิข้างต้นให้เห็นว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเข้าขอบเขตของประเภทแห่งสิทธิใดบ้าง

2.4.3.1 สิทธิเอกชนกับสิทธิมหาชน (ประเภทแห่งสิทธิ)

ลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คือ การแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง มีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงความหวงกันทรัพย์สินของตนตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ในประเด็นนี้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าซึ่งเป็นสนธิสัญญาหลักในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้กำหนดสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเอกชน⁵⁷ นอกจากนี้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็มิใช่กรณีที่เป็นการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐตามกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงจัดอยู่ในหมวดของสิทธิเอกชน อย่างไรก็ตามก็พึงระลึกไว้เสมอว่าคำอธิบายข้างต้นเป็นแค่กรณีของรัฐเข้าบทบาทในระบบทะเบียนตามกฎหมาย ซึ่งได้กล่าวแล้วว่ามิใช่เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในบริบทหนึ่งเป็นสิทธิที่รัฐมอบให้ซึ่งจะเป็นคนละกรณีกับประเภทของสิทธิที่อธิบายในส่วนนี้⁵⁸

2.4.3.2 สิทธิทางทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีใช้ทางทรัพย์สิน (วัตถุแห่งสิทธิ)

การศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ทำให้เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ก่อตัวมาจากสิทธิทางทรัพย์สิน หรือความเป็นเจ้าของตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ แต่เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่หลักทรัพย์สินทั่วไปนั้นไม่อาจปรับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการใช้สิทธิเช่นเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่างกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะทำให้เจ้าของสิทธิมีอำนาจเกินการควบคุม และสามารถใช้อิทธิพลนั้นทำร้ายบุคคลอื่นหรือรัฐได้ เนื่องจากสิทธิจะตกติดไปอยู่กับทรัพย์สินทุกชิ้นอย่างไม่จำกัด ดังนั้นตามแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายแล้ว ย่อมไม่อาจยินยอมเกิดสถานการณ์ที่กฎหมายสร้างความไม่เป็นธรรมในสังคมได้ จึงต้องสร้างสิทธิประเภทใหม่ขึ้นซึ่งมีลักษณะคล้ายทรัพย์สิน สิทธิคือ เป็นการบ่งบอกว่าผู้ถือสิทธิย่อมมีความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น แต่สิทธิดังกล่าวก็ถูกจำกัดโดยไม่อาจบังคับได้เหมือนกับทรัพย์สิน และจะต้องเคารพข้อยกเว้นบางประการที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีลักษณะเป็นสิทธิทางทรัพย์สิน ประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

⁵⁷ TRIPs Preamble “Recognizing that intellectual property rights are private rights.”

⁵⁸ Peter Drahos, *supra* note 1; โปรตดู, จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48.

2.4.3.3 สิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิสัมพัทธ์ (คู่กรณีแห่งสิทธิ)

การแบ่งแยกประเภทนี้ให้พิจารณาถึงคู่กรณีเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากเป็นกรณีสิทธิดังกล่าวสามารถใช้ยันกับบุคคลได้ทั่วไปย่อมเป็นสิทธิเด็ดขาด แต่หากเป็นกรณีสามารถใช้ยันได้เฉพาะกับคู่กรณีแห่งสิทธิของตนย่อมเป็นสิทธิสัมพัทธ์ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีลักษณะของทรัพย์สินสิทธิแฝงอยู่ คือ ความเป็นเจ้าของที่สามารถใช้ยันได้กับบุคคลทั่วไป มิใช่เฉพาะกับตัวบุคคลผู้เป็นคู่กรณีแห่งสิทธิเท่านั้น ดังนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมถูกจัดอยู่ในประเภทสิทธิเด็ดขาดที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถใช้ยันกับบุคคลใดก็ได้

2.4.3.4 รูปแบบของการการใช้สิทธิ (อาการการใช้สิทธิ)

(1) สิทธิมีอำนาจเหนือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแม้มีลักษณะของทรัพย์สินสิทธิ คือ ความเป็นเจ้าของ แต่ในการนี้กฎหมายมิได้ยินยอมให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถบังคับสิทธิได้ด้วยตนเองซึ่งผู้เป็นเจ้าของสิทธิเองจะต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ใช่สิทธิมีอำนาจเหนือ

(2) สิทธิเรียกร้อง จากที่กล่าวข้างต้นแล้วว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สิทธิอำนาจเหนือ เนื่องจากกฎหมายต้องการให้เจ้าของสิทธิต้องใช้สิทธิทางศาลเมื่อต้องการบังคับสิทธิระหว่างกันซึ่งบริบทของลักษณะการใช้สิทธิรูปแบบการเรียกร้องนี้แสดงให้เห็นว่าผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่อาจมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้เองซึ่งมีส่วนแตกต่างจากกรรมสิทธิ์ในหลายส่วนที่กฎหมายได้ยินยอมได้ลักษณะของกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอำนาจเหนือ ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงถูกจัดอยู่เป็นสิทธิเรียกร้องที่จำเป็นจะต้องใช้กระบวนการยุติธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ

(3) สิทธิปฏิเสธ เนื่องด้วยอาการการใช้สิทธิประเภทนี้ทำให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสิทธิประเภทอื่น เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธบุคคลอื่นมิให้เข้ามาล่วงละเมิดสิทธิของตน ในประเด็นของสิทธิปฏิเสธนี้เป็นลักษณะเฉพาะประการหนึ่งของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้แนวทางการอธิบายสิทธิในลักษณะนี้จำเป็นต้องแยกประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาออกจากกัน เพราะแต่ละประเภทจะมีหลักการแนวคิดที่ต่างกันอย่างชัดเจน ดังนั้น การอธิบายจำต้องชี้ให้เห็นถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่แยกประเภทเป็นแล้ว ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า เพื่อแสดงให้เห็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายมอบให้แก่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทโดยชัดแจ้ง⁵⁹

⁵⁹ รายละเอียดในส่วนนี้อ้างถึงกฎหมายสารบัญญัติแห่งราชอาณาจักรไทยเพื่อเป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์เพียงแห่งเดียว เนื่องจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั่วโลกตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน.

1. พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

มาตรา 27 “การกระทำความใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน”

2. พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

มาตรา 36 “ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นมีสิทธิดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ สิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร

(2) ในกรณีสิทธิบัตรกรรมวิธี สิทธิในการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร”

3. พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

มาตรา 44 “ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

ลักษณะของสิทธิตามกฎหมายข้างต้นเป็นสิทธิเชิงปฏิเสธ เพราะหากพิจารณาถึงสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights หรือ Negative Rights) ซึ่งการแปลความหมายของคำดังกล่าวได้มีการแปลที่แตกต่างกันออกไปตามที่ความเห็นของนักวิชาการแต่ละท่าน⁶⁰ จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติเป็นการห้ามมิให้บุคคลกระทำการอันเป็นการเข้าขอบเขตการละเมิดสิทธินั้น กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิปฏิเสธมิให้บุคคลอื่นทำซ้ำหรือเผยแพร่งานของตนสู่สาธารณชน เจ้าของสิทธิบัตรมีสิทธิปฏิเสธมิให้บุคคลอื่นจำหน่ายสินค้าที่มีสิทธิบัตรของตน หรือ เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิปฏิเสธบุคคลอื่นไม่ให้ใช้เครื่องหมายของตนที่ได้จดทะเบียนไว้ตามกฎหมาย ซึ่งสิทธิเหล่านี้กฎหมายบัญญัติให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ

⁶⁰ เลอสรร ธนสุกาญจน์, อ้าวไว้! เชิงอรรถที่ 61, ความหมายของคำว่า “Exclusive Rights” เหมือนกับ “Negative Rights” กล่าวคือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ สิทธิในการปฏิเสธ ซึ่งอาจมีการแปลคำดังกล่าวแตกต่างกันออกไปได้ เช่น “สิทธิหวงกัน” “สิทธิแต่เพียงผู้เดียว” หรือ “สิทธิเด็ดขาด.”

กล่าวโดยสรุป สิทธิเชิงปฏิเสธนั้นไม่ใช่สิทธิที่ให้เจ้าของสิทธิบริหารใช้สิทธิของตนในเชิงกระทำการ เพราะผู้ทรงสิทธิสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาได้เองอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากรัฐ⁶¹ หากแต่กฎหมายได้กำหนดสิทธิที่จะปฏิเสธบุคคลอื่นที่เข้ามาละเมิดสิทธิของตนจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น สิทธิปฏิเสธนี้จึงเป็นสิ่งที่กฎหมายมอบให้เพื่อเหตุผลในการมีมาตรการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในประเด็นนี้จะเป็นไปตามรายละเอียดที่ได้นำเสนอส่วนแรกที่ว่า การแสดงความเป็นเจ้าของตามลักษณะทางธรรมชาติที่มนุษย์มีอยู่แล้วในฐานะเจ้าของสิทธิโดยไม่จำเป็นต้องมีรัฐมอบให้

(4) สิทธิก่อตั้ง การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ไม่ต้องการความเห็นชอบจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีบุคคลทั่วไปสำหรับการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ เว้นแต่จะทำการตกลงกันเป็นสัญญาเฉพาะอย่างเพื่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องซึ่งจะไม่นำมาพิจารณาในกรณีนี้ ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิก่อตั้ง

2.4.3.5 สิทธิดั้งเดิมหรือสิทธิรับมา (ต้นกำเนิดแห่งสิทธิ)

สิทธิประเภทนี้มีความซับซ้อนต่อการพิจารณา เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีทั้งส่วนที่มีอยู่แต่เดิมว่าด้วยลักษณะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่จัดเป็นสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏอยู่แล้วดั้งเดิม และส่วนรับโอนมาจากผู้อื่นตามหลักการที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามหากตีความคำว่าผู้อื่นให้หมายถึงรัฐด้วยนั้น อาจพิจารณาได้ว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับมาจากรัฐเช่นเดียวกัน

การวิเคราะห์ข้างต้นเกิดจากการพิจารณาสิทธิแต่ละประเภท แล้วจึงนำเอาลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปอธิบายเพื่อให้เห็นลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างถึงแก่นแท้ ดังจะเห็นแล้วว่าข้อความคิดของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแฝงตัวอยู่ในหลายประเภทแห่งสิทธิ ซึ่งหากวิเคราะห์แล้วอาจแบ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้เป็นสองส่วน ส่วนแรกว่าด้วยสิทธิตามธรรมชาติในการแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งบุคคลพึงมีด้วยความเป็นเจ้าของ อีกส่วนหนึ่งเป็นส่วนที่ว่าด้วยสิทธิที่รัฐมอบให้เพื่อเป็นการรับรองสิทธิตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความคุ้มครองและมาตรการบังคับสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพเมื่อผู้ทรงสิทธิถูกละเมิด โดยการคุ้มครองนี้หมายรวมถึงการคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามประเด็นดังกล่าวก็ปรากฏความเห็นในหลายกรณีทั้งที่มีความเห็นต่างกันอย่างสิ้นเชิงหรือมีความเห็นในลักษณะเดียวกัน แต่ต่างกันในการอธิบาย ซึ่งจะได้มีการขยายความในรายละเอียดต่อไปในงานฉบับนี้

⁶¹ เลอสรร ธนสุกาญจน์. “การบริหารจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2558, จาก <http://www.lerson.sc.chula.ac.th/bc/index.php/articles/tech-innovation/ipr-management>, น. 14.

2.5 ความเป็นพลวัตรของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและข้อยกเว้นการใช้สิทธิ

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกสร้างโดยนักกฎหมายให้เป็นสิทธิชนิดใหม่เพื่อปรับใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างเป็นรากฐานที่มีมาตั้งแต่กำเนิดทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตามสังคมได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลา จึงส่งผลให้สิทธิเหล่านี้จำเป็นต้องมีการพัฒนาตามไปด้วยเช่นกัน ดังนั้น การพัฒนาที่ปรากฏขึ้นในสังคมจึงสามารถจำแนกออกได้หลายประการทั้งที่สอดคล้องอยู่ภายใต้หลักการเดิม คือ ต้องคำนึงถึงหลักความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิและผลประโยชน์สังคมซึ่งเป็นหัวใจหลักของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และที่มีการสร้างหลักการใหม่เพิ่มเติมขึ้นอีกหลายประการเพื่อเป็นการวางกฎหมายให้ครอบคลุมกับสถานการณ์ใหม่ที่เกิดขึ้นอย่างเป็นพลวัตร

2.5.1 ความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์สังคม

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิประเภทใหม่ที่นักกฎหมายสร้างขึ้นเพื่อปรับใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจากการศึกษาเชิงปรัชญา และทางประวัติศาสตร์ที่ได้กล่าวไปในหน้านักกฎหมายได้สร้างสิทธิที่มีคุณสมบัติ และลักษณะพิเศษยิ่งกว่ากรรมสิทธิ์ โดยการกำหนดหลักการเรื่อง การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม ในลักษณะที่สิทธิดังกล่าวจะต้องมีการถูกควบคุมให้อยู่ในขอบเขต มิให้มากเกินไปเช่นเดียวกับกรรมสิทธิ์ เพราะกรรมสิทธิ์มีข้อจำกัดที่ผูกติดกับตัวทรัพย์สินอยู่แล้ว และเหตุการณ์ในอดีตที่ผ่านมาแสดงให้เห็นถึงอันตรายต่อสังคมเมื่อมีการให้สิทธิแก่เจ้าของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างมากเกินไป ทำให้ไม่สามารถควบคุมการใช้สิทธิได้ อันเนื่องมาจากการปรับใช้ประเภทของสิทธิเช่นเดียวกับความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีรูปร่างตามตัวอย่างใน คดี “Darcy v. Allin”⁶² ที่ได้กล่าวถึงไปแล้ว

การให้คำนิยามของคำว่า “ความสมดุล” อาจถูกพูดถึงได้ในหลายบริบทขึ้นอยู่กับศาสตร์ที่ใช้อธิบายเรื่องราว เช่น การทำให้สมการสมดุลกันในวิชาคณิตศาสตร์ หรือ การทำให้สสารสมดุลกันในวิชาวิทยาศาสตร์ อย่างไรก็ตามความหมายของคำว่า “ความสมดุล” ก็มีการให้คำนิยามในเชิงความมุ่งหมายในบริบทของคำศัพท์เช่นเดียวกัน คือ การทำให้ทั้งสองข้างเท่าเทียมกันซึ่งได้แปลมาจากคำศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Balance”⁶³ ทั้งนี้ข้อสังเกตว่าในเชิงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น นิยมใช้คำว่า “Balance” มากกว่าคำว่า “Equal” หรือ “Equilibrium” ซึ่งหากกล่าวโดยสรุปทางกฎหมาย ความสมดุล คือ การทำให้ทั้งสองฝ่ายสมประโยชน์ตามสิ่งที่ตนพึงมีพึงได้รับอย่างเป็นธรรม

⁶² The Case of Monopolies Darcy v. Allin, *supra* note 21.

⁶³ Definition from Oxford Dictionaries, “Balance” means A situation in which different elements are equal or in the correct proportions.

หลักการสร้างความสมดุลนี้เป็นสาระสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ที่จะต้องมีการคำนึงถึงอยู่เสมอที่โดยหลักควรจะต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายสารบัญญัติเพื่อรองรับหลักการไว้ด้วย นอกจากนี้แนวคิดการสร้างความสมดุลได้พัฒนาต่อยอดเพื่อให้มีพื้นฐานทางแนวคิดที่ชัดเจนยิ่งขึ้น รวมถึงปรับใช้กับสถานการณ์ในสังคมยุคปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม ทั้งนี้การพัฒนาแนวคิดข้างต้นในหลายกรณีเป็นการขยายอาณาเขตของข้อยกเว้นในสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาออกไป ซึ่งวัตถุประสงค์ในการสร้างความสมดุลตามที่อธิบายแล้วว่ามีพัฒนาการต่อยอดในหลายด้าน และสามารถนำเสนอได้หลายมุมมอง เช่น นักวิชาการท่านหนึ่งได้นำเสนอการแบ่งประเภทการสร้างสมดุลไว้ทั้งหมดสามประการได้แก่⁶⁴ 1) การสร้างความสมดุลระหว่างการถือประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์และผู้ใช้ (Creators v. Users) 2) การสร้างความสมดุลระหว่างการกระจายภายในโลกของประเทศพัฒนาแล้วและประเทศที่กำลังพัฒนา (Developed v. Underdeveloped) และ 3) การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเอกชนและผลประโยชน์สาธารณะ (Private Rent Seeking v. Public Regarding) เป็นต้น โดยการนำเสนอข้างต้นนี้เป็นเพียงตัวอย่างที่ยกขึ้นเพื่อให้เห็นว่าประเภทแห่งการแบ่งแยกนั้นมีได้การจำกัดขอบเขตโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งในส่วนนี้จะอธิบายการแบ่งประเภทของการสร้างความสมดุลเอาไว้ดังนี้⁶⁵

2.5.1.1 การใช้คำว่า “ความสมดุล” ในทรัพย์สินทางปัญญา

(1) ความสมดุลในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คำว่า “ความสมดุล” ในทางกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศประเภทลายลักษณ์อักษรหรือสนธิสัญญา (Treaty) ซึ่งในประเด็นนี้เป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่ง เนื่องจากตั้งแต่อดีตกาลมานั้นไม่เคยมีการนิยามหรือบัญญัติความหมายของคำดังกล่าวเอาไว้เลยแม้แต่ฉบับเดียว ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม ค.ศ. 1883 อนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1886 หรือ ความตกลงมาดริดว่าด้วยการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1891 ซึ่งสนธิสัญญาที่ได้มีการกล่าวถึงข้างต้นล้วนแต่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศหลักที่รัฐได้สร้างขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดแยกออกไปเป็นการเฉพาะ โดยแต่ละสนธิสัญญาก็มีความเป็นมาและบริบทของแนวคิดที่แตกต่างกัน

⁶⁴ Steven Wilf. “Balance of Intellectual Property,” http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_ge_11/wipo_ipr_ge_11_wrap_up.pdf, November 25 2016.

⁶⁵ Federation of Intellectual Property Attorneys (FICPI). “The Quest for Balance in Intellectual Property Law: A New Paradigm or a Fad?,” <http://www.atrip.org/Content/Essays/Andrea%20Wechsler.pdf>, August 17, 2016, p. 2.

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) มีสถานะเป็นสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระดับหลักที่ในปัจจุบันเป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีการบัญญัติคำว่า ความสมดุล (Balance) ในข้อ 7⁶⁶ สรุปความจากบทบัญญัติได้ว่า “การคุ้มครองและการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเป็นไปเพื่อสนับสนุนการพัฒนาและยกระดับสิ่งประดิษฐ์ทางเทคโนโลยี การส่งต่อ และการกระจายตัวของเทคโนโลยี ผลประโยชน์โดยทั่วไปของกรรมวิธีทั้งต่อผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยี รวมไปถึงวิธีการใด ๆ ก็ตามที่จะส่งผลให้เกิดผลประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ สวัสดิการทางสังคม และการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่”⁶⁷ นับได้ว่าเป็นการบัญญัติคำว่าสมดุลลงในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นครั้งแรก

บทบัญญัติกฎหมายข้างต้นมาจาก “TRIPs Agreement and Public Health” ซึ่งเป็นร่างการประชุมรอบโดฮา (Doha) ที่เป็นส่วนเพิ่มเติมความตกลงทริปส์แสดงให้เห็นนัยว่ากฎหมายได้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จะต้องมีการสร้างความสมดุล (Strike a Balance) ให้เกิดขึ้นระหว่างเจ้าของสิทธิและผลประโยชน์ของสังคม ซึ่งคณะกรรมการก็ได้ร่างกฎหมายให้มีข้อความดังกล่าว นอกเหนือไปจากบทบัญญัติที่มีการบัญญัติถึงความสมดุลโดยตรงแล้ว ก็ยังมีการสร้างความสมดุลในฐานะข้อยกเว้นของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอีกมากมายภายในกฎหมาย เช่น ความตกลงทริปส์ข้อ 8⁶⁸ กำหนดว่ารัฐสามารถสร้างมาตรการเพื่อเป็นการยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้หากเป็นกรณีตามที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมายฉบับนี้ เช่น มาตรการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุข มาตรการที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ มาตรการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี เป็นต้น

⁶⁶ คำว่า “Article” ในงานฉบับนี้แปลเป็นภาษาไทยว่า “ข้อ” มิใช่ “มาตรา (Section).”

⁶⁷ สรุปความโดยผู้เขียนจาก TRIPs Article 7 “The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.”

⁶⁸ TRIPs Article 8 “1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.

2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.”

(2) ความสมดุลในการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา หลังจากความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับแล้วได้ปรากฏมีข้อพิพาทเกิดขึ้นทั้งในความสัมพันธ์ทั้งระดับระหว่างรัฐด้วยกัน และระดับภายในรัฐ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายตามที่แต่ละรัฐได้อนุมัติการเอาไว้ ในระดับระหว่างรัฐนั้นข้อพิพาทจะถูกนำเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (Dispute Settlement) ประกอบไปด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) ทำการวินิจฉัยเป็นขั้นต้น และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ทำการวินิจฉัยในกรณีที่คู่พิพาทไม่พอใจในคำชี้ขาดขั้นต้นและต้องการอุทธรณ์ ส่วนข้อพิพาทภายในรัฐก็เป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมของแต่ละรัฐ ซึ่งทั้งสองระดับมีข้อพิพาทและคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับการใช้คำว่าความสมดุล ได้แก่

ส่วนระดับระหว่างรัฐปรากฏในข้อพิพาท Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products⁶⁹ ในข้อพิพาทนี้คณะกรรมการวินิจฉัยได้รับรู้ถึงการมีอยู่ของความสมดุลภายใต้ความตกลงทริปส์ที่ปรากฏตามข้อ 7 และ 8.1⁷⁰ ซึ่งเมื่อตีความความจากบทบัญญัติทั้งสองจะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างผลประโยชน์ให้แก่สังคมโดยรวมมากกว่าเป็นการพิทักษ์สิทธิทางแพ่งเพียงอย่างเดียว ส่วนระดับภายในรัฐ จะยกตัวอย่างถึงสหรัฐอเมริกา ในคดี White v. Samsung Electronics America, Inc.⁷¹ ซึ่งมีใจความตอนหนึ่งในคดีว่า “ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องการสร้างสมดุลระหว่างสิ่งที่ควรเป็นของเจ้าของและสิ่งที่ควรเป็นของสังคม”

(3) ความสมดุลในนโยบายเชิงทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นการศึกษาเชิงนโยบายขององค์การระหว่างประเทศที่มีขึ้นต่อการสร้างความสมดุลในทรัพย์สินทางปัญญา

องค์การการค้าโลกมีความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าเป็นสนธิสัญญาหลักสำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งในความตกลงฉบับนี้เองที่เป็นส่วนในการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ โดยพิจารณาจากความมุ่งหมายของผู้ร่างผ่านบทบัญญัติทางกฎหมายทั้งในระยะยาวที่ให้สังคมมีเป้าหมายในการพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ และในระยะสั้นที่อนุญาตให้บุคคลสามารถใช้งานที่ได้รับความคุ้มครองได้หากเป็นไปตามข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด ความสมดุลที่ว่านี้แยกออกได้เป็นสามส่วน ส่วนแรก คือ ตัวงานประดิษฐ์และงานสร้างสรรค์นั้นได้ทำประโยชน์ให้แก่สังคม ส่วนที่สอง คือ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์ และส่วนที่สาม คือ ความยืดหยุ่นที่ยินยอมให้รัฐสามารถกำหนดความคุ้มครองได้ตามที่ตนต้องการโดยรักษาเพียงมาตรฐานขั้นต่ำของสนธิสัญญาไว้⁷²

⁶⁹ Panel Report, Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products (2000).

⁷⁰ Panel Report, *Ibid.*, para 7.62.

⁷¹ Case Summary, White v. Samsung Electronics America, Inc. Available at: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/971/971.F2d.1395.90-55840.html>.

⁷² Federation of Intellectual Property Attorneys, *supra* note 65, p. 6.

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับสาธารณสุขก็เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากว่า จะต้องสร้างความสมดุลอย่างไรจึงจะมีความสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนที่เหมาะสม เนื่องจากเรื่องสาธารณสุขเป็นเรื่องที่อ่อนไหว และเกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิมนุษยชนที่รองรับสิทธิของมนุษย์ที่จะมีสุขอนามัยที่ดี ทำให้การบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องยากลำบาก ในประเด็นนี้เองที่องค์การอนามัยโลกเข้ามามีบทบาทเนื่องจากเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหา ซึ่งตัวองค์กรฯ เองก็ได้ใช้เวทีการประชุมหารือกับองค์การการค้าโลกเพื่อค้นหาคำตอบ แนวคิดที่ยืดหยุ่นกฎหมายมากขึ้นตามบทบัญญัติที่มีอยู่แล้ว⁷³ โดยไม่เป็นการลดความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาลง แสดงให้เห็นผ่านเรื่องสิทธิบัตรในยารักษาโรคที่เป็นประเด็นข้อพิพาทในหลายประเทศ โดยสรุปแล้วเราอาจกล่าวได้ว่าผู้กำหนดนโยบายนั้นได้ตระหนักถึงการสร้างความสมดุลในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการกำหนดนโยบาย กฎหมาย และมาตรการในทางปฏิบัติ

2.5.1.2 ความสมดุลตามกระบวนทัศน์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

กระบวนทัศน์ทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Paradigm of Intellectual Property Law) จากงานวิจัยฉบับนี้เสนอว่า การใช้คำว่า “ความสมดุล” ในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งแต่เดิมแทบจะไม่มีการใช้เลย แต่ในเวลาต่อมาการสร้างสมดุลได้ถูกพูดถึงเป็นอย่างมากในกรณีการใช้สิทธิบัตรยาซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันในช่วงเวลาหนึ่งเพื่อหาทางออกที่เหมาะสมสำหรับปัญหาดังกล่าว Magaret Chon⁷⁴ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยซีแอตเทิล (Seattle University) สหรัฐอเมริกาได้มีแนวคิดที่สอดคล้องกับนักวิชาการหลายท่าน⁷⁵ ตามที่ได้นำเสนอแล้วว่าการสร้างความสมดุลอาจแบ่งได้เป็นสองกรณีใหญ่ คือ การสร้างความสมดุลระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภคทรัพย์สินทางปัญญา และ การสร้างความสมดุลระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งอย่างหลังนี้เป็นความท้าทายประการสำคัญในการสร้างความสมดุลเพราะเป็นการกดดันกันระหว่างรัฐ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าเรื่องสิทธิมนุษยชนถูกนำมาพูดถึงเป็นอย่างมากในเวทีของการสร้างความสมดุล ทำให้เห็นได้ชัดเจนว่าการสร้างความสมดุลนั้นเริ่มได้รับการตระหนักมากขึ้นในสังคมของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิมนุษยชนได้ถูกพูดถึงในบริบทดังกล่าวด้วย⁷⁶

⁷³ Federation of Intellectual Property Attorneys, *Ibid.*, p. 7.

⁷⁴ Margaret Chon, “Towards a Development-Oriented International Intellectual Property Balance,” *Berkeley IPSC 2006 Conference*, (August 2006), p. 2-4.

⁷⁵ Ruth L. Okediji, “Copyright and Public Welfare in Global Perspective,” *J. Ind. J. Global Legal Study*. (1999); see also, Jerome H. Reichman, “The TRIPs Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?,” *32 Case W. Res. J. Int’l L.* 441, (2000); Ruth L. Okediji, “Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPs Agreement,” *17 Emory Int’l L. Rev.* 819, (2003).

⁷⁶ Federation of Intellectual Property Attorneys, *supra note 65*, p. 11.

2.5.2 พลวัตรแนวคิดการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า

เมื่อสังคมมีพัฒนาการก้าวหน้ามากขึ้นในทุกด้าน โดยเฉพาะพัฒนาการของนวัตกรรมชนิดใหม่จากสาขาวิชาต่าง ๆ รวมไปถึงเศรษฐกิจการค้าที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ความต้องการในการคุ้มครองสำหรับสิ่งของชนิดใหม่ที่ถูกร่างขึ้นย่อมมีมากขึ้นตามลำดับ จึงส่งผลให้เกิดการนำเอาสิ่งใหม่นี้มาเข้าระบบความคุ้มครองเป็นทรัพย์สินทางปัญญา อันหนึ่งรูปแบบของของสิ่งใหม่ที่ได้รับการสร้างสรรค์ที่กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมนี้อาจเป็นได้ทั้งสิ่งใหม่ที่เพิ่งขึ้นในสังคมมนุษย์เพราะพัฒนาการก้าวหน้าทางเทคโนโลยี หรือไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นใหม่หากเป็นเพียงการหยิบนำเอาสิ่งที่ปรากฏแต่เดิมแล้วมาสร้างหลักการและแนวคิดทางกฎหมายเพื่อสนับสนุน ทำให้ปัจจุบันนี้มีลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าภายใต้องค์การการค้าโลก ทั้งหมด 8 ชนิดได้แก่ 1. ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง 2. เครื่องหมายการค้า 3. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ 4. การออกแบบอุตสาหกรรม 5. สิทธิบัตร 6. การออกแบบผังภูมิของวงจรรวม 7. การคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย และ 8. การควบคุมการปฏิบัติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันในการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญา แสดงให้เห็นว่าการขยายขอบเขตความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีได้หยุดอยู่ที่การเพิ่มจำนวนของสิ่งที่มนุษย์เห็นว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใหม่เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการตีความสิ่งที่เดิมถูกจัดประเภทและได้รับความคุ้มครองอยู่ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้วเดิม แต่ขยายความให้ได้รับความคุ้มครองในมิติใหม่ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมลักษณะของสิทธิที่มีอยู่แล้ว

พัฒนาการขยายความคุ้มครองในงานฉบับนี้จะขอล่าถึงเฉพาะ เครื่องหมายการค้า เพื่อให้สอดคล้องกับประเด็นปัญหาที่งานวิจัยฉบับนี้ตั้งขึ้น กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าแต่เดิมนั้นได้ถูกยอมรับในฐานะสิ่งใดก็ตามที่บุคคลใช้เพื่อแยกแยะสิ่งของ ๆ ตนออกจากสิ่งของผู้อื่น เช่น ตราสัญลักษณ์ รูปภาพ ลวดลาย คำ ข้อความ ประโยค ตัวเลข ฯลฯ ต่อมาสังคมได้มีการพัฒนามากขึ้นทำให้การใช้เครื่องหมายการค้าได้รับความนิยมและเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจการค้ามากขึ้นเช่นกัน แต่ก็ยังคงลักษณะสำคัญเดิมไว้ คือเพื่อจำแนกแยกสินค้าให้มิเอกลักษณะและแตกต่างออกจากกัน ส่งผลให้ในเวลาต่อมาได้ปรากฏแนวคิดการคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ๆ เพราะเมื่อมีสิ่งอื่นที่สามารถทำหน้าที่ได้เช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้า กลุ่มผู้ที่สร้างสรรค์คิดค้น รวมไปถึงกลุ่มผู้ได้รับผลประโยชน์ย่อมเรียกร้องให้ตนมีสิทธิเหนือสิ่งนั้น ยกตัวอย่างเช่น เครื่องหมายบริการที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างบริการของผู้ประกอบการที่มีได้ขึ้นอยู่กับสินค้าอีกต่อไป เครื่องหมายกลิ่นหรือ เครื่องหมายเสียงที่ปัจจุบันนี้ได้บางรัฐได้ให้การยอมรับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่ง ดังนั้น ลักษณะของการขยายกรอบการตีความเพื่อเพิ่มความคุ้มครองนี้นับว่าเป็นพลวัตรอย่างหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการพิจารณาให้สิทธิทางกฎหมายแก่ผู้ขอรับความคุ้มครองมากขึ้น ซึ่งแนวโน้มทางสังคมนั้นมนุษย์จะพัฒนาตนเองอยู่อย่างต่อเนื่อง จึงอาจกล่าวได้ว่าลักษณะของแนวคิดสร้างสรรค์อาจมีได้อย่างไม่จำกัด หรือ ไม่มีจุดสิ้นสุดส่งผลให้เกิดลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใหม่ ๆ

การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ หรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า “Trade Dress” เป็นอีกรูปแบบหนึ่งที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ให้ความคุ้มครองไว้ ซึ่งส่วนประกอบที่ทว่านี้หากพิจารณาถึงบริบทในคำภาษาอังกฤษ คือ Trade Dress จะหมายถึงความถึงหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้า (Packaging of a Product) เพราะมาจากการตีความว่าเป็นสิ่งที่ห่อหุ้มหรือตกแต่งสินค้า (The “Clothes” in which a Product was “Dressed”) แต่ในปัจจุบัน ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการมีความหมายกว้างขึ้นไปอีก กล่าวคือ ได้รวมถึงภาพที่ปรากฏทั้งหมดโดยรวมของสินค้าหนึ่ง (Total Image or Overall Impression Created by a Product’s Configuration or Packaging) ตัวอย่างเช่นรูปร่างของตัวกีตาร์ หรือ รูปร่างของที่จุดบุหรี่ เป็นต้น⁷⁷ นอกเหนือไปจากนี้ ส่วนประกอบดังกล่าวยังทำหน้าที่อยู่ในขอบเขตของหลักการเครื่องหมายการค้าเดิม คือ เพื่อใช้จำแนกแยกแยะสินค้าและบริการเพื่อให้บุคคลรับรู้ว่ามี ความแตกต่างกันอย่างไร

ส่วนประกอบของสินค้าและบริการยังเป็นสิ่งที่ช่วยสร้างหรือดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคให้กับตัวสินค้าหรือบริการชนิดนั้น ๆ เสมือนทำหน้าที่เป็นส่วนเสริมของเครื่องหมายไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการเนื่องจากเครื่องหมายจะทำหน้าที่เป็นตัวชี้แนะหรือแยกแยะความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการ และส่วนประกอบได้มีส่วนช่วยให้การชี้แนะหรือแยกแยะดังกล่าวเป็นไปได้โดยง่าย สะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการใช้ประสาทสัมผัสทางตาในการบ่งบอกถึงความแตกต่าง แต่อยู่ในขอบเขตที่กว้างกว่าตัวเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการเอง⁷⁸ เท่ากับว่าในสินค้าชนิดหนึ่งนั้นความคุ้มครองอาจมิได้ถูกจำกัดเพียงแต่รูปลักษณะของเครื่องหมายเพียงอย่างเดียว แต่ยังได้รวมไปถึงส่วนประกอบที่ทำให้เห็นสินค้านั้นซึ่งนัยยอมหมายรวมไปถึงบรรจุภัณฑ์ด้วย อย่างไรก็ตามก็ต้องพึงระลึกไว้เสมอว่า ส่วนประกอบของสินค้านี้ต้องตกอยู่ในหลักเกณฑ์องค์ประกอบแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกัน

ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการสามารถกล่าวได้ว่าเป็นพลวัตรของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่เพิ่มเติมขึ้นมาซึ่งเป็นการขยายกรอบความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้มีปริมาณล่อออกไปมากขึ้นกว่าเดิม แต่ก็เกินไปเพื่อการจำแนกสินค้าและบริการ ซึ่งรูปแบบของความคุ้มครองส่วนประกอบก็เป็นประเด็นที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากเครื่องหมายการค้าที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับตัวบรรจุภัณฑ์ของสินค้า อย่างไรก็ตามดังได้กล่าวไปในส่วนก่อนหน้านี้การขอรับความคุ้มครองยังต้องเป็นไปตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าซึ่งต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์องค์ประกอบของเครื่องหมายซึ่งแน่นอนว่าจะต้องรวมไปถึงต้องเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายนั่นเอง ในส่วนของรายละเอียดเพิ่มเติมและบริบททางกฎหมายสารบัญญัติจะได้นำเสนอ และอธิบายในลำดับต่อไป

⁷⁷ มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, “การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น. 7.

⁷⁸ มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, *เพิ่งอ้าง*, น. 8.

2.5.3 พลวัตรและการขยายขอบเขตของข้อยกเว้นเรื่องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

นิติศาสตร์หรือกฎหมายจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายบทหลัก ย่อมต้องมีบทยกเว้นเพื่อให้เกิดความสมดุล และความยุติธรรมสูงสุดเท่าที่กฎหมายพึงจะให้ได้ แต่หากกฎหมายไม่มีการบัญญัติข้อยกเว้นไว้ อาจเกิดสถานการณ์ที่มีผลประหลาดจากการบังคับใช้กฎหมายเช่นนั้น เนื่องจากกฎหมายไม่อาจอำนวยความสะดวกได้ในสังคมได้ เปรียบเสมือนว่ากฎหมายหากปราศจากบทยกเว้นก็เหมือนกับเส้นด้ายที่ตึงมากเกินไป หากดันทุรังบังคับใช้เส้นด้ายก็จะขาดไปในที่สุด กล่าวคือกฎหมายนั้นจำเป็นต้องมีบทบัญญัติยกเว้นเอาไว้เสมอ

เมื่อมีพัฒนาการของสิทธิในด้านที่มากขึ้นดังที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่แล้ว ย่อมตามมาด้วยพัฒนาการของข้อยกเว้นเช่นเดียวกันเพื่อเป็นจุดสร้างสมดุลสำหรับสิทธิที่เพิ่มขึ้นมานั้น ในประเด็นของข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาพบว่าได้มีการพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง และมีเหตุผลสนับสนุนมากมายหลายประการที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีบริบทอยู่ในชีวิตประจำวันของมนุษย์เกือบจะทุกกระบวนการ และในอีกด้านหนึ่งก็เป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจชิ้นสำคัญเพื่อแสวงประโยชน์และผลกำไร ทำให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างผู้เป็นเจ้าของสิทธิและสาธารณชนอยู่เสมอ อย่างไรก็ตามหัวข้อนี้จะพิจารณาถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้พิจารณาปัญหาหัวข้อวิจัยที่ได้ตั้งไว้ คือ ข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยเรื่องปัญหาด้านชีวิตและสุขภาพเท่านั้น เนื่องจากไม่สามารถยกเหตุผลที่เป็นส่วนสนับสนุนข้อยกเว้นมากล่าวถึงในงานฉบับนี้ได้ทั้งหมด

ประเด็นปัญหาในชีวิตและสุขภาพของมนุษย์เข้ามามีบทบาทในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในหลายประเด็นด้วยกัน แต่ประเด็นที่สำคัญและจำเป็นจะต้องกล่าวถึงเสียก่อน คือ ประเด็นว่าด้วยสิทธิในสุขภาพกับสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยา (Right to Health and Access to Patented Medicines) เนื่องจากผลิตภัณฑ์ยาเป็นสิ่งสำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์ประการหนึ่ง เพราะ เป็นสิ่งที่ทำหน้าที่บรรเทาและรักษาโรคร้ายชนิดต่าง ๆ ซึ่งมีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงรูปแบบอันก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตมนุษย์อยู่ตลอดเวลา ดังนั้นผู้ประดิษฐ์คิดค้นผลิตภัณฑ์ยาชนิดใหม่เพื่อรักษาโรคนับว่าเป็นประโยชน์ต่อมนุษยชาติอย่างมหาศาล อย่างไรก็ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้เข้ามามีบทบาทต่อผลิตภัณฑ์ยา โดยให้ความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทสิทธิบัตร ประเด็นปัญหาจึงเกิดขึ้นเมื่อการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยากลับแยกออกเป็นสองฝ่ายที่แสดงทรรศนะคติแตกต่างกัน ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหากต้องการให้คุณภาพของชีวิตมนุษยชาติดีขึ้นนั้นควรจะให้ยารักษาโรคทั้งหลายไม่ตกเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้ใด เนื่องจากจะทำให้การรักษาโรคเป็นไปได้ยากและติดปัญหามากมาย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้บัญญัติและบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นที่เรียบร้อยรัฐภาคีสมาชิกจำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ การให้สิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์ยาที่ครบองค์ประกอบตามกฎหมาย

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ออกโดยองค์การการค้าโลก ความตกลงฉบับนี้ได้มีการบัญญัติความคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา พร้อมกับกำหนดมาตรการยืดหยุ่น (Flexibilities) เพื่อช่วยผ่อนปรนความตึงเครียดของกฎหมายลงเฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ยกเว้นได้ ทั้งนี้ความตกลงทริบียังได้รับการส่งเสริมจากปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริบียกับสาธารณสุข (Doha Declaration on TRIPs and Public Health) ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมรอบโดฮาที่รัฐสมาชิกต่างเห็นพ้องต้องกันในเรื่องการให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะเรื่องสาธารณสุขทั้งหลาย โดยปฏิญญาได้กำหนดว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องไม่กีดขวางประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อปกป้องสาธารณสุขของประเทศ นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้รัฐภาคีตัดสินใจเองในเรื่องการกำหนดมูลเหตุอันเหมาะสมในการใช้มาตรการบังคับสิทธิ (Compulsory Licensing) ได้⁷⁹ ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับหลักการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิและประโยชน์ของสังคมได้เป็นอย่างดี กล่าวโดยสรุปเบื้องต้นได้ว่าผลิตภัณฑ์ยาแม้จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่อาจถูกยกเว้นได้หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนด เช่น เกิดสภาวะโรคระบาด รัฐสามารถอ้างข้อยกเว้นตามกฎหมายเพื่อยกเว้นสิทธิในสิทธิบัตรเสียก่อนเพื่อใช้ผลิตภัณฑ์ยาเข้าช่วยเหลือประชาชนภายในรัฐ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าสิทธิบัตรสามารถถูกยกเว้นได้เช่นเดียวกัน แต่กฎหมายก็กำหนดว่ารัฐจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรนั้น อนึ่งข้อยกเว้นที่ว่าด้วยการรักษาชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นี้ก็ต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมด้วยเหตุผล และมีฐานแห่งกฎหมายรองรับด้วย มิใช่ว่ารัฐจะออกมาตรการใดก็ได้ตามอำเภอใจโดยอ้างเพียงเหตุผลในการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เท่านั้น และประการสำคัญที่สุด คือ มาตรการดังกล่าวต้องมีความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งในการตีความองค์ประกอบทางกฎหมายนั้นจะต้องพิจารณาตามสนธิสัญญาขององค์การการค้าโลกที่จะแสดงให้เห็นในบทต่อไป

ข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีเหตุผลมาจากเรื่องสิทธิมนุษยชนข้างต้นนี้ได้ถูกยกขึ้นอ้างประกอบกับกรณีของมาตรการบรรจุกัญธิแบบเรียบด้วยเช่นกัน เพื่อเป็นการสนับสนุนว่ามาตรการดังกล่าวมีความชอบธรรมในการยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประเด็นปัญหาสำคัญ คือ เมื่อหลักแห่งสิทธิมนุษยชนที่แฝงตัวอยู่ในทั้งสองภาคส่วนที่กฎหมายพิพาทกันจะมีวิธีการแก้ไขและวินิจฉัยปัญหาอย่างไรให้เป็นธรรมและสอดคล้องกับหลักการของกฎหมาย

⁷⁹ วิมล สิทธิโอสด, “การบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าในประเทศกำลังพัฒนา: ศึกษากรณีสิทธิบัตรยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554), น. 6; see also, Declaration on the TRIPs and Public Health, para 5b “(b) Each Member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.”

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก

องค์การการค้าโลก (World Trade Organization - WTO) มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ (International Organization) จัดตั้งขึ้นตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT (ความตกลงแกตต์) ซึ่งพัฒนามาจากรากฐานจากกฎของพ่อค้า (Lex Mercatoria) ที่เป็นหลักปฏิบัติระหว่างพ่อค้าด้วยกันมาเป็นเวลานานจนกลายเป็นจารีตประเพณีทางการค้า ในเวลาต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนามากยิ่งขึ้นลักษณะของการค้าขายได้มีการขยายตัวจากระดับระหว่างเอกชนภายในรัฐ เป็นระดับระหว่างรัฐที่ทำการค้าขายกันในสังคมระหว่างประเทศ การค้าขายระดับรัฐที่เกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิบัติติดต่อกันเป็นเวลานานก็พัฒนาตัวกลายเป็นจารีตประเพณีทางการค้าระหว่างรัฐขึ้นมาด้วยแนวคิดเช่นเดียวกันกับกฎของพ่อค้า ตัวอย่างเช่น การให้สิทธิพิเศษบางอย่างระหว่างรัฐที่ทำการค้ากันอย่างสม่ำเสมอ หรือเมื่อระหว่างรัฐเกิดความขัดแย้งกันย่อมต้องเกิดการกีดกันทางการค้าซึ่งกันและกันเพื่อเป็นการตอบโต้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

การค้าขายระหว่างรัฐเป็นตัวแปรสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจภาพรวมของทั้งโลก และเมื่อมีปัญหาทางเศรษฐกิจลุกลามจึงส่งผลให้เกิดสงครามขึ้นระหว่างรัฐ ได้แก่ สงครามโลกครั้งที่ 2 สาเหตุเนื่องมาจากรัฐที่มีการผลิตสินค้าเองมีความจำเป็นที่ต้องตั้งกำแพงภาษีสินค้านำเข้าประเภทเดียวกับที่ตนผลิตเพื่อไม่ให้เกิดการเสียดุลทางการค้าของตลาดสินค้าภายนอกกับสินค้าภายในรัฐ ทำให้รัฐที่ถูกกีดกันทางการค้าอย่างหนักจากมาตรการทางภาษีที่รัฐอื่นสร้างขึ้นตัดสินใจก่อสงครามขึ้นเพื่อให้มีการขยายฐานทางเศรษฐกิจให้รัฐของตนสามารถอยู่รอดได้ ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้ร่วมกันจัดการประชุมเพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจเพื่อป้องกันมิให้มีการก่อให้เกิดสงครามขึ้นอีก ซึ่งผลจากการประชุมครั้งนั้นรัฐทั้งหลายเห็นตรงกันว่าให้มีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศ เพื่อออกกฎระเบียบในการป้องกันมาตรการกีดกันทางการค้าที่รัฐสร้างขึ้นในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งที่เป็นภาษีและมีใช้ภาษี เนื่องจากมาตรการที่กีดกันทางการค้าจะส่งผลทำให้เกิดความเสียหายหลายประการ เช่น สินค้ามีราคาสูงจนประชาชนไม่มีกำลังซื้อสินค้าจึงล้นตลาด หรือ ผู้ผลิตสินค้าขาดทุนเสียหายจนต้องปิดกิจการ หากรวมปัจจัยเหล่านี้เข้าด้วยกันก็จะส่งผลกระทบให้สถานะเศรษฐกิจภายในรัฐไปสู่ระหว่างรัฐที่ได้รับผลกระทบเป็นลูกโซ่ เกิดเป็นภาวะเศรษฐกิจซบเซา (Economic Recession)¹ ซึ่งสถานะที่วุ่นวายนี้จะกระทบต่อความมั่นคงของทั้งโลก และส่งผลให้รัฐบางรัฐไม่มีทางเลือกในเชิงเศรษฐกิจ

¹ ทักษิณัย ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, น. 38-39.

องค์การการค้าโลกได้ก่อตั้งขึ้นมาจากความร่วมมือของรัฐทั้งหลายเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจและการค้า โดยการทำหน้าที่เป็นบุคคลกลางในการรักษาระบบการค้าระหว่างรัฐโดยมีวัตถุประสงค์หลักสามประการ ได้แก่ ประการแรก เพื่อเป็นการทำให้เกิดการค้าเสรียิ่งขึ้นโดยจะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างรัฐสมาชิกที่ต้องการออกมาตรการบางอย่างเพื่อรักษาอำนาจอธิปไตยของตน ประการที่สองเพื่อเป็นเวทีในการจัดการข้อพิพาททางการค้าระหว่างรัฐต่าง ๆ โดยกระบวนการระงับข้อพิพาทที่องค์การการค้าโลกสร้างขึ้นและเป็นผู้ควบคุมการพิจารณา และประการสุดท้ายเป็นองค์การที่ออกกฎระเบียบทางการค้าเพื่อบังคับใช้กับรัฐที่เข้าเป็นภาคีสมาชิก ผ่านวิธีการและหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์คือการลดอุปสรรคทางการค้าให้น้อยลงที่สุดผ่านบทบัญญัติทางกฎหมายที่รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนรัฐผู้เสียหายมีสิทธิในการร้องเป็นข้อพิพาทต่อองค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การฯ เพื่อให้เข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว และในท้ายที่สุดอาจมีบทลงโทษบางประการ หากปรากฏว่ารัฐนั้นกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์ทางการค้า

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กล่าวถึงข้างต้น คือ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT 1947) มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายฉบับหลักในการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามในยุคต้นนั้น การสร้างหลักเกณฑ์ทางการค้าระหว่างที่องค์การการค้าระหว่างประเทศมีหน้าที่ดำเนินการยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร เนื่องจากบางรัฐที่เสียประโยชน์ได้แสดงความไม่เห็นด้วยกับการสร้างระบบทางการค้า² อย่างไรก็ตามความตกลงแกตต์ที่บัญญัติขึ้นก็ยังมีผลใช้บังคับอยู่ เป็นเวลาถึง 46 ปี และได้มีการปรับปรุงภายหลังในปี 1994 และมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลกในปี 1995 และดำเนินการถึงปัจจุบัน

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าได้มีการประชุมเพื่อพัฒนาหลักเกณฑ์อยู่อย่างสม่ำเสมอเนื่องจากลักษณะทางการค้ามีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องโดยเฉพาะประเด็นที่รัฐสมาชิกพยายามหาเหตุผลในการสร้างข้อจำกัดเพื่อสร้างอุปสรรคทางการค้า³ รัฐสมาชิกจึงจัดประชุมระหว่างกันเพื่อเจรจาลดอุปสรรคทางการค้าลงให้ได้มากที่สุดทั้งมาตรการทางภาษีและไม่ใช่อภาษี โดยการประชุมกรอบแรกส่วนมากเน้นประเด็นไปที่เรื่องการลดอัตราภาษีลงให้ได้มากที่สุด แต่ในการประชุมรอบที่เจ็ดได้มีการขยายกรอบการลดอุปสรรคทางการค้านอกเหนือไปจากเรื่องภาษีด้วย เช่น การจำกัดทางการค้า การออกใบอนุญาตสินค้า รวมไปถึงเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ฯลฯ⁴ โดยการประชุมรอบดังกล่าวถือเป็นการจัดประชุมที่ประสบความสำเร็จมากที่สุด เพราะมีการสร้างหลักเกณฑ์ของรูปแบบทางการค้าใหม่ขึ้นมาบังคับใช้ในสังคมระหว่างประเทศ

² ทักษิณัย ทองอุไร, เพิ่งอ้าง, น. 27-28.

³ Peter Van den Bossche, *infra note 12*, p. 17-18.

⁴ Hoekman, Bernard, "New Issues in the Uruguay Round and Beyond," *The Economic Journal*, 103, November 1993, p. 1528-1529.

3.1 หลักเกณฑ์ของความตกลงทั่วไปด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

ความตกลงแกตต์เป็นสนธิสัญญาที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก ประกอบไปด้วยหลักการพื้นฐาน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ คือ การสร้างค่าที่มีความเสรีมากยิ่งขึ้น ซึ่งการกล่าวถึงความเสรียิ่งขึ้นนี้ เนื่องจากการค้าที่เสรีอย่างแท้จริง คือ การที่รัฐทุกรัฐยินยอมพร้อมใจกันเปิดเสรีทางการค้าโดยไม่มีการกำหนดลักษณะมาตรการทางการค้าเพื่อจำกัดแต่อย่างใดนั้นเป็นไปได้เพียงอุดมคติทางความคิดไม่สามารถเกิดขึ้นจริงได้ เพราะทุกรัฐจะต้องรักษาอำนาจอธิปไตยของตนเอง เฉพาะในบางกรณี ยกตัวอย่างเช่น รัฐหนึ่งจะกล่าวหาว่ารัฐอิสลามว่ามีมาตรการพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ทำจากเนื้อหมูไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องเฉพาะทางศาสนาสำหรับรัฐนั้น

เมื่อต้องมีการรักษาลักษณะของความเป็นอธิปไตยแห่งอำนาจรัฐ จึงทำให้ในระหว่างการสร้างหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก รัฐภาคีสมาชิกจึงตกลงยอมรับร่วมกันว่าการสร้างมาตรการกีดกันทางการค้าบางประเภทสามารถกระทำได้ หากเป็นกรณีที่ได้กระทำตามองค์ประกอบทางกฎหมายรวมถึงมีการให้เหตุผลอย่างเหมาะสม⁵ กล่าวคือการสร้างข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทางการค้าสามารถทำได้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับหลักการข้างต้น ในการนี้ความตกลงแกตต์ได้มีการบัญญัติแนวทางการสร้างข้อยกเว้นโดยจะต้องมีองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดที่เป็นหลักเกณฑ์กลาง ประกอบกับบทบัญญัติข้อยกเว้นเฉพาะที่บัญญัติภายในสนธิสัญญาอื่นที่อยู่ภายใต้องค์การฯ เช่นเดียวกัน กล่าวโดยสรุปคือลักษณะของข้อยกเว้นนี้เป็นไปเพื่อเป็นการลดความเคร่งครัดของกฎหมายให้รัฐสมาชิกรักษาความสมดุลระหว่างอำนาจอธิปไตยและหลักเกณฑ์ทางการค้าเพื่อรักษาความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างรัฐให้สามารถคงอยู่ได้ในสังคมระหว่างประเทศ⁶

3.1.1 หลักการพื้นฐาน

ภายใต้หลักการที่จะกล่าวถึงนี้ เป็นแนวคิดเบื้องต้นหลังที่ก่อให้เกิดวัตถุประสงค์ และหลักเกณฑ์ทางการค้าเพื่อการค้าให้เสรียิ่งขึ้น โดยรัฐสมาชิกต่างเห็นตรงกันในการกำหนดเจตจำนงในประเด็นของการที่จะลดอุปสรรคทางการค้าทั้งในรูปแบบของภาษีและที่ไม่ใช่ภาษี จะต้องดำเนินการตามหลักปฏิบัติทางการค้าบางประการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น รัฐภาคีสมาชิกจะต้องยอมรับเอาหลักการดังกล่าวไปปฏิบัติตามโดยไม่มีเงื่อนไข เพราะเป็นสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานี้

⁵ ทัชชฌัย ทองอุไร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 43; see also, Peter Van den Bossche, *infra note 12*, p. 75.

⁶ ทัชชฌัย ทองอุไร, *เพิ่งอ้าง*, น. 44-45.

3.1.1.1 หลักการหยุดและคงไว้ของฐานภาษี (Standstill and Rollback)

อัตราภาษีเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการเก็บเม็ดเงินเพื่อบำรุงรักษาและพัฒนาาระบบต่าง ๆ ภายในรัฐ สำหรับกรณีของการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากรัฐจะต้องนำเข้าสินค้าจากรัฐผู้ส่งออก และรัฐผู้ส่งออกเช่นว่านั้นได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว จึงจำเป็นที่รัฐผู้นำเข้าจะต้องเก็บภาษีจากสินค้าเหล่านั้นเพื่อเป็นการจัดทำประโยชน์ให้กับทางรัฐผู้รับด้วย อย่างไรก็ตามมาตรการทางภาษีจัดว่าเป็นอุปสรรคทางการค้าที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งที่หากปล่อยให้มีการเก็บตามอำเภอใจ ย่อมก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างร้ายแรง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการค้าสินค้านำเข้าและส่งออกสินค้าเข้าไปสู่รัฐหนึ่งให้มีปริมาณน้อยลง หรือในบางกรณีจะเป็นการกีดกันสินค้าหรือบริการอย่างเด็ดขาดจากอีกรัฐหนึ่ง เพราะ อัตราฐานภาษีเป็นปัจจัยที่เป็นตัวแปรสำคัญที่สุดสำหรับการกำหนดลักษณะการบริโภคของประชากรของแต่ละรัฐ

ตามหลักเกณฑ์ข้อ 2 ความตกลงแกตต์ เมื่อรัฐเข้าเป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก รัฐจะต้องสัญญานับจากเข้าเป็นสมาชิกว่าจะต้องหยุดการขึ้นฐานภาษี⁷ เช่น ภาษีศุลกากรและค่าธรรมเนียมนำเข้าภายในรัฐของตน ทั้งนี้จะต้องคงภาษีไว้ตามที่ต้นเสนอไว้เมื่อแรกเข้าและไม่มีการขึ้นฐานภาษีต่อไปอีก เมื่อเวลาผ่านไปรัฐจะต้องลดฐานภาษีลงอย่างต่อเนื่องให้ต่ำลงมากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ นอกเหนือไปจากการลดฐานภาษีอย่างต่อเนื่องแล้วรัฐจะต้องเคารพหลักการห้ามเลือกปฏิบัติในการกำหนดฐานภาษีอีกด้วย กล่าวคือ การกำหนดอัตราภาษีจะต้องกระทำอย่างเสมอเหมือนเท่าเทียมกันทั้งในระดับระหว่างรัฐและประชากรภายในรัฐตน

3.1.1.2 หลักการต่างตอบแทน (Reciprocity)

การสร้างการค้าที่เสรีจะประสบผลได้อย่างรวดเร็วก็ด้วยพันธกรณีที่รัฐมีหน้าที่ในการตอบแทนระหว่างกัน กล่าวคือ การที่รัฐหนึ่งได้ให้ผลประโยชน์ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดแก่อีกรัฐหนึ่งแล้ว รัฐผู้รับประโยชน์ก็มีพันธกรณีที่จะต้องตอบแทนในประโยชน์อย่างเดียวกันคืนแก่รัฐที่มอบประโยชน์นั้นแก่ตนด้วย โดยลักษณะผลประโยชน์ที่จะต้องตอบแทนซึ่งกันและกันนี้มีได้จำกัดอยู่ที่เงินตราเพียงอย่างเดียว แต่อาจเป็นการให้สิทธิพิเศษบางประการได้เช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการลดอัตราภาษี หรือ การให้สิทธิพิเศษอย่างอื่น ๆ อย่างไรก็ตามกรณีนี้ข้อกฎหมายอาจยินยอมให้มีการยกเว้นได้เช่นเดียวกัน ถ้ามีเหตุผลอันจำเป็นและสมควร เช่น กรณีรัฐที่ด้อยพัฒนามากที่สุดอาจได้รับสิทธิพิเศษบางอย่างมากกว่ารัฐอื่นที่พัฒนาแล้ว เป็นต้น

⁷ GATT Article 2

1. (a) “...accord to the commerce of the other contracting parties treatment no less favourable than that provided for in the appropriate Part of the appropriate Schedule annexed to this Agreement.

3. No contracting party shall alter its method of determining dutiable value or of converting currencies so as to impair the value of any of the concessions provided for in the appropriate Schedule annexed to this Agreement.”

3.1.1.3 หลักการบังคับกันได้ (Enforcement)

เมื่อรัฐภาคีเกิดข้อพิพาทระหว่างกันในหลักเกณฑ์ทางการค้า องค์การการค้าโลกมีบทบาทและหน้าที่ต้องพิจารณาชี้ขาดเพื่อยุติข้อพิพาทนั้นเมื่อมีการร้องขอ ผ่านกลไกการระงับข้อพิพาทความขัดแย้ง (Understanding Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes - DSU) ซึ่งมีองค์กรระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body - DS) ประกอบไปด้วยสองส่วนได้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body - AB)⁸ มีอำนาจในการรับวินิจฉัยข้อพิพาทที่ไม่สามารถยุติได้ในชั้นพิจารณาแรก โดยจะต้องมีการยื่นคำอุทธรณ์ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐ แต่กรณีนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศให้อำนาจไว้ ซึ่งรัฐสมาชิกที่เป็นคู่พิพาทกันมีสิทธิร้องคดีเพื่อให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาได้ แต่จะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าในสังคมระหว่าง รัฐการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาย่อมแตกต่างจากการดำเนินกระบวนการภายในรัฐที่จะต้องอาศัยความยินยอมของรัฐพิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อเข้าสู่กระบวนการเท่านั้น

กระบวนการระงับข้อพิพาทที่ประกอบไปด้วยองค์กรย่อยสองส่วนข้างต้น มีลักษณะเฉพาะหลายประการได้แก่ ประการแรก เป็นการทบทวนคดีโดยศาล (ระบบกึ่งศาล) การดำเนินการด้านหนึ่งลักษณะคล้ายกับศาลคือมีการตั้งรูปคดีในการพิจารณา แต่ในอีกด้านหนึ่งที่แตกต่างจากศาล คือการระงับข้อพิพาทจะใช้ระบบอนุญาโตตุลาการที่คู่ความมีสิทธิในการเลือกคณะกรรมการผู้ที่จะมาตัดสินระงับข้อพิพาทได้เอง ทั้งนี้ไม่ว่าผลของการพิจารณาจะเป็นเช่นใด รัฐทั้งสองฝ่ายสามารถเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งได้ กล่าวคือ คือการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นเพียงการให้คำแนะนำกับรัฐเท่านั้น เนื่องมาจากในสังคมระหว่างรัฐนี้แต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองโดยปราศจากอำนาจเหนือที่สามารถบังคับอีกฝ่ายได้ แม้ว่าจะเป็นองค์การระหว่างประเทศมีคำวินิจฉัยก็ต้องอาศัยการยินยอมให้ปฏิบัติตามเช่นเดียวกัน ประการที่สอง รัฐสมาชิกมีสิทธิตั้งคดีในแต่ละกระบวนการ ประการที่สาม สามารถอ้างอิงหลักกฎหมายและคำพิพากษาในคดีก่อนได้ ประการที่สี่ มีระบบการแสดงหลักฐานและการระงับในการพิสูจน์ ประการสุดท้ายสืบเนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาทไม่สามารถบังคับให้รัฐยกเลิกการกระทำความผิดได้ อย่างไรก็ตามรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์กรระงับข้อพิพาทอาจถูกดำเนินการบางอย่างจากรัฐอื่นเป็นการภายในเพื่อเป็นการตอบโต้รัฐผู้กระทำความผิดโดยวิธีการเสียสิทธิบางประการหรือการกระทำบางอย่างที่มีได้จำกัดอยู่ การปรับเป็นจำนวนเงิน⁹ เช่น การคว่ำบาตร (Boycott) ทางเศรษฐกิจ การยกเลิกการให้สิทธิการค้าคุ้มครองตามกฎหมายที่รัฐไม่ยินยอมให้แก่รัฐตน เหล่านี้เพื่อเป็นการตอบโต้การกระทำความผิดที่รัฐอื่นมีอำนาจกระทำได้

⁸ Peter Tobias Stoll, "World Trade Organization Dispute Settlement," Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2012, p. 1-2.

⁹ ทักษิณ ทองอุไร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 395-397; see also, P. Tobias Stoll, *Ibid.*, p. 3.

3.1.1.4 หลักการความโปร่งใส (Transparency)

องค์การการค้าโลกแม้จะกำหนดหลักเกณฑ์อย่างรัดกุม อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ ความมั่นคง และสุขอนามัยของมนุษย์ สัตว์ พืช ทำให้ข้อจำกัดหรืออุปสรรคทางการค้าจึงยังคงต้องมีอยู่เพื่อรักษาลักษณะความเป็นอธิปไตยของแต่ละรัฐ¹⁰ ดังนั้นข้อจำกัดเหล่านี้ไม่ว่าอยู่ในรูปแบบใด เช่น กฎหมาย กฎระเบียบ คำพิพากษาของศาล รัฐผู้กำหนดมาตรการที่มีผลกีดกันทางการค้า จะต้องเผยแพร่ข้อมูลของมาตรการให้รัฐภาคีสมาชิกทุกรัฐทราบทันที เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกอื่นสามารถจัดการเจรจา หรือ ตระเตรียมการบางอย่างที่จำเป็นเสียก่อน รวมไปถึงการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยหากรัฐนั้นคิดว่าจะมีความจำเป็น ทั้งนี้การเผยแพร่อาจทำด้วยวิธีการใดก็ได้ สำหรับกรณีที่รัฐผู้ออกมาตราการไม่ยอมเผยแพร่ข้อจำกัดดังกล่าวให้รัฐภาคีอื่นทราบย่อมอาจถูกพิจารณาว่า ไม่มีความโปร่งใส และปราศจากความน่าเชื่อถือ ทั้งนี้นอกจากเผยแพร่แล้วรัฐผู้ออกมาตราการจะต้องยอมให้รัฐอื่นสอบถามหรือตั้งข้อสังเกตถึงความเหมาะสมของข้อจำกัดได้ และท้ายที่สุดหากข้อจำกัดนั้นมีได้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐภาคีสมาชิกอื่นอาจร้องเป็นข้อพิพาทต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เพื่อมีมติในการเพิกถอนข้อจำกัดเหล่านั้น

3.1.1.5 หลักการสร้างสมดุล (Balance)

หลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่สร้างไว้อย่างเคร่งครัดก็เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่จัดตั้งองค์การฯ คือ การสร้างสถานะการค้าให้เสรียิ่งขึ้น ดังนั้นลักษณะการสร้างข้อจำกัด หรืออุปสรรคทางการค้าจะสามารถบังคับใช้ได้กรณีเท่าที่มีความจำเป็น และต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้ทั้งหมดทั้งปวง รวมไปถึงลักษณะของบทบัญญัติเฉพาะที่บัญญัติไว้บังคับแต่ละกรณี ทั้งหมดนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่รัฐภาคีสมาชิกทุกฝ่าย¹¹ ในการดำเนินการทางเศรษฐกิจและการค้า ซึ่งการสร้างอุปสรรคทางการค้านี้เองจะต้องมีเหตุผลที่ระหว่างรัฐเห็นร่วมกันว่าเป็นธรรม สามารถยินยอมให้กระทำได้ และอยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ลักษณะของกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดนั้นจำเป็นต้องมีข้อยกเว้นซึ่งอนุญาตอยู่ในหลักเกณฑ์เพื่อสร้างความสมดุลอย่างเหมาะสมกับอำนาจอธิปไตยของรัฐภาคีสมาชิกเพื่อให้รัฐมีอิสระในการใช้อำนาจอธิปไตยของตนบริหาร และกำหนดทิศทางการค้าภายในรัฐตนเอง ดังนั้นการสร้างสมดุลจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดทั้งสำหรับรัฐภาคีสมาชิก และองค์การการค้าโลก อนึ่งจึงต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเพื่อความยืดหยุ่นนั้น ย่อมเปิดโอกาสให้มีการตีความ รวมไปถึงการค้นหาข้อสนับสนุนไม่ว่าจะโดยคำชี้ขาดข้อพิพาทเดิม เอกสารทางวิชาการ ทฤษฎีทางกฎหมาย หรือแม้กระทั่งหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่บางสนธิสัญญากำหนดว่าเป็นสาระสำคัญหากจะมีการออกมาตรการกีดกันทางการค้าจะต้องมีหลักฐานที่สมเหตุสมผลกับมาตรการซึ่งความเหมาะสมอาจขึ้นอยู่กับกรณีการตีความของแต่ละประเด็นข้อพิพาท

¹⁰ Peter Van den Bossche, *infra* note 12, p. 160; โปรตดู, ทัชชัย ทองอุไร, *เพิ่งอ้าง*, น. 44.

¹¹ ทัชชัย ทองอุไร, *เพิ่งอ้าง*, น. 43.

3.1.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นพื้นฐานขององค์การการค้าโลกที่มีองค์ประกอบของหัวข้อที่นำเสนอไปก่อนหน้านี้ แต่เนื่องจากหลักการนี้มีเนื้อหารายละเอียดและประเด็นการพิจารณาอยู่หลายประเด็น จึงมีความจำเป็นต้องแยกการอธิบายเป็นหัวข้อใหม่เพื่อครอบคลุมรายละเอียดให้ครบถ้วนอันจะเป็นประโยชน์สำหรับการวิเคราะห์ปัญหาที่งานฉบับนี้ได้ตั้งขึ้นต่อไป สำหรับสาระสำคัญของหลักการไม่เลือกปฏิบัติ หมายถึง วิธีการปฏิบัติที่รัฐหนึ่งมีให้แก่ประชากรภายในรัฐตนด้วยกัน รวมถึงระหว่างรัฐตนและรัฐอื่น แนวทางการปฏิบัติเช่นว่านั้นจะต้องเป็นแนวทางอย่างเดียวกันกับที่ปฏิบัติกับรัฐสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งหมด เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมโดยไม่มี การเลือกปฏิบัติ¹² เช่น รัฐ A กำหนดฐานภาษีผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผลิตภายในรัฐ และ ผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าจากรัฐ B ที่อัตราร้อยละ 10 ดังนั้น รัฐ A มีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องวางฐานภาษีสำหรับรัฐภาคีทุกรัฐในองค์การการค้าโลกร้อยละ 10 สำหรับผลิตภัณฑ์ยาสูบให้เหมือนกัน จากตัวอย่างข้างต้นนี้หลักการไม่เลือกปฏิบัติจึงสามารถแยกอธิบายออกได้เป็นสองส่วน คือ หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งสำหรับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างรัฐ และหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง สำหรับกรณีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันกับประชากรภายในรัฐตน

3.1.2.1 หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment)

หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งบัญญัติใน ข้อ 1 (1) ของความตกลงเกตตีใจความว่า “ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอากร ศุลกากร และค่าธรรมเนียมใด ๆ ที่เก็บจากการนำเข้าส่งออก การโอนเงินระหว่างประเทศเพื่อชำระการนำเข้าส่งออก วิธีการเรียกเก็บอากร และค่าธรรมเนียมต่าง ๆ กฎเกณฑ์และวิธีการทั้งปวงในการนำเข้าส่งออก เรื่องทั้งปวงที่อ้างในข้อ 3 วรรค 2 และ 4 ผลประโยชน์การอนุเคราะห์ เอกสิทธิและความคุ้มกันใด ๆ ที่รัฐภาคีสมาชิกให้แก่ผลิตภัณฑ์ที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศอื่น หรือมีจุดหมายไปยังประเทศอื่นจะต้องให้แก่สมาชิกองค์การการค้าโลกโดยทันทีและปราศจากเงื่อนไข”¹³ สรุปใจความสำคัญได้ว่าประโยชน์อย่างใด ๆ ก็ตามที่ตัวกฎหมายกำหนดขึ้น หากมีการให้แก่รัฐใดแล้วจะต้องมีการให้ประโยชน์อย่างเดียวกันนั้นแก่รัฐสมาชิกอื่นทุกรัฐทันทีโดยไม่มีเงื่อนไข ซึ่งลักษณะของประโยชน์นี้นอกเหนือไปจากภาษีแล้ว ยังมีค่าธรรมเนียมอื่น ๆ รวมไปถึงลักษณะการกำหนดกฎเกณฑ์และวิธีการในการนำเข้าส่งออก ซึ่งในส่วนนี้คือ มาตรการที่รัฐแต่ละรัฐสร้างขึ้นเพื่อเป็นการรักษาอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จำต้องได้รับการควบคุมจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อสร้างความสมดุล

¹² Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, (Cambridge University Press, 2013), p. 35-37.

¹³ GATT Article 1 “...to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.”

กรณีตามบทบัญญัติทางกฎหมายข้างต้นที่ได้กล่าวไปนั้น เมื่อรัฐภาคีสมาชิกได้ให้ประโยชน์กับรัฐอื่นไม่ว่ารัฐอื่นนั้นจะมีสถานภาพเป็นภาคีสมาชิก หรือนอกภาคีสมาชิก ขององค์การการค้าโลกก็ตาม ผลประโยชน์เช่นนั้นจะต้องมอบให้กับรัฐภาคีสมาชิกทุกรัฐโดยทันที และไม่มีเงื่อนไขตามองค์ประกอบของกฎหมาย¹⁴ อาจกล่าวได้ว่าหลักการนี้เป็นเครื่องมือที่องค์การ การค้าโลกสร้างขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการเร่งปฏิกิริยาให้เกิดการค้าเสรีรวดเร็วมากยิ่งขึ้น เพราะรัฐภาคี สมาชิกทั้งหลายจะได้รับการปฏิบัติในทุกลักษณะอย่างเท่าเทียมและมีฐานภาษีเดียวกัน ในทางตรงกัน ข้ามหลักการดังกล่าวจะต้องยอมรับข้อแตกต่างตามลักษณะเหตุผลที่แสดงออกเป็นข้อยกเว้นของแต่ละ รัฐสมาชิกที่อาจกล่าวขึ้นอ้างเพื่อเป็นการรักษาความสมดุลต่อหลักเกณฑ์การค้า

3.1.2.2 หลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง (National Treatment)

หลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองบัญญัติในข้อ ข้อ 3 (2) ความตกลง แกตต์ใจความว่า “ผลิตภัณฑ์ของภาคีสมาชิกที่นำเข้ามาในอาณาเขตของภาคีสมาชิก จะไม่ถูกเรียก เก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมในรูปแบบใด ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเกินกว่าที่เก็บจากผลิตภัณฑ์ ภายในประเทศที่เหมือนกัน ภาคีสมาชิกจะไม่เรียกเก็บภาษีและค่าธรรมเนียมภายในอื่น ๆ ในลักษณะ ที่ขัดแย้งกับหลักการภายใต้มาตรา 3 วรรค 1”¹⁵ เมื่ออ่านและวิเคราะห์ประกอบกับ ข้อ 3 (1) “ภาคี สมาชิกรับรองว่าภาษีและค่าธรรมเนียมภายใน กฎหมายข้อบังคับ ข้อกำหนดที่มีผลต่อการขาย การ ขนส่ง การจำหน่าย การใช้ผลิตภัณฑ์ ข้อบังคับว่าด้วยปริมาณส่วนผสม การผลิตและการใช้ไม่ควร นำมาบังคับกับผลิตภัณฑ์นำเข้าหรือผลิตภัณฑ์ภายในประเทศในลักษณะที่เป็นการปกป้องคุ้มครองแก่ การผลิตภายในประเทศ”¹⁶

หลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองมีความสำคัญเหมือนกับหลักผล ปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง รวมไปถึงลักษณะขององค์ประกอบทางกฎหมายเบื้องต้นมี ใจความสำคัญใกล้เคียงกันมาก แต่เปลี่ยนตัวแปรหลักที่จากเดิมเป็นการให้ผลประโยชน์แก่รัฐใดแล้ว จะต้องให้แก่รัฐสมาชิกอื่นอย่างเทียบเท่ากัน เป็นกรณีเมื่อรัฐให้ผลประโยชน์แก่ประชาชนภายในรัฐ อย่างไม่ดีแล้วจะต้องให้แก่รัฐอื่นอย่างเท่าเทียมกันด้วย กล่าวโดยสรุปคือหากมีการให้ประโยชน์ประการ ใดที่ลักษณะที่ให้กับประชากรภายในรัฐ จะต้องมอบประโยชน์อย่างเดียวกันให้ให้แก่รัฐภาคีสมาชิกอื่น อย่างเท่าเทียมกัน เมื่ออธิบายประกอบกับหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง เท่ากับ ว่ารัฐสมาชิกจะได้รับประโยชน์เหมือนกันทั้งสองส่วน ไม่ว่าจะเป็นส่วนประโยชน์ที่ให้กับรัฐอื่นและส่วน ประโยชน์ที่ให้ประชากรภายในรัฐด้วย อนึ่งรายละเอียดของหลักการรวมไปถึงลักษณะการปรับใช้ใน รูปแบบของข้อพิพาทที่เกิดจากขึ้นจะได้กล่าวให้ทราบในส่วนต่อไป

¹⁴ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *supra* note 12, p. 315-316.

¹⁵ GATT Article 3 (1) “...no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.”

¹⁶ GATT Article 3 (2) “...should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.”

3.1.2.3 ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน (Like Products)

ความหมายของคำว่า “ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน” เป็นปัจจัยและองค์ประกอบสำคัญที่กำหนดไว้ในความตกลงแกตต์ เพื่อใช้ในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่ามีลักษณะการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทั้งที่เป็นกรณีตามหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หรือตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง กล่าวคือ ลักษณะของการเลือกปฏิบัติจะมีขึ้นได้ก็เฉพาะเป็นผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกันเท่านั้น ซึ่งหากกล่าวในทางตรงกันข้ามเท่ากับว่าลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่ไม่เหมือนกันก็สามารถได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้¹⁷ ยกตัวอย่างเช่น ผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องมีการตั้งฐานภาษีที่เท่ากันไม่ว่าจะนำเข้ามาจากรัฐใดเนื่องจากเป็นผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกัน ในทางตรงกันข้ามผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีฐานภาษีเท่ากับผลิตภัณฑ์วัตถุดิบการทำอาหาร เพราะเป็นผลิตภัณฑ์คนละประเภทกันไม่จำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน อย่างไรก็ตามด้วยความซับซ้อนของลักษณะผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่ในสังคม ประกอบกับลักษณะการอธิบายหรือหาความหมายว่าสินค้าที่เป็นประเด็นพิพาทเหมือนกันหรือไม่มักเกิดจากความเป็นปัจเจกบุคคลทำให้เกิดปัญหาแห่งการนิยามคำจำกัดความของคำว่า “ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน”

การพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์ใดเหมือนกันหรือไม่ กล่าวแล้วว่ามีได้มีนิยามกำหนดไว้ในความตกลงแกตต์หรือสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับองค์การการค้าโลกแต่อย่างใด ส่งผลให้การอธิบาย การสร้างคำจำกัดความนั้น รวมไปถึงการกำหนดกรอบพิจารณาผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน เป็นไปอย่างยากลำบาก ยกตัวอย่างเช่น การที่จะอธิบายว่าแอปเปิลลูกหนึ่งต่างจากอีกลูกหนึ่งนั้นเป็นเรื่องที่อธิบายได้ยากและสามารถให้เหตุผลในการสนับสนุนได้หลากหลายปัจจัยด้วยกัน¹⁸ ขึ้นอยู่กับการที่ผู้อธิบายจะเลือกใช้คำอธิบายอย่างไร เช่น พันธุ์ของแอปเปิล ชนิดของแอปเปิล ลักษณะการบริโภค ของมนุษย์ ฯลฯ ปัจจัยในการอธิบายเหล่านี้สามารถส่งผลให้แอปเปิลลูกหนึ่งเหมือนหรือแตกต่างกับอีกลูกหนึ่งก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติขององค์การการค้าโลกนั้นได้ปรากฏข้อพิพาทเป็นจำนวนมากที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท รวมไปถึงองค์กรอุทธรณ์พยายามค้นหากรอบของข้อความคิดในการสร้างนิยามผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน อย่างไรก็ตามก็ดีด้วยลักษณะแห่งข้อเท็จจริงประกอบกับข้อต่อสู้ระหว่างคู่พิพาทสร้างขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างและมีความหลากหลาย จึงเกิดแนวทางการวินิจฉัยผลิตภัณฑ์เหมือนกันนั้นแตกต่างกันออกไป โดยส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับการกำหนดปัจจัยที่เป็นประเด็นพิจารณาและให้มีการหาเหตุผลเข้ามาสนับสนุน ซึ่งจากการวิเคราะห์ข้อพิพาทที่นำมาศึกษาประกอบกับการอธิบายเรื่องผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกันนี้ พบว่าปัจจัยที่นิยมนำมาวิเคราะห์ได้แก่ ฐานภาษี, รสนิยม, อุปนิสัยของผู้บริโภค และลักษณะทางกายภาพ ในการนี้จะขอยกตัวอย่างผ่านข้อเท็จจริงที่ได้เกิดขึ้นในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีต่างนำเสนอหลักฐาน รวมไปถึงลักษณะการชี้ขาดขององค์กรระงับข้อพิพาท เพื่อเป็นตัวอย่างประกอบคำอธิบายเรื่องผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹⁷ Robert E. Husec, “Like Products,” Regularly Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law, University of Michigan Press, 2000, p. 1-3.

¹⁸ Robert E. Husec, *Ibid.*, p. 3-4.

(1) ข้อพิพาท Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสเปนออกมาตรการกำหนดฐานภาษีว่ากาแฟชนิดโรบัสต้า (Robusta) จะถูกเก็บภาษีสูงกว่ากาแฟชนิดอื่น โดยสเปนได้ให้เหตุผลว่ากาแฟชนิดโรบัสต้าเป็นสินค้าคนละประเภทกันกับกาแฟชนิดอื่นที่วางจำหน่ายในท้องตลาด เนื่องจากกาแฟโรบัสต้ามีลักษณะกรรมวิธีการผลิตและการบริโภคที่แตกต่างจากกาแฟทั่วไปที่นำเข้ามาจำหน่ายภายในสเปน¹⁹ จากเหตุผลดังกล่าว สเปนจึงเห็นว่ากาแฟโรบัสต้าสามารถถูกจัดเก็บภาษีได้สูงกว่ากาแฟชนิดอื่นได้ โดยมีได้เป็นการเลือกปฏิบัติทางการค้าแต่อย่างใด

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบราซิลเป็นผู้ผลิตและส่งออกกาแฟชนิดโรบัสต้ารายหลักของโลกได้รับความเสียหาย เพราะสินค้าที่ตนผลิตและส่งออกหลักถูกจัดเก็บในอัตราภาษีที่สูงกว่าผลิตภัณฑ์กาแฟชนิดอื่น²⁰ บราซิลจึงตัดสินใจนำเอามาตรการดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ในการนี้บราซิลได้นำเสนอว่ากาแฟโรบัสต้าที่บราซิลผลิตนั้นเป็นสินค้าที่เหมือนกับกาแฟชนิดอื่น ไม่มีข้อแตกต่างกันตามที่สเปนได้กล่าวอ้างแต่อย่างใด เพราะไม่ว่าจะเป็นกาแฟชนิดไหนก็ใช้สำหรับบริโภคเช่นเดียวกัน ดังนั้นการกระทำที่จัดเก็บภาษีในอัตราที่สูงกว่าของสเปนจึงเป็นการเลือกปฏิบัติทางการค้า ข้อพิพาทดังกล่าวคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ชี้ขาดข้อเท็จจริงโดยให้เหตุผลประกอบการพิจารณาว่าสินค้านั้นจะเหมือนและเป็นชนิดเดียวกันหรือไม่ ไม่อาจสามารถหาหลักเกณฑ์กลางมาพิจารณาได้ทั้งหมด ในทางตรงกันข้ามการพิจารณาจะต้องขึ้นอยู่กับลักษณะที่เกิดขึ้นตามแต่ละข้อพิพาทนั้น สำหรับข้อกรณีนี้ ผู้ผลิตสินค้ากาแฟซึ่งถือว่าเป็นผู้มีสิทธิในวงการทางกาแฟให้ความเห็นว่ากาแฟทุกชนิดมีกรรมวิธีการที่เหมือนกัน และใช้สำหรับการบริโภคอย่างเดียวกัน ดังนั้น กาแฟประเภทโรบัสต้าจึงเหมือนกับสินค้ากาแฟชนิดอื่น ๆ²¹ ทำให้ต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ดังนั้นการกระทำของสเปนจึงเป็นการกีดกันทางการค้าโดยใช้มาตรการทางภาษีในการจัดเก็บ กล่าวโดยสรุปคณะกรรมการฯ เล็งเห็นว่าการนิยมของผู้ผลิตกาแฟที่เห็นลักษณะของกาแฟจะเหมือนกันหรือไม่ พิจารณาจากลักษณะการผลิตและลักษณะทางกายภาพของกาแฟเอง เพราะเป็นของที่มนุษย์ใช้บริโภคเหมือนกัน ซึ่งหากพิจารณาอื่นโดยตั้งปัจจัยใหม่เพื่อใช้ในการวินิจฉัยอาจทำให้ผลของคดีแตกต่างออกไปได้ เช่น หากกำหนดปัจจัยเป็นผู้มีสิทธิในการบริโภคกาแฟเป็นกลุ่มเฉพาะ อาจมีการให้เหตุผลว่ารสชาติ รสสัมผัส รวมไปถึงกลิ่นของกาแฟชนิดโรบัสต้า กับกาแฟชนิดอื่นมีความแตกต่างกัน ดังนั้น ผลของคดีอาจทำให้มาตรการการขึ้นภาษีเฉพาะกาแฟโรบัสต้าเป็นการไม่เลือกปฏิบัติ เพราะเป็นสินค้าคนละประเภทกัน จึงเป็นการสนับสนุนเหตุผลที่ว่าคำชี้ขาดจะขึ้นอยู่กับปัจจัยที่นำมาพิจารณา

¹⁹ Panel Report, Spain Unroasted Coffee (1981), para. 3.7. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/80coffee.pdf

²⁰ Panel Report, *Ibid.*, para. 3.9.

²¹ Panel Report, *Ibid.*, para. 4.6-4.8.

(2) ข้อพิพาท Canada/Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแคนาดาส่งออกผลิตภัณฑ์ไม้สนไปจำหน่ายที่ญี่ปุ่นซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าว ญี่ปุ่นออกมาตรการเก็บอัตราภาษีไม้สนแต่ละพันธุ์แตกต่างกัน โดยพันธุ์ “Spruce Pine Fir หรืออักษรย่อว่า SPF”²² ที่แคนาดาเป็นผู้ส่งออกหลักนั้นถูกเก็บภาษีสูงกว่าพันธุ์ไม้สนอื่น แคนาดาจึงได้โต้แย้งว่าลักษณะการกระทำดังกล่าวของญี่ปุ่นเป็นการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากแคนาดาให้เหตุผลว่า ไม่ว่าจะพันธุ์ไม้สน SPF ที่ตนได้ส่งออก หรือ ไม้สนพันธุ์อื่น ล้วนจัดอยู่ในหมวดของต้นสนเหมือนกันจึงเป็นผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกัน ดังนั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติในการกำหนดอัตราภาษีอย่างเท่าเทียมกัน ในคดีพิพาทนี้ญี่ปุ่นได้มีการส่งหลักฐาน และให้เหตุผลประกอบรูปคดีว่า ญี่ปุ่นต้องการให้ประชาชนใช้ไม้ประเภทอื่นนอกจากพันธุ์ไม้ SPF ของแคนาดา²³ และทางปฏิบัตินั้นภายในญี่ปุ่นได้นำเสนอหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าลักษณะการบริโภคของประชากรในรัฐตนสำหรับพันธุ์ไม้สน SPF นั้นแตกต่างจากพันธุ์ไม้สนชนิดอื่น เพื่อเป็นการสนับสนุนประเด็นข้างต้น ญี่ปุ่นได้หยิบยกลักษณะการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ไม้สนภายในประเทศตนแสดงต่อคณะกรรมการฯ ว่าภายในสถานที่จัดจำหน่ายไม้สนในประเทศญี่ปุ่น ไม้สนพันธุ์ SPF จะถูกจัดอยู่คนละแผนกกับไม้สนพันธุ์อื่น เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้บริโภคเห็นว่าวัตถุประสงค์การใช้ไม้สนพันธุ์ SPF นั้นไม่เหมือนกับพันธุ์ไม้สนอื่น และผู้บริโภคก็เข้าใจตามที่แสดงนั้น²⁴ หลักฐานที่ญี่ปุ่นได้นำเสนอส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อการกำหนดปัจจัยความเป็นผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกันของคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ซึ่งในกรณีนี้เป็นที่ชัดเจนว่าปัจจัยที่กำหนดขึ้นนั้นมีลักษณะที่สนับสนุนญี่ปุ่นมากกว่าในส่วนรสนิยมผู้บริโภคที่ญี่ปุ่นได้พิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนได้ว่าพันธุ์ไม้แตกต่างกัน

ข้อพิพาทข้างต้นนี้ทำให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนต่อข้อพิพาทเรื่องกาแฟของสเปนข้างต้น เพราะแม้ลักษณะข้อพิพาทจะมีกระบวนการตีความและการให้ความเห็นในการสร้างกรอบจำกัดความของผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน คือ การใช้ลักษณะของรสนิยมผู้บริโภคเป็นตัวแปรซึ่งในข้อพิพาทแรกนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่ารสนิยมของผู้บริโภค คือ ผู้ผลิต และในกรณีหลังรสนิยมผู้บริโภค คือ ผู้บริโภคในท้องตลาด ทำให้ผลของการตัดสินนั้นแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือ องค์กรอุทธรณ์ไม่จำเป็นต้องยึดติดหรืออ้างอิงจากคำชี้ขาดเดิม ดังนั้น การวินิจฉัยย่อมขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละข้อพิพาท และการนำเสนอหลักฐานที่มีความแตกต่างกัน อันนำไปสู่การกำหนดปัจจัยในการวินิจฉัยที่แตกต่างกันด้วย กล่าวคือ การวินิจฉัยจะต้องขึ้นอยู่กับสภาพแห่งข้อพิพาทที่ขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย โดยเฉพาะการกำหนดประเด็นพิพาทและการนำเสนอหลักฐานสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน รวมไปถึงการเลือกปัจจัยหรือตัวแปรที่จะนำมาเป็นบริบทหลักในกระบวนการวินิจฉัยอีกด้วย

²² Panel Report, Canada - Dimension Lumber (1989), para 2.2. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88lumber.pdf

²³ Panel Report, *Ibid.*, para 2.14 – 2.16.

²⁴ Panel Report, *Ibid.*, para 3.12 – 3.14.

3.2 บรรจุภัณฑ์แบบเรียบกับหลักเกณฑ์ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

หลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่บัญญัติได้มีประเด็นพิพาทกับหลักเกณฑ์บัญญัติแห่งกฎหมายอื่นอย่างต่อเนื่อง สาเหตุเพราะการเปิดการค้าให้เสรียิ่งขึ้นนั้นส่งผลต่อหลายภาคส่วนทั้งที่มีกฎหมายบัญญัติรองรับอยู่แล้ว หรือกรณีที่มีการบัญญัติกฎหมายใหม่ โดยความขัดแย้งที่เกิดจากการพิพาทกันข้างต้นจะต้องมีการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อแก้ไขสถานการณ์อยู่บ่อยครั้ง กรณีของบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่รัฐสมาชิกอนุวัติการตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกที่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นเช่นเดียวกัน เพราะ ลักษณะของบทบัญญัติภายในกรอบความตกลงฯ มีอยู่หลายภาคส่วนที่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติของหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาเช่นเดียวกัน

การนำเสนอในส่วนต่อไปนี้จะนำเสนอถึงบทบัญญัติที่เป็นหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่ได้รับผลกระทบจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบที่เป็นบทกฎหมายรากฐานของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ เนื่องจากผลของมาตรการดังกล่าว จะส่งผลผู้ผลิตจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบให้ปราศจากรูปภาพ ลวดลาย และสีล้นที่มีอยู่แต่เดิมทั้งหมด การเปลี่ยนแปลงนี้แม้การวินิจฉัยเบื้องต้นจะไม่ปรากฏลักษณะการเลือกปฏิบัติ เพราะผู้ผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาสูบทั้งหมดไม่ว่าจะมาจากรัฐใด หรือภายในรัฐเดียวกันกับรัฐผู้ตรากฎหมายก็ต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่สร้างมาตรการนี้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามการกีดกันทางการค้าบางประเภทไม่จำเป็นต้องเป็นการเลือกปฏิบัติทางตรงอย่างที่ศึกษาเสมอไป เพราะในหลายกรณีการเลือกปฏิบัติก็สามารถกระทำโดยทางอ้อมได้จากการสร้างมาตรการที่ซับซ้อน กรณีนี้ก็เป็นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การบังคับให้ผู้ผลิตและจำหน่ายให้เปลี่ยนแปลงบรรจุภัณฑ์ของตนเองทั้งหมดย่อมส่งผลกระทบต่อต้นทุนการผลิต นอกจากนี้รูปแบบของบรรจุภัณฑ์ที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปทำให้ความน่าดึงดูด ความสวยงาม และสาระสำคัญในการจดจำการผู้บริโภคลดลงอีกด้วย เช่นนี้ลักษณะของมาตรการดังกล่าวก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกีดกันการค้าทางอ้อมได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบจึงอาจขัดแย้งต่อหลักเกณฑ์ทางการค้าตามความตกลงแอกต์โดยจะต้องมีการใช้ประกอบกับความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าที่เป็นสนธิสัญญาเสริมความตกลงแอกต์ในส่วนมาตรการที่มีผลเป็นการกีดกันการค้าทางอ้อมอีกด้วย

นอกเหนือไปจากนี้มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่ให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ของบรรจุภัณฑ์ทั้งได้เปลี่ยนรูปแบบของตัวอักษร มีการลบรูปประติมากรรม ก็อาจเป็นการกระหนาบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของสิทธิ โดยเฉพาะผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า เนื่องจากเครื่องหมายของบุคคลนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิงในทางที่ด้อยคุณค่าลง และมีได้เป็นไปตามที่เจ้าของสิทธิได้จดทะเบียนเอาไว้กับรัฐผู้ให้ความคุ้มครอง

การบังคับใช้มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบแม้ว่าจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักเกณฑ์ทางการค้าอยู่หลายภาคส่วนตามที่ได้นำเสนอไปข้างต้น อย่างไรก็ตามก็มีการวิเคราะห์ต่อไปว่ามาตรการที่บัญญัติตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบนั้นชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าแล้ว ด้วยสาเหตุเพราะสนธิสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งตรงกับข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทางการค้าที่มีการรับรองเอาไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งในเชิงกฎหมายสารบัญญัติและหลักการเบื้องหลังของกฎหมาย ดังนั้นบทกฎหมายที่มีประเด็นพิพาทกับมาตรการดังกล่าว งานฉบับนี้ได้เลือกเอาสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องขึ้นมาทั้งหมด 4 ฉบับ ดังนี้

ฉบับแรก คือ ข้อ 20 (ปี) หรือข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้อนุญาตให้สร้างข้อยกเว้นสำหรับหลักเกณฑ์ทางการค้าได้หากเป็นไปเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ซึ่งส่วนเหตุผลนี้เองที่มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ บทบัญญัติข้อยกเว้นนี้เองที่เป็นพื้นฐานในการสนับสนุนให้มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบอาจมีผลใช้บังคับใช้ได้โดยไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ทางการค้า ซึ่งในส่วนนี้จะต้องอาศัยการใช้และการตีความกฎหมายประกอบกับ กฎหมายฉบับที่สอง คือ ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงแกตต์ แต่มีการสร้างองค์ประกอบทางกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อให้ลักษณะของมาตรการมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ได้แก่ การนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพื่อให้ได้รับการสันนิษฐานว่าได้ปฏิบัติตามข้อยกเว้นตามความตกลงแกตต์แล้ว กล่าวคือ จะต้องมีการพิจารณาประกอบกันระหว่างกฎหมายสองฉบับ เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างครบถ้วนในส่วนของการอ้างเหตุผลเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์

ฉบับที่สาม คือ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าที่เป็นบทบัญญัติส่งเสริมหลักเกณฑ์ทั่วไปของความตกลงแกตต์ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นในกรณีที่เกิดการสร้างมาตรการที่กีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง

ฉบับที่สี่ คือ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าอันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะมาตรฐานขั้นต่ำ เพราะเป็นเครื่องมือสำคัญต่อการช่วยเปิดการค้าเสรีระหว่างประเทศ ซึ่งในส่วนนี้จะนำเสนอเฉพาะเจาะจงในประเด็นสิทธิของเครื่องหมายการค้าสำหรับผู้ทรงสิทธิที่อาจถูกละเมิด เพราะการเปลี่ยนแปลงเป็นบรรจุกฎแบบเรียบตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด จะเป็นการกระทบต่อเครื่องหมายการค้าโดยตรง

กฎหมายระหว่างประเทศทั้งสี่ฉบับข้างต้น มีส่วนเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าหรือไม่ เนื่องจากลักษณะของมาตรการแสดงอย่างชัดเจนว่าอาจมีความขัดแย้งต่อหลักเกณฑ์บางประการ อย่างไรก็ตามหลักเหตุผลเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ที่เป็นเบื้องหลังของมาตรการดังกล่าวก็ถูกยอมรับในหลักเกณฑ์ทางการค้าทั้งในส่วนบทกฎหมายหลักและบทยกเว้น ซึ่งจะต้องอาศัยการพิจารณาและตีความต่อไป

3.3 ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

ความตกลงแกตต์ที่กำหนดหลักเกณฑ์ทางการค้าเพื่อใช้บังคับระหว่างรัฐภาคีสมาชิกรวมกันเป็นไปอย่างรัดกุมเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ขององค์การการค้าโลก คือ การสร้างการค้าเสรี อย่างไรก็ตามดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าการค้าเสรีเป็นเพียงแนวคิดอุดมคติเท่านั้น ดังนั้นความเป็นไปได้มากที่สุดที่องค์การฯ จะสามารถทำได้ คือ การสร้างการค้าที่เสรียิ่งขึ้น โดยองค์การฯ มีความจำเป็นจะต้องสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจอธิปไตยของรัฐ กับหลักการเปิดเสรีทางการค้า ลักษณะของการสร้างความสมดุลเช่นนี้ ในเชิงหลักวิชานิติศาสตร์เครื่องมือที่นิยมนำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ คือ “ข้อยกเว้น” เพื่อให้กฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดได้ผ่อนคลายลง และมีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้ เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐภาคีสมาชิกได้กำหนดเจตจำนงของตนในการบริหารด้านการค้าภายในโดยห้ามรัฐอื่นเข้ามาแทรกแซงกิจการดังกล่าวได้ด้วยเช่นกัน จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นทำให้ ข้อยกเว้นจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อให้โอกาสรัฐสมาชิกในการสร้างข้อจำกัดทางการค้าได้ด้วยตนเอง แม้จะเป็นการยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้า หนึ่งจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าข้อยกเว้นจะต้องใช้และตีความตามกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด

ลักษณะของข้อยกเว้นที่เปิดช่องให้กระทำได้ (An Opt-Out Clause) เป็นสิ่งที่ทุกรัฐตรงกันตั้งแต่การเข้าประชุมก่อตั้งองค์การการค้าโลก เนื่องจากทุกรัฐเห็นว่าการขัดพันธกรณีตามความตกลงแกตต์บางกรณีควรจะอนุญาตให้กระทำได้ถ้ามีเหตุผลที่สมควร เพื่อให้รัฐสมาชิกสร้างสมดุลระหว่างจุดมุ่งหมายทางนโยบายกับการค้าเสรี อย่างไรก็ตามการให้อำนาจรัฐในการออกมาตรการที่อาศัยเหตุแห่งข้อยกเว้น จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายรองรับเอาไว้ด้วยเช่นกัน เพราะมาตรการดังกล่าวจะส่งผลเป็นการกีดกันทางการค้า ซึ่งหลักและองค์ประกอบทางกฎหมายของข้อยกเว้นจะกำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะ และชัดเจนถึงกรณีที่สามารถสร้างข้อยกเว้นได้ เช่น การคุ้มครองประโยชน์ด้านสาธารณสุข ความปลอดภัยของผู้บริโภค สิ่งแวดล้อม ปัญหาทางเศรษฐกิจ นโยบายพิเศษของรัฐ ฯลฯ²⁵ ปัจจัยเหล่านี้ทำให้รัฐจะต้องออกมาตรการบางอย่างที่มีลักษณะกีดกันทางการค้า โดยจะต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบทางกฎหมายอย่างเคร่งครัดและมีเหตุผลสนับสนุนที่เหมาะสม โดยหน้าที่ในการพิสูจน์ตกเป็นภาระแก่รัฐผู้อ้างข้อยกเว้นเพื่อสนับสนุนมาตรการของตนโดยการพิสูจน์ว่ามาตรการของตนนั้นสร้างขึ้นโดยชอบตามองค์ประกอบแห่งข้อยกเว้นอย่างไร

การกำหนดข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทางการค้านั้นประกอบไปด้วยบททั่วไปทางกฎหมายที่บัญญัติในความตกลงแกตต์ข้อ 20 รวมไปถึงข้อยกเว้นลักษณะเฉพาะที่บัญญัติแยกออกไปต่างหากเนื่องจากมีความสาระสำคัญและรายละเอียดในการใช้ที่ซับซ้อนมากกว่าข้อยกเว้นทั่วไป ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงข้อยกเว้นทั่วไปสำหรับยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้าตามความตกลงแกตต์

²⁵ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *supra* note 12, p. 543-545.

3.3.1 หลักการทั่วไปของข้อยกเว้น

ข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงแกตต์ (General Exceptions) หมายถึงการเปิดช่องให้รัฐสมาชิกทุกรัฐมีอำนาจในการบัญญัติข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้าได้ เนื่องจากรัฐสมาชิกได้เห็นตรงกันว่าการขัดหลักเกณฑ์ของพันธกรณีบางประการนั้นควรได้รับการอนุญาตหากมีฐานของเหตุผลรองรับที่เหมาะสม²⁶ แต่รัฐผู้หยิบยกข้อยกเว้นขึ้นอ้างมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ว่ามาตรการของตนมีเหตุผลประการใดและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายหรือไม่ นอกเหนือไปจากนี้ ข้อยกเว้นยังได้ถูกนิยามโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่าเป็นข้อยกเว้นและไม่ควรตีความเพื่อเป็นการห้ามให้มีการบังคับใช้มาตรการกีดกันทางการค้าซึ่งออกตามข้อยกเว้น²⁷

ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงแกตต์บัญญัติใน ข้อ 20 ย่อหน้าที่ 1 นั้นต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าในภาคส่วนนี้เป็นสาระสำคัญในการบังคับใช้ข้อยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นหลักเพื่อใช้ร่วมกับอนุบัญญัติ ในทางวิชาการเรียกบทกฎหมายนี้ว่า “ชาโป (Chapeau)” มาจากภาษาฝรั่งเศส แปลว่า “หมวก”²⁸ ในบริบททางวิชาการได้มีการอธิบายว่า บทบัญญัตินี้ เปรียบเสมือนสิ่งที่ครอบคลุมเหนืออนุบัญญัติอื่น ๆ ทั้งหมดภายใต้ข้อ 20 สาเหตุเพราะข้อบทดังกล่าวมีการกำหนดอนุบัญญัติถึง 10 อนุบัญญัติ (เอ - เจ) ดังนั้น วิธีการใช้อनुบัญญัติทั้งหมด 10 ข้อภายใต้บทกฎหมายจะต้องพิจารณาผ่านเกณฑ์ตามย่อหน้าที่ 1 เสียก่อน โดยข้อ 20 ย่อหน้าที่ 1 มีใจความสำคัญบัญญัติว่า “มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทางการค้าโดยไม่สมเหตุสมผลที่อธิบายได้ หรือ กีดกันตามอำเภอใจระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่มีสถานการณ์เหมือนกัน หรือ ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง ไม่มีสิ่งใดในข้อตกลงฉบับนี้ที่จะถูกตีความเพื่อห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกดำเนินการต่าง ๆ ต่อไปนี้”²⁹

²⁶ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *supra* note 12, p. 545; see also, Catherine Button, *The Power to Protect Trade, Health and Uncertainty in the WTO*, (Hart Publishing: Oxford and Portland, 2004), p. 24.

²⁷ Report by the Consultative Board to the Director General Supachai Oanitchapakdi, *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium* (‘Sutherland Report’) (WTO, 2004), para. 39.

²⁸ คำแปลและความหมายของคำโปรตุเกส, จารุประภา รักพงษ์, *อ้างไว้* *เชิงอรรถที่ 51*, น. 111.

²⁹ GATT Article 20 “... measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures.”

การใช้ช้อยกเว้นทางกฎหมายเพื่อออกมาตรการกีดกันทางการค้าจะต้องผ่านหลักเกณฑ์ทุกประการตามข้อ 20 ย่อหน้าที่ 1 มิเช่นนั้นมาตรการดังกล่าวจะไม่สามารถบังคับใช้ได้ แม้จะได้ทำตามในข้อบัญญัติของกฎหมายก็ตาม เนื่องจากมิได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด³⁰ อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ดังนั้นในการพิจารณาจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาบทหลักของกฎหมายทุกประการประกอบกับเหตุผลตามอนุบัญญัติด้วยเสมอ ซึ่งองค์ประกอบของหลักการสร้างช้อยกเว้นตามกฎหมาย สามารถแยกได้เป็น 3 ประการดังนี้

(1) มาตรการตามช้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทางการค้า โดยไม่สมเหตุสมผลที่อธิบายได้ คือ รัฐผู้ออกมาตรการตามช้อยกเว้นจะต้องสามารถชี้แจงถึงเหตุผลที่ตนได้ออกมาตรการ โดยเหตุผลที่ว่านี้จะต้องมีความสมเหตุสมผลจริง และชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังต้องอยู่ภายในขอบเขตที่ช้อย่อยเฉพาะที่กำหนดลักษณะแห่งสถานการณ์เอาไว้ ยกตัวอย่างเช่น รัฐ A ต้องการออกมาตรการจำกัดการนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบจากรัฐ B รัฐ A จะต้องแสดงเหตุผลให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวมีเหตุผลสนับสนุนที่เหมาะสม เช่น เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ตามช้อย่อย B ที่บัญญัติไว้ ดังนั้น การอ้างเพียงเหตุผลตามอนุบัญญัติอย่างล่องลอยโดยไม่มีคำอธิบายแห่งเหตุและผลนั้นเพื่อสนับสนุนย่อมไม่สามารถกล่าวอ้างเพื่อสร้างช้อยกเว้นได้

(2) มาตรการตามช้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทางการค้าตามอำเภอใจระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่มีสถานการณ์เหมือนกัน คือ รัฐผู้ออกมาตรการจะต้องปฏิบัติแก่ทุกรัฐอย่างเท่าเทียมกัน หรือที่เรียกว่าปราศจากการเลือกปฏิบัติที่เป็นหลักการพื้นฐานขององค์การการค้าโลก กล่าวคือ หากในกรณีที่เป็นสถานการณ์เดียวกันรัฐจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น รัฐ A ต้องการออกมาตรการจำกัดการนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบจากรัฐ B รัฐ A จะต้องห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ชนิดดังกล่าวจากรัฐอื่นด้วยการแสดงเหตุผลอย่างเดียวกัน อนึ่งการเลือกปฏิบัติจะต้องพิจารณาร่วมกับองค์ประกอบทางกฎหมายอื่นด้วยเช่นเดียวกัน

(3) มาตรการตามช้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง คือ กรณีที่ลักษณะแห่งมาตรการที่ออกนั้นมิได้กีดกันทางการค้าอย่างเห็นได้ชัดในตัว เช่น การจำกัดการนำเข้าสินค้า การลดปริมาณการนำเข้า หากแต่เป็นกรณีที่เกิดแห่งมาตรการนั้นทำให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝงยกตัวอย่างเช่น รัฐ A ต้องการออกมาตรการจำกัดการนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบจากรัฐ B แต่รัฐ A มิได้ออกมาตรการจำกัดการค้าโดยตรง แต่กลับออกมาตรการที่กำหนดวิธีการในการขออนุญาตในการนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบเข้าสำหรับรัฐ B เป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมซึ่งจะต้องเสียเวลา และค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อนำสินค้าเข้ามาจำหน่าย กรณีเช่นนี้แม้ว่าจะไม่มีลักษณะกีดกันทางการค้าโดยตรง แต่อาจถูกพิจารณาได้ว่ารัฐ A ออกมาตรการกีดกันการค้าอย่างแอบแฝง เพราะเป็นการสร้างภาระบางประการอันเกินสมควรแก่รัฐอื่น

³⁰ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *supra* note 12, p. 546.

3.3.2 ข้อยกเว้นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของ คน สัตว์ หรือ พืช

ลักษณะของข้อยกเว้นเฉพาะที่จะนำเสนอนี้ ได้แก่ มาตรการที่ออกขึ้นโดยมีความจำเป็นในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของ คน สัตว์ หรือ พืช กล่าวคือ รัฐบาลสมาชิกสามารถออกมาตรการกีดกันทางการค้าได้ หากมีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องตามองค์ประกอบของกฎหมาย ในประเด็นนี้เป็นการสร้างข้อยกเว้นด้วยเหตุผลเรื่องสาธารณสุข (Public Health)³¹ โดยรวมเอาเรื่อง สัตว์หรือพืชเข้าไปด้วย ซึ่งการออกมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบตามกรอบความตกลงว่าด้วยการ ควบคุมยาสูบนั้นมีการอ้างถึงบทบัญญัติข้อนี้ด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ของมาตรการก็เป็นไปเพื่อ ปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จากอันตรายของการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ

ข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงแกตต์ได้กำหนดบทกฎหมายหลัก หรือ ขาโป มา ในย่อหน้าที่ 1 เพื่อใช้ประกอบการวินิจฉัยตามลักษณะเฉพาะแห่งอนุบัญญัติที่กำหนดไว้ในข้อเดียวกัน ในประเด็นนี้จะขอพิจารณาเฉพาะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหามาตรการบรรจุกฎแบบ เรียบ ได้แก่ ข้อยกเว้นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งตามหลักเกณฑ์ข้อย่อย (ปี) ของข้อ 20 ความตกลงแกตต์ “จำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช”³² โดยการ พิจารณาคำว่า “จำเป็น” จะมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบ สามารถบรรลุองค์ประกอบที่กฎหมายสร้างขึ้นได้หรือไม่

3.3.2.1 ความจำเป็นในการออกมาตรการ

การปรับใช้หลักข้อยกเว้นนั้นจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่า การตีความ พิจารณานั้นแตกต่างกันออกไปในแต่ละข้อพิพาทขึ้นอยู่กับหลักฐานและเหตุผลการสนับสนุนของข้อ พิพาทที่รัฐคู่กรณีได้นำเสนอต่อองค์กรระงับข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ อย่างไรก็ตามสาระสำคัญ แห่งการตีความนั้นสามารถสังเคราะห์ได้จากผลแห่งคำชี้ขาด ซึ่งในกรณีนี้จะเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้ การตีความปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อยกเว้นทั่วไปได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะสาระสำคัญของการ ตีความ คำว่า “จำเป็น (Necessary)” โดยการตีความคำว่า “จำเป็น” นั้นเมื่อได้พิจารณาและ สังเคราะห์จากการวิเคราะห์ตัวอย่างการวินิจฉัยคดีขององค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก พบว่าการตีความคำว่า “จำเป็น” ให้ประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบ ได้แก่ (1) มาตรการที่สร้างขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาชีวิตหรือสุขภาพของ คน สัตว์ หรือพืช และ (2) มาตรการที่สร้างขึ้น สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดขึ้นได้อย่างครบถ้วนบริบูรณ์³³ ในการนี้จะได้ยกตัวอย่างเพื่อ เป็นการชี้ให้เห็นถึงลักษณะการปรับใช้และการตีความกฎหมายข้างต้น ประกอบกับตัวบทกฎหมายที่ บัญญัติไว้ เพื่อสร้างคำอธิบายให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

³¹ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *Ibid.*, p. 555.

³² GATT Article 20 (b) “necessary to protect human, animal or plant life or health”; see also Catherine Button, *supra* note 26, p. 25-28.

³³ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *supra* note 12, p. 554.

3.3.2.2 ตัวอย่างการให้เหตุผลประกอบข้อยกเว้นโดยรัฐผู้ออกมาตรการ

(1) ข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าราชอาณาจักรไทยออกกฎหมายภายในประเทศ คือ พระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509³⁴ ซึ่งบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาสูบว่า ผลิตภัณฑ์ยาสูบที่สามารถจำหน่ายได้โดยชอบด้วยกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็นผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผลิตภายในราชอาณาจักรไทยเท่านั้น หากเป็นผลิตภัณฑ์ยาสูบที่นำเข้าจากรัฐภายนอกจะต้องได้รับอนุญาตจากกรมสรรพสามิตเป็นการเฉพาะเท่านั้นจึงจะอนุญาตให้มีการจำหน่ายภายในราชอาณาจักรได้³⁵ กล่าวคือสถานการณ์ในเบื้องต้นนั้นแสดงให้เห็นว่าลักษณะของมาตรการนั้นเป็นการสร้างภาระบางอย่างแก่การนำเข้าสินค้าโดยกำหนดเป็นกระบวนการขออนุญาตเป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการอนุญาตโดยกรมสรรพสามิตในทางปฏิบัตินั้นมีกระบวนการยื่นคำขอมีความซับซ้อน ละเอียดอนซึ่งจะต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ รวมไปถึงต้องมีการใช้ทรัพยากรเรื่องเงินตราเนื่องจากผู้นำเข้าสินค้าจะต้องว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อดำเนินการแทนตนในประเทศไทย เพราะลักษณะแห่งการดำเนินการนั้น ผู้นำเข้าซึ่งเป็นชาวต่างชาติอาจไม่สามารถทำความเข้าใจและดำเนินการเองได้ทั้งหมด และถึงแม้ว่าผู้นำเข้าได้ดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้แล้ว ระยะเวลาการพิจารณาการขออนุญาตจะต้องใช้เวลานานด้วยอีกเช่นกัน ทั้งนี้สาระสำคัญในข้อเท็จจริงอีกประการ คือ การอนุญาตให้มีการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาสูบที่นำเข้าจากรัฐอื่นนั้นเคยเกิดขึ้นในจำนวนครั้งที่น้อยมาก³⁶ จึงทำให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตในราชอาณาจักรได้เปรียบเป็นอย่างยิ่งเพราะไม่จำเป็นต้องขออนุญาต ซึ่งมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองที่ผลิตภัณฑ์ชาติพื้นเมืองได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่า

³⁴ พระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 มาตรา 27 “ห้ามมิให้ผู้ใดนำเมล็ดพันธุ์ยาสูบ ต้นยาสูบ ใบยา ยาอัด ยาเส้นหรือยาสูบเข้ามาในหรือส่งออกป็นอกราชอาณาจักรเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือเจ้าพนักงานที่ได้รับมอบหมายจากอธิบดี

การขออนุญาต การออกใบอนุญาตและเงื่อนไขว่าด้วยการนำสิ่งของตามมาตรานี้เข้ามาในหรือส่งออกป็นอกราชอาณาจักร ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การขออนุญาตนำสิ่งของตามมาตรานี้เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อเป็นตัวอย่างสินค้า หรือมิใช่เพื่อการค้าตามจำนวนอันสมควรจะขอเมื่อสิ่งของนั้นมาถึงด่านศุลกากรแล้วก็ได้เฉพาะยาเส้นหรือยาสูบให้ปิดแสตมป์ยาสูบตามพระราชบัญญัตินี้ก่อนที่จะรับมอบไปจากเจ้าพนักงานศุลกากร เว้นแต่อธิบดีจะอนุญาตให้ปิดภายหลังตามเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด”, สืบค้นเอกสารฉบับเต็มได้จาก http://taxone.excise.go.th/projects/1/wiki/พระราชบัญญัติยาสูบ_พศ_2509

³⁵ Panel Report, Thailand – Cigarettes (1990), para. 6. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/90cigart.pdf.

³⁶ Panel Report, *Ibid.*, para. 20.

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วเท่ากับว่ามาตรการดังกล่าวแม้ไม่ได้ปรากฏชัดว่าต้องการกีดกันทางการค้าโดยตรง แต่ผลจากการบังคับใช้มาตรการทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้าในรูปแบบหนึ่งที่มีใช้ภาษี เพราะผู้นำเข้าสินค้าจะต้องยอมสูญเสียระยะเวลา และทรัพยากรอื่นเพื่อขออนุญาตต่อกรมสรรพสามิต ในทางกลับกันผู้ผลิตสินค้าประเภทยาสูบที่ผลิตขึ้นภายในราชอาณาจักรกลับไม่ต้องดำเนินการยื่นคำขอแต่อย่างใดเลยเท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกันในส่วนของหลักปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง กล่าวคือ ผลิตภัณฑ์ยาสูบที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างสินค้าในราชอาณาจักรไทยและสินค้านำเข้า ดังนั้นมาตรการดังกล่าวอาจจัดเป็นการจำกัดปริมาณสินค้านำเข้าอย่างแอบแฝง

มาตรการที่กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผลิตนอกราชอาณาจักรไทยนี้มีการอ้างถึงข้อยกเว้นเพื่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (ปี)³⁷ ขึ้นโดยให้เหตุผลประกอบว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นสินค้าที่สามารถก่ออันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ได้ เมื่อไทยได้เล็งเห็นถึงปัญหาดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องออกมาตรการเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ โดยการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบให้มากขึ้น ทั้งนี้ในส่วนที่มีผลบังคับใช้เฉพาะผลิตภัณฑ์ยาสูบที่มีได้ผลิตในราชอาณาจักรนั้นไทยอ้างว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ตนผลิตภายในนั้นไม่มีการเพิ่มเติมสารตกค้างทำให้ส่งผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ได้น้อยกว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่นำเข้าจากรัฐอื่นเนื่องจากผลิตภัณฑ์เหล่านั้นมีการใส่สารตกค้างในปริมาณที่มากกว่า ทั้งนี้ไทยยังได้ยอมรับว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผลิตขึ้นภายในราชอาณาจักรของตนนั้นมีคุณภาพต่ำ ไม่สามารถดึงดูดผู้บริโภคให้ซื้อสินค้าได้เทียบเท่ากับผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าซึ่งมีคุณภาพดีกว่าทำให้ผู้บริโภคสนใจได้ซื้อสินค้ามาบริโภคมากขึ้น³⁸ ดังนั้นมาตรการข้างต้นนี้เองจึงเป็นการลดอัตราของผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบอย่างมีนัยสำคัญ ทำให้ชีวิตหรือสุขภาพของประชากรได้รับการปกป้องตามวัตถุประสงค์ของข้อยกเว้นตามหลักเกณฑ์ข้อ 20 (ปี) ข้อเท็จจริงปรากฏว่าข้ออ้างดังกล่าวของราชอาณาจักรไทยได้รับการสนับสนุนเป็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ขององค์การอนามัยโลกที่ได้ทำวิจัยว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่จำหน่ายนั้นผู้ผลิตมีการสร้างอัตลักษณ์ว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นสินค้าปกติ เหมาะสมและปลอดภัยแก่การบริโภค โดยการสร้างโฆษณาชวนเชื่อผ่านหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาผ่านบรรจุภัณฑ์หรือ ของผลิตภัณฑ์ การโฆษณาผ่านทางสื่อต่าง ๆ เช่น การใส่สารเติมแต่งให้มีรสชาติหวานหอม หรือ การทำให้มีรสสัมผัสเย็น เป็นต้น การสร้างอัตลักษณ์ข้างต้นนี้เองทำให้ผู้บริโภคยาสูบมีความเข้าใจว่าสินค้าชนิดนี้เป็นสินค้าบริโภคทั่วไปไม่เป็นอันตราย ดังนั้นผู้บริโภทย่อมมีการบริโภคตามปกติ รวมไปถึงผู้บริโภคหน้าใหม่ก็ได้รับการดึงดูดให้เข้ามาบริโภคเช่นเดียวกัน องค์การอนามัยโลกได้วิเคราะห์พฤติกรรมการสร้างอัตลักษณ์ที่ว่านี้ และได้มีการให้นิยามการบริโภคยาสูบว่าเป็นภพมายาคติที่หลอกลวง (False Illusion)³⁹ เพราะประชาชนทั่วไปมักเข้าใจว่าการบริโภคยาสูบมิใช่สิ่งอันตราย และสามารถบริโภคได้อย่างปลอดภัย เนื่องจากหลงเชื่อในการสร้างอัตลักษณ์ข้างต้น

³⁷ Panel Report, *Ibid.*, para. 21.

³⁸ Panel Report, *Ibid.*, para. 26-28.

³⁹ Panel Report, *Ibid.*, para. 27 and 53.

กรณีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้วินิจฉัยชี้ขาดว่า เหตุผลของไทย ที่ออกมาตรการเลือกปฏิบัติทางการค้า โดยอ้างข้อยกเว้นเพื่อเป็นการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของ ประชาชนสามารถรับฟังได้ว่ามาตรการนี้ออกมาเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจริง เพราะผลิตภัณฑ์ยาสูบ มีอันตรายต่อผู้บริโภค อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวมิได้กระทำตามองค์ประกอบของกฎหมาย คือ “ความจำเป็น” ตามความมุ่งประสงค์ของกฎหมาย เนื่องจากการบรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้นนั้น สามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้ หรือ ที่เรียกว่า “มาตรการทางเลือก (Alternative Measures)”⁴⁰ เพราะการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์มิให้ประสบอันตรายจากยาสูบนั้น ไม่ จำเป็นต้องมีการจำกัดการนำเข้าทั้งหมด อาจมีมาตรการทางเลือกอย่างอื่น⁴¹ นอกจากนี้มาตรการ ดังกล่าวยังเป็นการเลือกปฏิบัติ และส่งผลให้มาตรการของราชอาณาจักรไทยไม่สมเหตุสมผล กล่าวคือ หากต้องการปกป้องชีวิตและสุขภาพของประชากรเพราะอันตรายจากผลิตภัณฑ์ยาสูบ เหตุ ใดจึงยอมให้ยาสูบที่ผลิตภายในจำหน่ายได้อย่างปกติและกีดกันเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่มาจากการนำเข้า

(2) ข้อพิพาท European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผลิตภัณฑ์ชนิดหนึ่ง เรียกว่า “แร่ใยหิน (Asbestos)” มีคุณลักษณะในการกันและเก็บความร้อนได้ดีกว่าวัสดุชนิดอื่น ผู้บริโภคจึงนิยมใช้เป็นวัสดุก่อสร้าง อาคารสถานที่ต่าง ๆ แต่เนื่องจากการใช้วัสดุชนิดนี้จะส่งผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ได้ ในกรณีที่มนุษย์สูดดมฝุ่นหรือผงที่ออกมาจากแร่ดังกล่าวเข้าไปเป็นจำนวนมากจะสะสมในร่างกายซึ่ง อาจก่อตัวเป็นสารก่อมะเร็ง ดังนั้น ลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพของ มนุษย์เช่นนี้ ประชาคมยุโรป (European Communities - EC) ได้ออกมาตรการเพื่อกีดกันสินค้า ดังกล่าว โดยห้ามนำเข้า ห้ามผลิต การจำหน่าย การใช้แร่ดังกล่าวอีกต่อไป เท่ากับว่ามาตรการ ดังกล่าวนั้นมีผลเป็นการจำกัดการนำเข้าสินค้าชนิดแร่ใยหินอย่างสิ้นเชิงโดยไม่มีข้อยกเว้น⁴² ซึ่งมิ การอ้างถึงความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี) เพื่อสนับสนุนมาตรการและเหตุผลประกอบ ในเวลาต่อมา แคนาดาผู้ได้รับผลกระทบมากเนื่องจากเป็นผู้ผลิต และส่งออกรายใหญ่แก่ประชาคมยุโรป จึงนำข้อ พิพาทดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอ้างเหตุว่าเป็นการเลือกปฏิบัติสำหรับสินค้าที่ เหมือนกันภายในประเทศ และเป็นการกีดกันทางการค้าโดยไม่สามารถอ้างเหตุผลทางกฎหมาย สนับสนุนเนื่องจากไม่จำเป็น เพราะ สามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้ตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี)⁴³ ในกรณีนี้ลักษณะการปรับใช้ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงแกตต์นั้นมีประเด็นพิจารณาอยู่ ที่ว่ามาตรการการจำกัดการนำเข้าสินค้าอย่างเต็มรูปแบบนั้น ตอบสนองความต้องการของ องค์ประกอบของข้อยกเว้นว่าด้วย “ความจำเป็น” ในการออกมาตรการหรือไม่

⁴⁰ Panel Report, *Ibid.*, para. 75.

⁴¹ Panel Report, *Ibid.*, para. 81.

⁴² AB Report, EC – Asbestos (2001), para 4 ; see also, Panel Report Conclusion, 18 September 2000.

⁴³ AB Report, *Ibid.*, para 3.

ข้อพิพาทดังกล่าวนี้ได้รับการพิจารณาจากทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และ มีการร้องอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการอุทธรณ์เพื่อให้พิจารณาชี้ขาด เนื่องจากการโต้แย้งกันในหลายประเด็น⁴⁴ ซึ่งในส่วนนี้จะพิจารณาจากรายงานของคณะกรรมการอุทธรณ์เป็นหลัก เพราะเป็นองค์กรสุดท้ายที่ได้มีการชี้ขาดข้อพิพาท โดยพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อ 20 (ปี) เท่านั้น องค์กรอุทธรณ์ได้ดำเนินการพิจารณาเช่นเดียวกับคณะกรรมการฯ โดยแยกพิจารณาองค์ประกอบทางกฎหมายของข้อ 20 (ปี) เอาไว้เป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนแรกว่าด้วยวัตถุประสงค์ในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ และในส่วนที่สองว่าด้วยการตีความคำว่า “จำเป็น” โดยในส่วนแรกเมื่อพิจารณาจากหลักฐานที่ทางประชาคมยุโรปได้ยื่นประกอบลักษณะการพิจารณาข้อพิพาทนั้นมีความน่าเชื่อถือและเชื่อมโยงกันแสดงให้เห็นว่าผู้ลงจากสินค้าประเภทแร่ใยหินนั้นหากมีการสุดตมเข้าไปในปริมาณที่มากเพียงพอจะเป็นสาเหตุให้เกิดโรคร้ายต่าง ๆ โดยเฉพาะโรคมะเร็งซึ่งเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์โดยตรง⁴⁵ ซึ่งประเด็นนี้ทั้งองค์กรอุทธรณ์และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่ามาตรการที่ประชาคมฯ ได้สร้างขึ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์จริงตามที่ได้มีการกล่าวอ้าง

ประเด็นต่อมาที่ต้องวินิจฉัยคือมาตรการดังกล่าวจำเป็นหรือไม่ โดยทางองค์กรอุทธรณ์ให้ได้เหตุผลว่ามาตรการเกิดขึ้นเพราะ ประชาคมยุโรปมีวัตถุประสงค์ในการออกมาตรการเพื่อห้ามใช้ หรือ ห้ามให้มีผลิตภัณฑ์แร่ใยหินทั้งหมดในท้องตลาดซึ่งเป็นการจำกัดการนำเข้าอย่างเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของประชากร ดังนั้น การบรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้น คือ การยกเลิกการใช้ทุกรูปแบบไม่สามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้นอกเหนือเสียจากการจำกัดการนำเข้าสินค้าอย่างเด็ดขาด เพราะ หากใช้มาตรการอื่น เช่น มาตรการขึ้นอัตราภาษี การกำหนดกระบวนการบางอย่างเพื่อให้มีการอนุญาตก่อนการนำเข้า หรือกระทำการอื่นใดเพื่อเป็นการกีดกันทางการค้าก็ล้วนไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ เพราะสินค้าแร่ใยหินก็ยังสามารถถูกนำเข้ามาใช้ในประชาคมได้ ไม่ว่าจะผ่านกระบวนการที่ซับซ้อน หรือ ถูกจัดเก็บอัตราภาษีมากเพียงใด เพียงแต่จะมีปริมาณมากหรือน้อยก็ขึ้นแล้วแต่กรณี กล่าวคือ การกีดกันทางการค้าอย่างสมบูรณ์แบบมิให้มีการนำเข้าจึงเป็นเพียงมาตรการเดียวที่ประชาคมยุโรปมีสิทธิบังคับใช้ได้ เพราะไม่มีมาตรการใดจะทดแทนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้นั่นเอง⁴⁶ เมื่อข้อเท็จจริงเป็นเช่นนี้ข้ออ้างของแคนาดาที่ว่าสามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้จึงตกไป เพราะ ประชาคมยุโรปสามารถพิสูจน์ได้ว่ามาตรการที่ตนบังคับใช้นั้นมีความจำเป็นตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดแล้ว เนื่องจากการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการที่ตั้งขึ้นนั้นไม่สามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้ จึงจำเป็นตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย⁴⁷ มาตรการดังกล่าวจึงชอบด้วยความตกลงแกตต์ ข้อ 20 (ปี) และ สามารถบังคับใช้เพื่อเป็นการกีดกันทางการค้าสำหรับสินค้าแร่ใยหินเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ได้

⁴⁴ AB Report, *Ibid.*, para 43.

⁴⁵ AB Report, *Ibid.*, para 162.

⁴⁶ AB Report, *Ibid.*, para. 174 and 180.

⁴⁷ AB Report, *Ibid.*, para. 192 (f).

(3) ข้อพิพาท Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres⁴⁸

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบราซิลได้ออกมาตรการจำกัดการนำเข้าผลิตภัณฑ์ประเภทยางรถยนต์ใช้แล้วหรือยางมือสอง สำหรับการใช้และการแปรรูปภายในบราซิล โดยมาตรการดังกล่าวได้มีการอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงแกตต์ เนื่องจากบราซิลอ้างว่าการนำเข้ายางรถยนต์มือสองเข้ามาในรัฐตนจะต้องมีการจัดเก็บเพื่อรอการแปรรูป โดยในระหว่างการจัดเก็บนี้เองยางเหล่านี้กลายเป็นสถานที่ที่ยุงมาวางไข่ และทำให้เกิดการระบาดของโรคชนิดต่าง ๆ นอกเหนือไปจากสาเหตุนี้แล้ว เมื่อมีการย่อยสลายผลิตภัณฑ์ยางจะต้องใช้วิธีเผาทำลายซึ่งก่อให้เกิดมลพิษในอากาศที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ภายในรัฐเช่นเดียวกัน⁴⁹

มาตรการลักษณะเช่นนี้ของบราซิลส่งผลกระทบต่อประชาคมยุโรปที่เป็นผู้ส่งออกหลักทำให้มีการร้องคดีต่อกระบวนการระงับข้อพิพาททั้งในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ในประเด็นเรื่องการใช้และการตีความ ข้อ 20 (ปี) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้ลงความเห็นว่ามีมาตรการดังกล่าวขัดด้วยข้อยกเว้น คำวินิจฉัยได้รับการยืนยันจากองค์กรอุทธรณ์ซึ่งมีการชี้แจงเหตุผลเพิ่มเติม เพื่อเป็นการตอบปัญหาที่ทางผู้ร้อง (ประชาคมยุโรป) ได้ตั้งขึ้นว่ามาตรการที่บราซิลออกนี้มีใช้มาตรการที่จำเป็นตามขอบเขตของกฎหมาย เนื่องจากสามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้ มิใช่จะต้องจำกัดการนำเข้าอย่างเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาสถานที่เก็บให้มิดชิด หรือการใช้เทคโนโลยีเข้าช่วยในการย่อยสลาย⁵⁰ อย่างไรก็ตามข้ออ้างดังกล่าวถูกพิจารณาให้ตกไป โดยองค์กรอุทธรณ์อ้างว่า มาตรการทางเลือกอื่นของบราซิลที่ประชาคมยุโรปได้นำเสนอนั้นไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของสังคมซึ่งในกรณีนี้บราซิลจะต้องลงทุนเป็นจำนวนมากเพื่อบรรลุแนวทางที่ทางประชาคมยุโรป ได้นำเสนอ ดังนั้น การจำกัดการนำเข้าสินค้าประเภทนี้จึงขัดด้วยข้อยกเว้นแล้ว เพราะเป็นมาตรการที่จำเป็นซึ่งไม่อาจหามาตรการอื่นมาทดแทนได้ หากพิจารณาตามสถานภาพแห่งสังคมและเศรษฐกิจของบราซิล

นอกเหนือไปจากส่วนคำวินิจฉัยข้างต้นแล้ว องค์กรอุทธรณ์ยังได้วางหลักการ “ซึ่งน้ำหนักเพื่อหาจุดสมดุล (Weighing and Balancing Test)” โดยมีปัจจัยเพื่อให้รัฐนำไปเป็นแนวทางปฏิบัติในกรณีการอ้างข้อยกเว้นตามข้อ 20 (ปี)⁵¹ ไว้สามประการได้แก่

⁴⁸ AB Report, Brazil Tyres (2007). Available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%20wt/ds332/ab/r/%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%20wt/ds332/ab/r/%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#)

⁴⁹ AB Report, *ibid.*, para 9-10.

⁵⁰ AB Report, *ibid.*, para 151.

⁵¹ จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559), น. 127.

ประการแรก ปัจจัยความสำคัญของวัตถุประสงค์เชิงนโยบายหรือผลประโยชน์ของรัฐที่เกี่ยวข้อง ในกรณีนี้เกี่ยวข้องกับการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องสร้างมาตรการและนโยบายเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ประการที่สอง ปัจจัยของระดับที่มาตรการจะสามารถบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐได้มากน้อยเพียงใด และประการที่สามระดับของการกีดกันทางการค้าที่มาตรการได้สร้างขึ้นมีผลกระทบมากหรือน้อยเพียงใด⁵²

เมื่อพิจารณาปัจจัยทั้งสามข้างต้นแล้ว เราอาจวิเคราะห์ได้ว่าผลทางกฎหมายจากการอ้างข้อยกเว้นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จะสมประสงค์กับกฎหมายสารบัญญัติหรือไม่ต้องพิจารณาตามแต่กรณีแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งไม่มีลักษณะการตีความที่ตายตัวและใช้ได้กับทุกสถานการณ์ ด้วยปัจจัยทั้งสามข้างต้นนั้นมิได้มีการกำหนดว่าปัจจัยหนึ่งมีความสำคัญเหนืออีกปัจจัยหนึ่งได้ ทั้งนี้จึงต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าแนวทางที่นำเสนอมาข้างต้นเป็นเพียงคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้เสมอ นอกจากนี้คำวินิจฉัยจะถูกมานำมากล่าวอ้างในข้อพิพาทต่อไปหรือไม่ก็ได้ เนื่องจากมิได้เป็นข้อผูกพันองค์กรให้ต้องกระทำตามและโดยสภาพแล้วคำวินิจฉัยดังกล่าวมิได้มีสถานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด

ในข้อพิพาทนี้องค์กรอุทธรณ์ได้ขยายการตีความกฎหมายให้ไปถึงเรื่องสถานภาพทางเศรษฐกิจซึ่งกว้างขวางออกไปจากบทบัญญัติอยู่มีใช้น้อย เนื่องจากที่กล่าวไว้ในข้อพิพาทก่อนหน้านี้ในเรื่องมาตรการทางเลือกนั้น คงมีแต่ส่วนเฉพาะเหตุผลเรื่องที่ว่ารัฐนั้นสามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้หรือไม่ หากคำตอบ คือสามารถหาได้มาตรการที่ออกย่อมไม่จำเป็นตามองค์ประกอบแห่งกฎหมาย ในทางตรงกันข้ามถ้ามีอาจหามาตรการอื่นมาทดแทนเพื่อวัตถุประสงค์ได้แล้ว ย่อมสามารถออกได้โดยชอบด้วยข้อยกเว้นแห่งกฎหมาย ดังนั้นในข้อพิพาทนี้จึงเป็นขยายขอบเขตของมาตรการทางเลือกที่จะต้องมีความเหมาะสมทางสถานภาพทางเศรษฐกิจของรัฐผู้ออกด้วย ซึ่งองค์กรอุทธรณ์เห็นว่าในกรณีนี้เมื่อมาตรการทางเลือกไม่สมสถานภาพ มาตรการที่บังคับอยู่ในปัจจุบันจึงชอบด้วยข้อยกเว้นแล้ว ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ลงไปให้ลึกแล้วลักษณะการกำหนดแนวคิดเรื่อง ซึ่งนำหนักเพื่อหาจุดสมดุล โดยสร้างปัจจัยที่ส่งผลให้การปรับใช้แต่ละข้อพิพาทได้อย่างหลากหลายไม่ตายตัวนั้น เท่ากับว่ารัฐผู้ออกมาตรการจะมีส่วนได้รับผลประโยชน์จากคำวินิจฉัยนี้ โดยเฉพาะเรื่องการสร้างข้อยกเว้นตาม ข้อ 20 (ปี) ว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ เพราะสามารถตั้งเหตุและผลเพื่อสนับสนุนมาตรการได้อย่างไม่ยากนัก เนื่องจากจุดสมดุลที่เป็นผลมาจากการกำหนดปัจจัยทั้งสามเป็นดุลยพินิจซึ่งอาจจะส่งผลประโยชน์ให้แก่ฝ่ายผู้ออกมาตรการได้ ทำให้เห็นเห็นได้อย่างชัดเจนถึงแนวโน้มขององค์กรระดับข้อพิพาทที่ประสงค์จะให้น้ำหนักด้านการปกป้องชีวิตและสุขภาพหรือประเด็นเรื่องสาธารณสุขมีความชอบธรรมมากกว่าเสรีทางการค้า เพราะองค์กรอุทธรณ์ได้ขยายขอบเขตของมาตรการทางเลือกที่มีการตีความแต่เดิมให้ขยายออกไปจากเดิม ซึ่งเป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐให้น้ำหนักมาก ดังนั้นสำหรับกรณีมาตรการบรรลุมิชอบแบบเรียบหากพิจารณาตามบริบทนี้ก็น่าจะได้รับความชอบธรรมในด้านการตีความเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ เพราะเป็นหลักเหตุผลของมาตรการด้วยเช่นเดียวกัน

⁵² จารุประภา รักพงษ์, เฟื่องอ้าง, น. 127-128.

(4) ข้อพิพาท China — Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum⁵³

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ออกมาตรการจำกัดการส่งออกวัตถุดิบประเภทแร่หายาก (Rare Earths) ทั้งสแตน (Tungsten) และ โมลิบดีนัม (Molybdenum) ซึ่งเป็นวัตถุดิบหลักที่ใช้ในการผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ทั้งหลาย โดยเฉพาะโทรศัพท์จอแบนหรือโทรศัพท์มือถือ (Smart Phone)⁵⁴ ซึ่งรูปแบบของการจำกัดนั้นมีทั้งมาตรการทางภาษีและมาตรการจำกัดการส่งออก อย่างไรก็ตาม ทางจีนได้มีการแสดงเหตุผลในการกีดกันการค้าโดยที่รัฐต้องจำกัดการส่งออกสินค้าแร่หายาก เพราะเป็นการรักษาทรัพยากรของรัฐให้เพียงพอต่อความต้องการภายในของรัฐตัวเอง และเพื่อลดผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการทำเหมืองแร่ ซึ่งจากมาตรการการจำกัดการส่งออกนั้นทำให้ ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และสหรัฐอเมริกาได้รับผลกระทบเนื่องจากขาดวัตถุดิบในการผลิตสินค้าซึ่งที่มีความต้องการทางตลาดที่สูงในปัจจุบัน

จากเหตุผลของจีนที่กล่าวอ้างเพื่อสนับสนุนมาตรการดังกล่าวมีส่วนเหตุผลประกอบมาตรการ คือ เพื่อลดผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการทำเหมือง ซึ่งในส่วนนี้ จีนอ้างว่าส่งผลกระทบโดยตรงต่อชีวิตหรือสุขภาพของทั้งของมนุษย์ พืช และสัตว์ดังนั้นมาตรการของตนจึงชอบด้วยข้อยกเว้นตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี) แล้ว⁵⁵ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของจีน โดยให้เหตุผลว่ามาตรการทางภาษีสำหรับสินค้าแร่หายากไม่มีความเกี่ยวข้องกับการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ พืช หรือสัตว์เลยแม้แต่น้อย การกระทำจึงไม่เข้าด้วยข้อยกเว้นแห่งข้อ 20⁵⁶ ทั้งนี้ในข้อพิพาทจีนได้ทำการต่อสู้ไว้หลายประเด็นด้วยกันซึ่งส่วนใหญ่มิใช่ประเด็นว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือ พืช ดังนั้น จึงไม่มีการอ้างประเด็นดังกล่าวในชั้นอุทธรณ์ เพราะจีนไม่พอใจในคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยฯ เท่ากับว่าประเด็นดังกล่าวได้ยุติไปแล้วในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยนั่นเอง

มาตรการที่อ้างถึงข้อยกเว้นเรื่องชีวิตและสุขภาพประกอบนั้น ควรจะต้องมีเหตุผลอย่างเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการอ้างว่าการใช้มาตรการทางภาษีกับการส่งออกผลิตภัณฑ์แร่หายากต่าง ๆ นั้นเพื่อเป็นการป้องกันมลพิษจากเหมืองแร่เป็นคนละประเด็นกัน เพราะไม่ว่าจะมีการขึ้นหรือไม่มีการขึ้นภาษีก็เป็นเรื่องของการส่งออก ซึ่งจีนยังมีการยอมรับว่าต้องการให้ผลิตภัณฑ์แร่หายากมีเพียงพอต่อการใช้ภายในรัฐตน ดังนั้น จึงอาจคาดเดาได้ว่าอัตราการค้ากีดกันจากเหมืองแร่ยังมีปริมาณเช่นเดิม มิได้มีการลดลงดังที่กล่าวอ้างเพื่อประกอบมาตรการแต่อย่างใด

⁵³ AB Report, China Rare Earths (2014). Available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%20wt/ds433/ab/r/%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%20wt/ds433/ab/r/%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

⁵⁴ AB Report, *ibid.*, para 1.2-1.3.

⁵⁵ AB Report, *ibid.*, para 1.5.

⁵⁶ AB Report, *ibid.*, para 1.15-1.16.

3.4 หลักเกณฑ์และวิธีการใช้ของความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช

ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures - SPS) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบลายลักษณ์อักษร หรือ สนธิสัญญาที่บัญญัติขึ้นภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลกทำหน้าที่เป็นสนธิสัญญาเสริมกับความตกลงแกตต์ที่เป็นทบทบัญญัติหลัก สาเหตุที่ได้มีการบัญญัติความตกลงฉบับนี้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากรัฐสมาชิกเห็นความสำคัญระหว่างชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์รวมถึงสัตว์และพืชนั้นสามารถถูกกระทบได้อย่างมีนัยสำคัญจากผลิตภัณฑ์ประเภทอาหาร ด้วยเหตุที่ว่าอาหารนั้นหากไม่มีมาตรการบังคับอย่างเคร่งครัดและมีข้อผิดพลาดไม่ว่าจะด้วยประการใด จะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีร้ายแรงต่อชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือแม้กระทั่งพืชโดยตรง ทำให้ต้องมีบทกฎหมายพิเศษเข้ามารองรับเพื่อสร้างมาตรการควบคุมที่เหมาะสมสำหรับผลิตภัณฑ์สินค้าที่มาจากอาหารโดยเฉพาะ⁵⁷ ดังนั้นสาระสำคัญของความตกลงฉบับนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความปลอดภัยของอาหาร (Food Safety)

วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ จะเน้นไปที่การวางมาตรการควบคุมผลิตภัณฑ์สำหรับการบริโภคทั้งหลาย ซึ่งเงื่อนไขประการสำคัญสำหรับรัฐที่ต้องการออกมาตรการกีดกันทางการค้าในส่วนของสุขอนามัยที่เกี่ยวข้องกับอาหาร คือ การนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ให้การวิจัยเป็นการสนับสนุนอันตรายที่อาจเกิดจากผลิตภัณฑ์อาหารที่ประสงค์จะออกมาตรการนั้น ในส่วนนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกสามารถถูกยกเว้นได้ หากเป็นกรณีที่ออกมาตรการโดยมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายยินยอมให้กระทำได้ ประกอบกับมีเหตุผลสนับสนุนซึ่งในกรณีนี้ คือ การนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์⁵⁸ นอกเหนือไปจากลักษณะของเงื่อนไขข้างต้น ความตกลงฉบับนี้ยังมีส่วนประกอบคล้ายคลึงกับความตกลงแกตต์ ข้อ 20 (ปี) ว่าด้วยความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ในส่วนนี้สนธิสัญญาทั้งสองฉบับไม่ได้มีข้อความขัดแย้งกันแต่อย่างใด แต่เป็นการส่งเสริมซึ่งกันและกันเนื่องจากกรณีตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชนี้เป็นกรณีเฉพาะเรื่องผลิตภัณฑ์อาหาร ดังนั้น หากเป็นกรณีผลิตภัณฑ์อย่างอื่นทั่วไปและมีการอ้างเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืชเพื่อสร้างข้อยกเว้นก็จะนำความตกลงแกตต์ ข้อ 20 (ปี) กลับมาบังคับใช้ ดังนั้นทบทบัญญัติทั้งสองต้องใช้ควบคู่กันเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย

⁵⁷ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *supra* note 12, p. 894; see also, John C. Beghin, "Measurement of Sanitary, Phytosanitary and Technical Barriers to Trade," *Organization for Economic Co-operation and Development*, 2001, p. 1-5.

⁵⁸ Lukasz Gruszczynski, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law*, (Oxford University Press), p. 35-38.

3.4.1 หลักการและแนวคิดพื้นฐานเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์

ผลิตภัณฑ์อาหารเป็นหนึ่งในปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการดำรงชีวิตของมนุษย์ โดยลักษณะของมนุษย์นั้นมักมีปัญหาเรื่องสุขภาพ หรือชีวิตเนื่องจากต้องประสบกับโรคที่ติดมากับผลิตภัณฑ์อาหารเป็นจำนวนมาก เนื่องจากหากมีการตรวจสอบควบคุมที่ไม่เข้มงวดของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง จะสร้างความเสี่ยงต่อการปนเปื้อนแก่ผลิตภัณฑ์อาหารในอัตราที่สูง ดังนั้น การนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์อาหารระหว่างรัฐจึงต้องมีการตรวจสอบอย่างเคร่งครัดโดยหลักวิธีการเฉพาะ ด้วยเหตุที่ว่าหากผลิตภัณฑ์อาหารดังกล่าวไม่ได้มาตรฐานความปลอดภัยอาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ส่งผลกระทบต่อประชากรภายในรัฐอย่างร้ายแรง เช่น การนำเข้าเมลามีนมาผสมในนมผงส่งออกของสาธารณรัฐประชาชนจีน⁵⁹ เหตุการณ์ในครั้งนั้นทำให้เด็กทารกจำนวนมากได้รับความเสี่ยงถึงขั้นที่เป็นอันตรายต่อชีวิตกันอย่างแพร่หลายเป็นวงกว้างถึงระดับรัฐ ดังนั้น รัฐที่ออกมาตรการส่งผลให้มีการกีดกันทางการค้าของสินค้าที่มีอันตรายเช่นนี้ หลักเกณฑ์ทางการค้าจึงยินยอมให้สามารถกระทำได้อย่างได้เงื่อนไขที่กำหนดไว้

หลักและวิธีการเฉพาะในการตรวจสอบผลิตภัณฑ์อาหารเหล่านี้เองมักเป็นสาเหตุที่รัฐใช้ออกมาตรการที่มีผลกีดกันทางการค้า เนื่องจากรัฐผู้ออกมาตรการมักมีเหตุผลโดยชอบธรรมในการกำหนดมาตรการ เพื่อป้องกันความเสียหายจากอาหารที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ เป็นสนธิสัญญาบทยเฉพาะการที่สามารถยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้าได้ เช่น จากกรณีข้างต้น ราชอาณาจักรไทยอาจต้องการออกมาตรการเพื่อจำกัดการนำเข้าผลิตภัณฑ์นมจากสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของประชาชนภายในรัฐ เนื่องจากมีเหตุผลและหลักฐานทำให้เชื่อได้ว่าการนำเข้าผลิตภัณฑ์จากจีนจะทำให้สุขภาพหรือชีวิตของประชาชนภายในรัฐได้รับผลกระทบ ซึ่งสามารถกระทำได้หากได้กระทำตามหลักเกณฑ์ที่สนธิสัญญาระบับนี้กำหนดไว้ ทั้งนี้สนธิสัญญาระบับนี้มุ่งหมายเกี่ยวกับการรักษาชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ พิษ ฯลฯ จากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้จากผลิตภัณฑ์จำพวกอาหารเท่านั้น⁶⁰ โดยหลักเกณฑ์สำคัญที่สร้างขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้ คือ การนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ของรัฐผู้ออกมาตรการ เพื่อแสดงให้เห็นว่ามาตรการที่ตนออกนั้นมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ตั้งโดยมีพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนด้วย เช่น รัฐ A ต้องการออกมาตรการกีดกันผลิตภัณฑ์นมจากรัฐ B โดยอ้างว่าผลิตภัณฑ์นมมีอันตราย ดังนั้น รัฐ A จะต้องนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ให้เห็นถึงความเชื่อมโยงว่าผลิตภัณฑ์นมจากรัฐ B มีอันตรายที่อาจส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพของประชากรภายในรัฐตนจริง โดยลักษณะของการนำเสนอหลักฐานนั้นองค์การระบับข้อพิพาทมีวิธีการพิจารณาและตีความที่แตกต่างกันไป ตามปัจจัยที่เป็นประเด็นพิพาทระหว่างรัฐ

⁵⁹James Orr and agencies. "China's Contaminated Milk Crisis Grows as Tests Show Top Dairy Firms Affected," <http://www.theguardian.com/world/2008/sep/19/china>, December 25 2013.

⁶⁰ Joanne Scott, The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures, (Oxford University Press), 2007, p. 9–10.

3.4.2 วิธีการใช้ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชและความสอดคล้องกับข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ บังคับใช้ในบริบทที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์อาหารเท่านั้น ดังนั้นในการพิจารณาหากข้อพิพาทเป็นเรื่องมาตรการที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของอาหาร จะต้องพิจารณาตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ เสียก่อน แต่หากมิได้เข้าหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องความปลอดภัยของอาหารก็สามารถย้อนกลับไปพิจารณาข้อยกเว้นทั่วไปตามข้อ 20 (ปี) ของความตกลงแกตต์ที่ได้กล่าวถึงในส่วนก่อนหน้านี้ได้⁶¹ เพราะกฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติให้มีความขัดแย้งกัน แต่เป็นการบัญญัติให้ใช้กฎหมายร่วมกันได้ในบริบทเรื่องเฉพาะระหว่างความปลอดภัยของอาหารกับการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในประเด็นอื่น ๆ

ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ ยังรับรองไว้ในบทบัญญัติของตนว่า “ในกรณีที่รัฐได้ออกมาตรการเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ ที่ได้กระทำตามหลักเกณฑ์ของความตกลงฯ ฉบับนี้แล้ว จะสันนิษฐานได้ว่าได้กระทำตามข้อ 20 (ปี) ของความตกลงแกตต์ 1994 แล้วเช่นเดียวกัน”⁶² เท่ากับเป็นการแสดงให้เห็นว่าความเคร่งครัดของความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ ว่ามีความเข้มข้นมากกว่าความตกลงแกตต์ข้อ 20 (ปี) เนื่องจากความตกลงฉบับนี้เรียกร้องให้รัฐผู้ออกมาตรการจะต้องส่งหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถเชื่อถือได้ นอกจากการนำเสนอแล้วรัฐจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างข้อเท็จจริงและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่น่าเสนอเพื่อสนับสนุนมาตรการที่ตนออกขึ้นเพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้า⁶³ และให้มาตรการมีความชอบด้วยกฎหมาย หลักเกณฑ์ข้างต้นนี้เองที่ทำให้มาตรการที่ออกตามความตกลงฉบับนี้ได้มีการรับรองสถานะเบื้องต้นตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (ปี) ในเวลาเดียวกัน อย่างไรก็ตามจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าการได้สิทธิรับรองตามข้อ 2 (4) เป็นเพียงบทแห่งการสันนิษฐาน (Presumed) ตามกฎหมายเท่านั้นมิใช่มีลักษณะบังคับให้มีผลโดยอัตโนมัติ (Automatic) ดังนั้น เมื่อมีการอ้างหลักเกณฑ์ทั้งสองข้อนี้ จะต้องมีการพิจารณาแยกองค์ประกอบทั้งสองออกจากกัน เพื่อวิเคราะห์คดีพิพาทเป็นกรณีไป โดยในส่วนการสันนิษฐานก็สามารถเปลี่ยนแปลงได้ในภายหลังเมื่อมีการพิสูจน์หักล้างได้ กล่าวโดยสรุป คือ การส่งหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการกีดกันการค้าและความอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อสาธารณสุขของมนุษย์ย่อมเป็นหลักฐานสำคัญในการพิจารณาความชอบของมาตรการกีดกันที่รัฐสร้างขึ้น

⁶¹ SPS Preamble “Desiring therefore to elaborate rules for the application of the provisions of GATT 1994 which relate to the use of sanitary or phytosanitary measures, in particular the provisions of Article XX(b).”

⁶² SPS Article 2 (4) “Sanitary or phytosanitary measures which conform to the relevant provisions of this Agreement shall be presumed to be in accordance with the obligations of the Members under the provisions of GATT 1994.”

⁶³ Joanne Scott, *supra* note 60, p. 81-86.

ความหมายของการคุ้มครองตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ ปรากฏในภาคผนวกเอของสนธิสัญญาสรุปใจความว่า “มาตรการใด ๆ ที่มีขึ้นเพื่อปกป้องชีวิต คน สัตว์ หรือ พืช จากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการเข้ามา คงอยู่ หรือ การแพร่ระบาดของศัตรูพืช โรคต่าง ๆ สิ่งต่าง ๆ ที่สามารถนำพา หรือก่อให้เกิดโรคได้ หรือ ความเสี่ยงจากสารปรุงแต่ง สารเติมแต่ง สารพิษ หรือสิ่งทีก่อให้เกิดโรคในอาหาร เครื่องดื่ม หรือ อาหารสัตว์ เพื่อป้องกันหรือจำกัดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ามา การคงอยู่ หรือการแพร่ระบาดของศัตรูพืช⁶⁴ ทั้งการที่รัฐสมาชิกได้ปฏิบัติตามมาตรฐานสากลถือได้ว่าปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญานี้เช่นเดียวกัน⁶⁵ โดยการออกมาตรการจะต้องใช้เท่าที่จำเป็น เพื่อปกป้องชีวิต หรือสุขภาพ ของคน สัตว์ หรือ พืช โดยมีพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์และอ้างถึงตามหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เสมอ”⁶⁶ ทั้งนี้รัฐสมาชิกจะต้องรับประกันว่า มาตรการของตนมีพื้นฐานจากการประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยคำนึงถึงเทคนิคการประเมินความเสี่ยงซึ่งได้จัดทำโดยองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นทางการแล้ว

ลักษณะของหลักเกณฑ์ที่ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ สร้างขึ้นนี้จำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากข้อพิพาทที่มีการร้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท เนื่องจากลักษณะของข้อเท็จจริงส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อการตีความบทบัญญัติของสนธิสัญญา โดยเฉพาะประเด็นที่ว่า การนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Principles) เนื่องจากลักษณะการพิสูจน์ว่ามาตรการของรัฐที่ออกขึ้นเพื่อกีดกันการค้าโดยอ้างเหตุผลว่าด้วยการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืชตามความตกลงฉบับนี้ จะต้องมีการแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่กล่าวอ้างขึ้นว่ามีความสัมพันธ์และความเชื่อมโยงที่จะส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์อย่างไร เช่น แม้รัฐ A จะนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ได้ว่าผลิตภัณฑ์นมที่ตนจะต้องนำเข้าจากรัฐ B มีสารบางอย่างที่ปนเปื้อนติดมากับผลิตภัณฑ์ด้วย แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าหลักฐานดังกล่าวไม่อาจแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการบริโภคผลิตภัณฑ์นมที่มีสารปนเปื้อนนี้นั้นจะส่งผลกระทบต่อประชากรใดต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ เช่นนี้การออกมาตรการตามเหตุผลข้างต้นก็อาจไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามความตกลงฉบับนี้ได้เช่นกัน ดังนั้น จะต้องมีการศึกษาแนวทางคำวินิจฉัยขององค์กรระงับข้อพิพาทเพื่อประกอบการพิจารณา ดังนี้

⁶⁴ แปลและสรุปใจความจาก SPS Annex A 1. (b) “to protect human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs.”

⁶⁵ แปลและสรุปใจความจาก SPS Article 3 (2) “Sanitary or phytosanitary measures which conform to international standards, guidelines or recommendations shall be deemed to be necessary to protect human, animal or plant life or health, and presumed to be consistent.”

⁶⁶ แปลและสรุปใจความจาก SPS Article 2 (2) “Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health, is based on.”

3.4.2.1 ข้อพิพาท European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าประชาคมยุโรปออกมาตรการห้ามนำเข้าซึ่งเป็นการกีดกันทางการค้าต่อผลิตภัณฑ์ที่ทำจากเนื้อวัวซึ่งถูกเลี้ยงโดยฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโต (Growth Hormones)⁶⁷ โดยประชาคมฯ อ้างเหตุผลว่าผลิตภัณฑ์อาหารที่มาจากฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตนั้นมีผลวิจัยว่าหากมีการบริโภคเข้าสู่ร่างกายในปริมาณหนึ่งจะเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ เพราะมีสารปะปนที่มาจาก การเลี้ยงด้วยฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตจะเข้าไปสะสมในร่างกาย ดังนั้นประชาคมฯ จึงสร้างมาตรการตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ⁶⁸ เมื่อมาตรการมีผลบังคับใช้ ส่งผลให้สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้เสียหายได้เรียกร้องสิทธิของตนผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาท เพราะตนเป็นรัฐที่ผลิตและส่งออกผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ในกรณีนี้สหรัฐอเมริกาได้มีการโต้แย้งว่าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตมาจากฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตมิได้มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอที่ควรเชื่อได้ว่ามีความเชื่อมโยงระหว่างการบริโภคและเกิดผลกระทบต่อสุขภาพหรือชีวิตของมนุษย์อย่างแท้จริง⁶⁹

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหลักฐานที่ประชาคมยุโรปได้นำเสนอนักวิชาการท่านหนึ่งซึ่งมีผลวิจัยว่าฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโต เป็นสาเหตุที่อาจก่อให้เกิดมะเร็ง หรือทำให้เซลล์กลายพันธุ์ ซึ่งองค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยแล้วพบว่าไม่ได้มีความสอดคล้องโดยเฉพาะเจาะจงอันเป็นการแสดงให้เห็นถึงผลจากการบริโภคฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตแล้วจะมีอันตรายตามที่ทางประชาคมฯ ได้กล่าวอ้างตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ แต่อย่างใด เพราะ หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ข้างต้นมิได้แสดงให้เห็นถึงความชัดเจนว่าจะต้องมีการบริโภคฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตในปริมาณและระยะเวลาเท่าใดอย่างแน่ชัดจึงจะก่อให้เกิดโรคต่อมนุษย์⁷⁰ อีกทั้งงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ยังไม่ได้ระบุอีกด้วยว่าการบริโภคฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้เกิดโรคอย่างไร ส่งผลให้หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของความตกลงฉบับนี้ทำให้มาตรการที่ประชาคมฯ สร้างขึ้นยังไม่ครบองค์ประกอบของกฎหมาย⁷¹ เพราะความตกลงฉบับนี้จะต้องมีการแสดงให้เห็นถึงขนาดที่ว่า การบริโภคฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตจะต้องก่อให้เกิดโรคมะเร็ง⁷² กล่าวคือ มาตรการของประชาคมยุโรปไม่สามารถอ้างถึงความตกลงฉบับนี้ได้ จึงเป็นมาตรการที่กีดกันทางการค้า

⁶⁷ AB Report, EC – Hormones (1998), para. 2.

Available at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=33861&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHas h=

⁶⁸ AB Report, *ibid.*, para. 9.

⁶⁹ AB Report, *ibid.*, para. 44 and 47.

⁷⁰ AB Report, *ibid.*, para. 102.

⁷¹ AB Report, *ibid.*, para. 103.

⁷² AB Report, *ibid.*, para. 253 (k).

3.4.2.2 ข้อพิพาท European Communities - Approval and Marketing of Biotech Products

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าประชาคมยุโรปยินยอมให้ออสเทรียหนึ่งในรัฐสมาชิกของประชาคมฯ ออกมาตรการที่มีสาระสำคัญว่า ในกรณีของการดำเนินการนำเข้าส่งออกหรือการปลูกพืชที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม (Genetically Modified Seed Products – GMOs) จะต้องมีการขอรับใบอนุญาตจากออสเทรียเสียก่อนเพื่อให้สามารถจำหน่ายผลิตภัณฑ์ได้ โดยอ้างถึงความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ เพื่อต้องการปกป้องสุขอนามัยของพืช ด้วยเหตุผลว่าการนำเข้าพืชประเภท GMOs จะเกิดการผสมพันธุ์ทำให้พืชดั้งเดิมของประเทศตนสูญพันธุ์⁷³ ทั้งนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการรับใบอนุญาตเพื่อดำเนินการทางการค้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องใช้เวลาในการพิจารณาวานานมากจนส่งผลกระทบต่อรัฐผู้ส่งออกผลิตภัณฑ์⁷⁴ ดังนั้น แม้ลักษณะของมาตรการจะไม่มีกีดกันทางการค้าโดยตรง แต่ผลของมาตรการดังกล่าวทำให้รัฐผู้ส่งออกเสียหายเป็นอย่างมาก เพราะ ไม่สามารถขอรับใบอนุญาตเพื่อจำหน่ายสินค้าของตนได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

สหรัฐอเมริกาผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว จึงนำเอาข้อเท็จจริงเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท โดยอ้างว่า หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ประเทศออสเทรียใช้ประกอบการพิจารณามาตรการนั้นไม่มีความชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากหลักฐานที่นำเสนอเพียงแต่ให้ข้อเท็จจริงว่าความเป็นไปได้ที่พืชที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรม มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการผสมพันธุ์ให้พืชท้องถิ่นสูญพันธุ์ตามที่ออสเทรียกล่าวอ้าง แต่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวมิได้มีปรากฏข้อความในลักษณะที่หากมีการนำเข้าพืชที่ได้รับการดัดแปลงทางพันธุกรรมจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อพืชท้องถิ่นอย่างไร หรือมีรูปแบบของตัวเลขในการบริโภค หรือ ระยะเวลาบ่งบอกทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจน⁷⁵ ประเด็นนี้เองที่เป็นสาระสำคัญ เนื่องจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ตามองค์ประกอบทางกฎหมายที่ความตกลงฉบับนี้ยอมรับนั้น จะต้องมีความเชื่อมโยงชัดเจนในแนวทางที่ทำให้เห็นได้ว่าความอันตรายสามารถเกิดขึ้นได้จริงหากไม่มีการออกมาตรการเพื่อควบคุมอย่างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงหลักฐานที่กล่าวอ้างขึ้นโดยไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลที่เป็นเช่นนี้ เพราะ การออกมาตรการทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบสิทธิของรัฐอื่นตามความตกลงฉบับนี้ได้กล่าวไปแล้วว่า จะต้องมิเหตุผลและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนและแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างกัน มิเช่นนั้นรัฐสมาชิกอาจใช้ประเด็นนี้เป็นช่องว่างทางกฎหมายในการออกมาตรการกีดกันทางการค้าโดยใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ลักษณะใดก็ได้ ซึ่งไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยง ดังนั้น ลักษณะการใช้และตีความเช่นนี้ กฎหมายจึงไม่สามารถยินยอมได้

⁷³ Panel Report, EC – Biotech (2003), para. 4.137. Available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%20wt/ds291/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%20wt/ds291/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

⁷⁴ Panel Report, *ibid.*, para. 4.10.

⁷⁵ Panel Report, *ibid.*, para. 6.37.

อย่างไรก็ตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ ข้อ 5 วรรค 7 กำหนดว่า “การออกมาตรการชั่วคราวไว้ก่อน เพื่อป้องกันความเสี่ยงด้านสุขภาพหรือชีวิต โดยที่ยังไม่มีหลักทางวิทยาศาสตร์เพียงพอหรือยังไม่ชี้ชัดสามารถกระทำได้ แต่ถ้าหากประเทศเหล่านั้นได้รับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ชี้เฉพาะภายหลังก็ต้องปรับเปลี่ยนวิธีการตามหลักฐานฉบับใหม่”^{76 77} ดังนั้น เมื่อมีการร้องขอให้ออกมาตรการชั่วคราวก็สามารถกระทำได้โดยพลางก่อน ในประเด็นนี้ต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าการกระทำข้างต้น จะต้องเป็นกระทำการเป็นการชั่วคราวเพื่อบรรลุนิติประสงค์ที่มาตรการนั้นตั้งขึ้นเสียก่อน โดยหลักเกณฑ์ได้กำหนดว่าหากมีหลักฐานเพียงพอก็ให้นำมาประกอบการสนับสนุนได้ในภายหลังเพื่อให้มาตรการบังคับใช้ได้ อย่างไรก็ตามหากไม่สามารถกระทำการเช่นนั้นได้ ย่อมเป็นเหตุให้มาตรการที่ออกเป็นอันตกไปเนื่องจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สนับสนุนไม่เพียงพอ ในกรณีข้อพิพาทที่กล่าวถึงนี้ท้ายที่สุดแล้วฝ่ายประชาคมยุโรปก็สามารถหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ถึงลักษณะความอันตรายของพืช GMOs และได้รับการยินยอมให้ออกมาตรการเช่นนั้นได้ เนื่องจากได้ทำตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ กำหนดแล้ว

ลักษณะของข้อพิพาททั้งสองแสดงให้เห็นว่าความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ นั้นเป็นเรื่องการส่งหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงและสัมพันธ์ระหว่างข้อกล่าวอ้างของรัฐสมาชิกที่ใช้สนับสนุนการออกมาตรการกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เช่นนั้น เมื่อประกอบเข้ากับบทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานว่าการดำเนินการตามความตกลงฉบับนี้ ให้สันนิษฐานว่าได้ดำเนินการอย่างถูกต้องกับบทยกเว้นทั่วไปตามข้อ 20 (ปี) ความตกลงแอกต์แล้ว หากตีความในทางกลับกันอาจกล่าวได้ว่ามาตรการที่ออกโดยอ้างถึงความตกลงแอกต์ข้อ 20 (ปี) ว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้น แม้จะไม่ใช่เรื่องอาหาร แต่หากมีการนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการและหลักฐานอย่างมีประสิทธิภาพได้เช่นเดียวกันนั้น จะส่งผลให้น้ำหนักของมาตรการหนักแน่นขึ้นและอาจได้รับการพิจารณาว่ามีความสมเหตุสมผลทางกฎหมายเพิ่มขึ้นอีกด้วย กล่าวโดยสรุป คือ องค์การการค้าโลกได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของปัญหาเรื่องสาธารณสุข เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ทำให้มาตรการที่สร้างขึ้นโดยมีหลักเหตุผลดังกล่าวอยู่เบื้องหลังนั้นมีกฎหมายให้เปิดช่องให้กระทำการได้อย่างหลากหลาย นอกจากนี้องค์การระบับข้อพิพาทก็มีแนวโน้มที่จะพิจารณาให้เรื่องดังกล่าวนี้มีความสำคัญเหนือการค้าเสรีด้วยในบางกรณี

⁷⁶ แปลและสรุปใจความจาก SPS Article 5 (7) “In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time.”

⁷⁷ Panel Report, *supra* note 73, para. 4.522-4.524.

3.5 หลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า

ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade Agreement – TBT) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบลายลักษณ์อักษร หรือ สนธิสัญญาที่บัญญัติขึ้นภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก ทำหน้าที่เป็นบริบทเสริม และเพื่อประสานช่องว่างของหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งและหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง อันเป็นหลักการสำคัญของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติทางการค้าที่ในบางกรณีนั้นไม่สามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะ เมื่อสังคมระหว่างประเทศได้มีการพัฒนาตัว ทำให้รูปแบบของมาตรการที่รัฐออกได้มีความซับซ้อนมากขึ้น เนื่องจากลักษณะของมาตรการมีความยากต่อการวิเคราะห์ว่ารัฐผู้ออกมาตรการประสงค์ให้ผลมีกีดกันทางการค้าหรือไม่⁷⁸

มาตรการที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยของตนเองในการสร้างขึ้นนั้นหากมีลักษณะที่กีดกันทางการค้าย่อมเป็นการละเมิดหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก เว้นเสียแต่ว่ารัฐผู้ออกมาตรการจะได้กระทำตามข้อยกเว้นที่หลักเกณฑ์ที่ความตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้ตามที่กล่าวไปแล้วในส่วนก่อนหน้า⁷⁹ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติรัฐบางรัฐนิยมเลือกใช้วิธีการออกมาตรการที่มีลักษณะซับซ้อนในรายละเอียด ซึ่งหากพิจารณาอย่างผิวเผินก็ไม่อาจวิเคราะห์ได้ว่ามาตรการมีลักษณะกีดกันทางการค้าหรือไม่ อย่างไรก็ตามผลของมาตรการจะทำให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง⁷⁹ ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบในหลายสถานการณ์ ตามแต่ลักษณะแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การสร้างกระบวนการ หรือ วิธีการเพื่อให้ได้รับอนุญาตในการนำเข้าสินค้าที่มีความซับซ้อน การสร้างหลักเกณฑ์ที่จะต้องให้ปฏิบัติตามสำหรับสินค้าที่ได้รับอนุญาตแล้วจะต้องดำเนินการบางอย่าง ฯลฯ โดยลักษณะเหล่านี้สร้างขึ้นโดยปราศจากเหตุผลสนับสนุนที่เหมาะสม หรือ แม้กระทั่งมีเหตุผลประกอบแต่ไม่อาจรับฟังได้เนื่องด้วยความไม่สมเหตุสมผลตามหลักตรรกะทางความคิด อย่างไรก็ตามลักษณะมาตรการเหล่านี้มักมีจุดร่วมเป็นการใช้บังคับอย่างเป็นมาตรฐานเดียวกัน ส่งผลให้รัฐผู้เสียประโยชน์ไม่อาจเรียกร้องว่าตนได้รับการเลือกปฏิบัติตาม หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งหรือหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง เพราะตนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันแล้ว แต่สิ่งที่รัฐได้รับการปฏิบัติตนเองที่เป็นการก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง

เมื่อสังคมระหว่างประเทศประสบปัญหาเช่นนี้ องค์การการค้าโลกจึงมีความจำเป็นต้องสร้างเครื่องมือชนิดใหม่เพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงและมาตรการที่มีรูปแบบพัฒนาไปอย่างต่อเนื่อง ที่กฎหมายเดิมไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการไม่เลือกปฏิบัติให้สามารถบังคับใช้ได้

⁷⁸ Peter Van den Bossche, Denise Prévost and Matiëlle Matthee, “WTO Rules on Technical Barriers to Trade,” *Maastricht Working Papers*, 2005-2006, p. 4.

⁷⁹ Peter Van den Bossche, *ibid.*, p. 5-6.

3.5.1 หลักการและแนวคิดพื้นฐานของมาตรการกีดกันทางการค้าแบบเทคนิค

ข้อเท็จจริงในสังคมระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นต้องยอมรับเสียก่อนว่ารัฐทั้งหลายล้วนมีความต้องการแสวงประโยชน์ส่วนตนให้มากที่สุด และในทางตรงกันข้ามรัฐก็มีความต้องการเสียประโยชน์น้อยที่สุด รัฐทั้งหลายจึงสร้างลักษณะของมาตรการกีดกันทางการค้าให้มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นที่ต้องอาศัยการพิเคราะห์ที่ละเอียดอ่อนเพื่อให้เห็นว่ามาตรการที่สร้างขึ้นมีลักษณะกีดกันการค้าเสรีอย่างไร ยกตัวอย่างเช่น รัฐบาลอังกฤษเคยออกมาตรการกำหนดให้ผู้ผลิตบรรจุภัณฑ์ของเหลวทุกประเภทจะต้องกำหนดหน่วยวัดเป็นไปป์ (British Pipe Units)⁸⁰ โดยรัฐได้อ้างว่าหน่วยวัดดังกล่าวมีการใช้เฉพาะที่อังกฤษมาเป็นเวลานานตั้งแต่โบราณ ทำให้คนอังกฤษคุ้นเคยกับหน่วยวัดนี้ หากเปลี่ยนไปใช้หน่วยอื่นอาจทำให้เกิดความสับสนต่อประชากรในรัฐได้ ดังนั้น ในการนำเข้าสินค้าที่มีลักษณะบรรจุภัณฑ์ที่ปรากฏหน่วยมาตรวัดทั้งหลายไม่ว่ามาจากรัฐใด จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงฉลากหรือรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ให้ต้องตรงกับหน่วยไปป์ ไม่ว่าจะเป็นการติดฉลาก หรือ ส่วนของรูปแบบบรรจุภัณฑ์ข้างต้น เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางการค้าว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ พบว่ามาตรการนี้ไม่มีข้อความขัดหรือแย้งแต่ประการใด เพราะมาตรการนี้บังคับต่อผู้ผลิตบรรจุภัณฑ์ของเหลวทุกคนให้ปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิตภายในรัฐหรือระหว่างนอกรัฐด้วยกัน เมื่อผู้ผลิตทุกรายได้รับผลของมาตรการอย่างเดียวกัน จึงเป็นการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ทำให้ไม่มีลักษณะการเลือกปฏิบัติตามหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ หลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง อย่างไรก็ตาม ผลของมาตรการดังกล่าวเป็นการให้ผู้ผลิตต้องผลิตบรรจุภัณฑ์ที่ระบุหน่วยมาตรวัดใหม่ทั้งหมดเป็นการเฉพาะ ทำให้เสียต้นทุนในการผลิตที่สูงกว่าเดิม และอาจจะต้องหยุดจำหน่ายสินค้าในอังกฤษไปด้วยเหตุผลด้านการผลิต และต้นทุนที่สูงขึ้น เมื่อผลลัพธ์ของมาตรการที่บังคับใช้เป็นเช่นนี้ จึงแสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวอาจเป็นการกีดกันการค้าอย่างแอบแฝง

ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าได้สร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นอีกประการหนึ่งว่า แม้มาตรการที่รัฐออกขึ้นจะต้องตามหลักเกณฑ์ทางการค้า โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติทั้งต่อหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง และหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง แต่หากปรากฏว่าผลลัพธ์ของมาตรการนำไปสู่การเลือกปฏิบัติย้อมผิดหลักเกณฑ์ตามความตกลงฉบับนี้⁸¹ ซึ่งความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้ามีหลักในการปฏิบัติ และการบังคับใช้กับมาตรการของรัฐแยกพิจารณาออกได้เป็นองค์ประกอบอยู่หลายประการด้วยกัน เพื่อเป็นการพิจารณาว่ามาตรการในลักษณะใดจัดอยู่ในความหมายของมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางเทคนิค ซึ่งจะต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นเสียก่อนว่า ความตกลงฉบับนี้เป็นไปเพื่อปกป้องวัตถุประสงค์การค้าเสรี ดังนั้น มาตรการที่กำหนดขึ้นโดยให้ผลลัพธ์ประการใดที่ไม่ต้องตรงกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นลักษณะการกีดกันทางเทคนิคที่มีหลากหลายรูปแบบในสังคมระหว่างประเทศ

⁸⁰ Steve Chrisomalis. "Units of Measurement," <http://phrontistery.info/unit.html>, November 17 2013.

⁸¹ Peter Van den Bossche, *supra note 78*, p. 14–15; โปรดดู, จารุประภา รักพงษ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 189-190.

ความตกลงฉบับนี้ใช้บังคับกับมาตรการที่ก่อให้เกิดอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า โดยคำว่ามาตรการอาจหมายถึงสิ่งดังต่อไปนี้⁸²

(1) กฎระเบียบเทคนิค⁸³ หมายความว่า ลักษณะของข้อบังคับใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของสินค้ารวมไปถึงกระบวนการผลิต ที่เมื่อรัฐได้กำหนดขึ้นแล้วรัฐอื่นมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม มิเช่นนั้นจะไม่สามารถนำเข้าสินค้าในประเทศนั้นได้ เช่น กฎหมาย พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง กฎกระทรวง พระราชกำหนด ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย ลักษณะข้อบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น ในส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าลักษณะของมาตรการนั้นอาจเกิดขึ้นจากข้อบังคับแบบใด ๆ ก็ตามที่ส่งผลให้รัฐอื่นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น รัฐ A ออกกฎหมายกำหนดว่าในการนำเข้าสินค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องมีการขอ และได้รับอนุญาตจากหน่วยงานภายในรัฐของตนเสียก่อน หรือการที่รัฐ A กำหนดว่าหากจะจำหน่ายไวน์ในรัฐตนต้องทำให้ขวดไวน์เป็นสีเขียว เป็นต้น

(2) มาตรฐาน⁸⁴ หมายถึง เอกสารที่ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจเฉพาะเพื่อสร้างมาตรฐานบางอย่างโดยเอกสารดังกล่าวหากไม่ปฏิบัติตามก็สามารถจำหน่ายสินค้าได้ แต่ในกรณีที่ประสงค์ปฏิบัติตามก็จะได้สิทธิพิเศษบางประการ หรือได้รับการรับรองเป็นสากลซึ่งเป็นเรื่องโดยสมัครใจของรัฐหรือเจ้าของสินค้าที่จะขอรับลักษณะตามมาตรฐาน เช่น มาตรฐาน ISO รวมไปถึง แนวทางการปฏิบัติ (Guideline) ด้วย เช่น รัฐ A ได้รับมาตรฐาน ISO จากสินค้าชนิดหนึ่งของตน การรับใบอนุญาตนั้นมิได้มีผลต่อการนำเข้าหรือส่งออกของสินค้า แต่อาจได้รับสิทธิบางประการจากบางรัฐที่ยอมรับในมาตรฐานดังกล่าว

(3) กระบวนการตรวจสอบ⁸⁵ หมายถึง กระบวนการในการพิสูจน์ว่ากฎระเบียบทางเทคนิคหรือมาตรฐานได้ทำลงโดยสมบูรณ์หรือไม่ เช่น การออกใบรับรองผู้ผลิต, การตรวจสอบ, การทดลองทางวิทยาศาสตร์ด้วยผลจากห้องทดลอง เป็นต้น

ลักษณะของมาตรการที่สร้างขึ้นหากพิจารณาได้ว่าเข้าองค์ประกอบลักษณะใดข้างต้นย่อมส่งผลให้มาตรการจะต้องอยู่ในกรอบพิจารณาของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ทั้งในส่วน of ผลิตภัณฑ์ (Products: Industrial and Agricultural) และกระบวนการผลิต (Processes and Production Methods (PPMs))⁸⁶ ซึ่งจะต้องมาพิจารณากันว่าลักษณะมาตรการที่ออกมานั้นสอดคล้องและปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งความตกลงฉบับนี้หรือไม่

⁸² TBT Agreement, Annex 1.1–1.3 Consist the Definition of Technical Regulations; Standards; and Conformity Assessment Procedures.

⁸³ Peter Van den Bossche, *supra note* 78, p. 4-5.

⁸⁴ Peter Van den Bossche, *ibid.*, p. 6.

⁸⁵ Peter Van den Bossche, *ibid.*, p. 6-7.

⁸⁶ Article 1.3 “and the explanatory note to Annex 1, paragraph 2, of the TBT Agreement. Note that the TBT Agreement does not apply to technical regulations, standards and conformity assessment procedures that deal with services.”

สาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า บัญญัติเอาไว้ในข้อ 2⁸⁷ ใจความว่า “(1) ประเทศสมาชิกจะต้องประกันว่าในส่วนกฎระเบียบทางเทคนิคที่ใช้กับผลิตภัณฑ์นำเข้าจากสมาชิกอื่น จะต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าสินค้าที่เหมือนกันภายในประเทศสมาชิกนั้น ๆ⁸⁸ และ

(2) ประเทศสมาชิกจะต้องประกันว่ากฎระเบียบทางเทคนิคของตนไม่ได้ก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าทางเทคนิคอย่างไม่จำเป็น ทั้งนี้กฎจะต้องไม่เป็นจำกัดทางการค้าเกินจำเป็นกว่าวัตถุประสงค์ที่ประเทศสมาชิกกล่าวอ้าง ซึ่งวัตถุประสงค์นั้นได้แก่ (แต่ไม่จำกัดเฉพาะ เนื่องจากสิ่งที่เป็นบัญญัติกำหนดไว้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น รัฐสมาชิกสามารถตีความขยายไปถึงเรื่องอื่นได้) การกระทำเพื่อความมั่นคงภายในประเทศ การป้องกันการปฏิบัติอย่างฉ้อฉล การป้องกันความปลอดภัยของชีวิต คน สัตว์ หรือพืช การปกป้องสิ่งแวดล้อม⁸⁹ ประกอบกับ

(4) ในกรณีที่ต้องใช้กฎระเบียบเทคนิคหรือมีมาตรฐานสากล ประเทศสมาชิกจะต้องใช้มาตรฐานสากลเป็นพื้นฐานในการออกกฎของตน เว้นแต่มาตรฐานสากลนั้นไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่มีความเหมาะสมในการบรรลุวัตถุประสงค์ของประเทศสมาชิกกล่าวอ้าง⁹⁰”

จากข้อ 2 ที่ยกมานี้แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ห้ามกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝงหรือทางเทคนิค โดยใช้วิธีให้ผลของมาตรการเป็นการกีดกันโดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมายหรือเหตุผลประการอื่นที่เหมาะสม⁹¹ บทบัญญัติได้แสดงให้เห็นถึงแนวทางของมาตรการที่สร้างผลลัพธ์ที่เกินความจำเป็นกว่าที่รัฐสมาชิกได้กล่าวอ้าง ดังนั้นการสร้างมาตรการตามความตกลงฉบับนี้หากอยู่ในขอบเขตของเหตุและผลที่สามารถอธิบายได้และเป็นไปตามข้อยกเว้นย่อมสามารถกระทำได้โดยชอบ ทั้งนี้ข้อบทที่ได้นำเสนอข้างต้นนั้นยกขึ้นเพื่อประกอบการพิจารณาสำหรับประเด็นศึกษาว่าด้วยเรื่องมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่จะพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคทางเทคนิคหรือไม่

⁸⁷ Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr, *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, (Leiden, Boston, 2007), p. 235-243.

⁸⁸ แปลและสรุปใจความจาก TBT Article 2 (1) “Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country.”

⁸⁹ แปลและสรุปใจความจาก TBT Article 2 (2) “Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade.”

⁹⁰ แปลและสรุปใจความจาก TBT Article 2 (4) “Where technical regulations are required and relevant international standards exist or their completion is imminent”.

⁹¹ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *supra note 12*, p. 890; see also, John C. Beghin, *supra note 57*, p. 1-3.

ในเบื้องต้นก่อนที่จะนำเสนอถึงตัวอย่าง แนวทางการปรับใช้ความตกลงฉบับนี้ ขอชี้ให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมเสียก่อนว่าการทำงานฉบับนี้ต้องการนำเสนอทบทวนอุปสรรคเทคนิคทางการค้าก็เนื่องมาจากมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบนั้นมีลักษณะกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง เพราะเมื่อพิจารณาจากตัวอย่างที่ได้ยกไปข้างต้น กรณีที่อังกฤษออกมาตรการกำหนดหน่วยวัดเป็นไปป็นั้น จะเห็นได้ว่าผู้ผลิตจะต้องมีการปรับเปลี่ยนบรรจุภัณฑ์และฉลากของตนใหม่ทั้งหมดเพื่อจำหน่ายที่อังกฤษโดยเฉพาะ ส่งผลกระทบแก่ผู้ผลิตที่จะต้องเสียต้นทุนและเวลาในการผลิตที่เพิ่มขึ้น ซึ่งอาจจะส่งผลในการตัดสินใจที่จะดำเนินการทางธุรกิจโดยตรง เพราะเป็นการสร้างอุปสรรคทางการค้าอย่างไม่จำเป็นและไม่เกิดผลเพียงพอที่จะบังคับใช้มาตรการเช่นนั้นได้

ข้อเท็จจริงเรื่องการเปลี่ยนแปลงหน่วยวัดของเหลวบนบรรจุภัณฑ์ข้างต้นนี้เทียบได้กับเรื่องมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบได้อย่างชัดเจน เพราะผู้ผลิตต้องตกอยู่ในพันธกรณีที่ต้องเปลี่ยนแปลงบรรจุภัณฑ์ของตนให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แต่ต้องกล่าวว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบจะมีผลลัพธ์ที่แตกต่างออกไป เพราะมาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปในทางที่ทำให้เครื่องหมายการค้านั้นลดทอนคุณค่าลง (Trademark Dilution) ทั้งยังเปลี่ยนแปลงซึ่งสี สัน รูปประดิษฐ์ รูปแบบของตัวอักษรไปจนถึงขนาดที่ไม่เห็นรูปเค้าเดิมของรูปแบบของบรรจุภัณฑ์เดิม อย่างไรก็ตามส่วนสำคัญที่จำเป็นต้องพิจารณา คือ มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบก็ได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายระดับสนธิสัญญา คือ กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบอันเป็นบทกฎหมายให้อำนาจหลัก นอกจากนี้ก็ยังได้รับการสนับสนุนทั้งจากข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (ปี) ว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์และก็ยังมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นงานวิจัยสนับสนุนเป็นจำนวนมากที่ระบุว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคจริงหากมีการบริโภคอย่างต่อเนื่อง โดยจะก่อตัวเป็นสาเหตุของโรคร้ายหลายประการด้วยกัน จึงได้รับประโยชน์แห่งบทสันนิษฐานตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชอีกด้วย ดังนั้น การบังคับใช้มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบจึงอาจมีข้อแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญกับมาตรการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝงประการอื่น เนื่องจากมีความจำเป็นอย่างได้สัดส่วนที่ได้รับการสนับสนุนจากทบทวนของกฎหมายระหว่างประเทศหลายภาคส่วน จึงอาจทำให้มาตรการดังกล่าวมีความชอบธรรมในการบังคับใช้ที่เหนือกว่ามาตรการลักษณะอื่นที่เป็นการสร้างภาระเกินความจำเป็น

3.5.2 ตัวอย่างการให้เหตุผลประกอบของรัฐผู้ออกมาตรการ

การบังคับใช้และตีความมาตรการตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้านั้นจำเป็นต้องมีการศึกษาลักษณะของแต่ละมาตรการตามข้อพิพาทที่ได้นำเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ในที่นี้จะขอเสนอมาตรการสองรูปแบบด้วยกัน คือ รูปแบบที่หนึ่งว่าด้วยการกำหนดการใช้ชื่อของสินค้า เพื่อให้เห็นถึงลักษณะของมาตรการที่ซับซ้อนและลำบากต่อการทำความเข้าใจ และรูปแบบที่สองว่าด้วยการอ้างเหตุผลบางประการเพื่อสนับสนุนตัวมาตรการที่มีส่วนคล้ายคลึงกับข้อพิพาทที่ได้นำเสนอมาแล้ว คือ ข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบและมีการกล่าวอ้างเหตุผลในทำนองเดียวกัน โดยประเด็นในการวินิจฉัยนั้นจะแสดงให้เห็นถึงสาระสำคัญที่เชื่อมโยงกันเพื่อวิเคราะห์มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ รายละเอียดปรากฏดังต่อไปนี้

3.5.2.1 ข้อพิพาท European Communities - Trade Description of Scallops

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝรั่งเศสภายใต้ประชาคมยุโรปออกมาตรการว่าในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์หอยเชลล์ไม่จะเป็นการผู้ขายที่อยู่ภายในรัฐหรือนำเข้ามาจากรัฐอื่น จะต้องใช้ชื่อผลิตภัณฑ์ตามที่รัฐกำหนดเท่านั้น โดยห้ามใช้ชื่อเฉพาะว่า “Coquille Saint-Jacques” โดยผลิตภัณฑ์ที่ทำมาจากหอยเชลล์ที่จะสามารถใช้ชื่อดังกล่าวได้นั้นจะต้องถูกเลี้ยงในบริเวณภูมิประเทศของฝรั่งเศสเท่านั้น หากเป็นผลิตภัณฑ์หอยเชลล์ที่ถูกเลี้ยงในภูมิประเทศอื่นจะไม่สามารถใช้ชื่อพันธุ์เฉพาะได้ เนื่องจากชื่อพันธุ์เฉพาะเป็นที่รู้จักและเป็นสินค้านิยมภายในฝรั่งเศส ส่งผลให้ฝรั่งเศสจึงต้องการอนุรักษ์ไว้สำหรับหอยเชลล์ที่ผลิตภายในรัฐตนเท่านั้น⁹²

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของมาตรการดังกล่าวพบว่ามิได้ลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด เพราะ มาตรการห้ามใช้ชื่อหอยเชลล์นี้มีผลบังคับใช้กับผู้ต้องการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทุกคนซึ่งไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้ค้าทั้งในประเทศและนอกประเทศตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง และหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง อย่างไรก็ตามรัฐที่ได้ความเสียหายจากมาตรการดังกล่าวได้โต้แย้งว่าหอยเชลล์ที่เลี้ยงในภูมิภาคของตนกับของฝรั่งเศสไม่มีความแตกต่างกันอย่างใด และการกำหนดมาตรการให้ตนต้องใช้ชื่ออื่นนอกจากชื่อ “Coquille Saint-Jacques” นั้นทำให้รัฐตนได้รับความเสียหาย เนื่องจากประชาชนผู้บริโภคเข้าใจผิดคิดว่าสินค้าของตนแตกต่างจากสินค้าหอยเชลล์ของฝรั่งเศส

ผลของข้อพิพาทนี้มีได้มาจากการตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์แต่อย่างใด หากแต่ฝรั่งเศสยินยอมยกเลิกมาตรการดังกล่าวเอง และยอมทำความตกลงกับรัฐผู้ร้องอื่น ๆ (Mutually Agreed)⁹³ เพื่อเป็นการระงับข้อพิพาทแทนที่จะเลือกให้คณะกรรมการวินิจฉัยมีผลชี้ขาดข้อพิพาท สาเหตุเพราะอาจมีการสร้างมาตรการลักษณะนี้กับผลิตภัณฑ์ชนิดอื่นได้ ส่งผลให้มีการเรียกชื่อสำหรับผลิตภัณฑ์อื่นให้มีชื่อเฉพาะเช่นเดียวกับลักษณะการใช้ชื่อของหอยเชลล์ในกรณีนี้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะส่งผลให้เกิดความสับสนอย่างกว้างเพราะจะมีการอ้างถึงชื่อสงวนสำหรับสินค้าหลายอย่างที่เป็นเอกลักษณ์ของแต่ละรัฐอย่างต่อเนื่อง ทำให้เกิดความสับสนอย่างร้ายแรงต่อระบบการนิยามชื่อเรียกของสินค้า

⁹² Panel Report, EC Trade Description of Scallops (1996), para. 22. Available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds14/r*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds14/r*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#).

⁹³ Mutually Agreed Solution Notified, Available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds14/*\)%20and%20\(@Title=%20notification\)%20and%20\(@Title=%20mutually%20agreed%20solution\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds14/*)%20and%20(@Title=%20notification)%20and%20(@Title=%20mutually%20agreed%20solution)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#).

3.5.2.2 ข้อพิพาท European Communities - Trade Description of Sardines

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏประชาคมยุโรปได้ออกมาตรการว่า ในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ปลาซาร์ดีนไม่ว่าจะเป็นการผู้ขายที่อยู่ภายในรัฐ หรือนำเข้ามาจากรัฐอื่น ห้ามใช้ชื่อเฉพาะว่าว่า “ซาร์ดีน (Sardine)” เว้นแต่จะได้ทำการตามเงื่อนไข และ มาตรการที่ประชาคมกำหนดเท่านั้น ซึ่งลักษณะที่ทางประชาคมกำหนดว่าผลิตภัณฑ์ชนิดใดจะเรียกว่าปลาซาร์ดีนได้ จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ 4 ประการ ได้แก่⁹⁴ 1. จะต้องมียุทธศาสตร์ตามมาตรฐานบัญชีสากล (CN Codes 1604 13 10 and ex 1604 20 50) 2. จะต้องมียุทธศาสตร์ปลาชนิดเฉพาะ คือ "Sardina Pilchardus Walbaum" เท่านั้น 3. จะต้องมีการใส่บรรจุภัณฑ์ที่เหมาะสม และ 4. จะต้องมีการฆ่าเชื้อโรคที่เหมาะสม

หลักเกณฑ์ในข้อ 2 นี้เองทำให้เกิดลักษณะความไม่เป็นธรรม เนื่องจากพันธุ์ปลา "Sardina Pilchardus Walbaum" พบมากในแนวทะเลของประชมคมยุโรปทั้งสิ้น เท่ากับว่าพันธุ์ปลาซาร์ดีนที่นำเข้ามาจากรัฐอื่นส่วนใหญ่มักไม่สามารถใช้ชื่อว่าปลาซาร์ดีนได้ เนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบตามกฎหมายของประชาคมข้างต้น ทั้งนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าประชาคมยุโรปไม่อาจหาข้อเหตุผลสนับสนุนมาตรการดังกล่าวได้⁹⁵ เพราะแม้ว่าลักษณะของมาตรการดังกล่าว มิได้มีความขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก เนื่องจากการเลือกปฏิบัติต่อผู้ค้าทั้งในรัฐและระหว่างรัฐตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง และ หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง อย่างไรก็ตามการห้ามรัฐอื่นมิให้ใช้ชื่อผลิตภัณฑ์ของตนว่าปลาซาร์ดีนทั้งที่ลักษณะของปลาโดยหลักก็เป็นพันธุ์ซาร์ดีนอยู่แล้วนั้น ย่อมก่อให้เกิดความสับสนต่อผู้บริโภค จนนำไปสู่การเลือกปฏิบัติได้ เพราะ ผู้บริโภคที่ต้องการปลาซาร์ดีนจะเลือกซื้อเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่มาจากประชาคมเท่านั้น เนื่องจากเป็นแหล่งเดียวที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ชื่อว่าผลิตภัณฑ์ว่า “ซาร์ดีน” ส่วนผลิตภัณฑ์ปลาที่มาจากรัฐอื่น แม้ว่าโดยลักษณะจะเป็นปลาซาร์ดีนก็จะไม่ได้รับอนุญาตให้ชื่อ ในกรณีนี้รัฐพิพาทอื่นได้อ้างถึงมาตรฐานสากลโลกที่กำหนดไว้เกี่ยวกับชื่อของสายพันธุ์ปลาที่ควรได้รับการเรียกขานว่าปลาซาร์ดีน คือ “Codex Alimentarius”⁹⁶ ซึ่งได้บัญญัติให้หมายรวมถึงผลิตภัณฑ์ปลาซาร์ดีนสายพันธุ์จากรัฐอื่นรวมอยู่ด้วยหลากหลายสายพันธุ์⁹⁷ หนึ่งในนั้นคือพันธุ์ปลาจากเปรูผู้ร้องคดี และ เป็นผู้เสียหายหลักเนื่องจากเป็นผู้ผลิตรายใหญ่ที่ส่งสินค้าให้แก่ประชาคมยุโรปด้วย เมื่อมาตรฐานสากลได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้เช่นนี้ ผลิตภัณฑ์ปลาที่มีชื่อพันธุ์ตามที่มาตรฐานสากลกำหนด จะต้องได้รับการเรียกขานว่าปลาซาร์ดีนเช่นกัน ตามความตกลงฉบับนี้ ข้อ 2 (4)

⁹⁴ AB Report, EC – Sardines (2002), para. 3; see also, Article 2 of the EC Regulation.

⁹⁵ AB Report, *ibid.*, para. 285-288.

⁹⁶ Codex Alimentarius Secretariat of the Joint FAO/WHO Food Standards Programme, 2001, Volume 9A, Fish and Fishery Products, p. 75–81.

⁹⁷ AB Report, *supra* note 94, para. 5-6.

จากลักษณะของข้อพิพาททั้งสองข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ลักษณะของมาตรการที่รัฐเข้ามากำหนดชื่อของผลิตภัณฑ์ให้มีความแตกต่างจากที่สิ่งนั้นเป็นอยู่โดยสภาพ และสงวนชื่อไว้สำหรับตนเองเท่านั้นจะนำไปสู่การก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ เพราะ บุคคลในสังคมจะเกิดความสับสนว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าว มีใช้ผลิตภัณฑ์ที่ตนต้องการบริโภค เช่น การเลือกซื้อปลาชาร์ดิน พันธุ์อื่นที่ไม่ใช่ลักษณะตามกฎหมายของประชาคมยุโรปเป็นเรื่องที่สร้างความสับสนแก่ผู้บริโภค เพราะสินค้าที่ชื่อแม่โดยสภาพเป็นปลาชาร์ดิน แต่รัฐผู้ออกมาตรการกำหนดให้ใช้ชื่ออื่น เท่ากับว่าชื่อที่บ่งบอกลักษณะโดยทั่วไปของสินค้ากลายเป็นสิทธิพิเศษของรัฐผู้ออกมาตรการเท่านั้น จึงเป็นการเลือกปฏิบัติทางอ้อม ทั้งนี้หากพิจารณาในมุมมองอื่นนั้น การเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นภายในรัฐหรือระหว่างรัฐ ดังนั้นความซับซ้อนที่อยู่เบื้องหลัง คือ การที่กำหนดหลักเกณฑ์อย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ หากต้องการใช้ชื่อของผลิตภัณฑ์ต้องดำเนินการตามมาตรการที่กำหนด ดังนั้นไม่ว่าภายในรัฐหรือระหว่างรัฐก็ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม ผลลัพธ์จากมาตรการดังกล่าวที่ผู้ออกมาตรการได้รับ คือ กรณีที่สิ่งที่กำหนดให้ได้รับการปฏิบัติเหมือนกันเป็นการเอื้อประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญ ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติตามความตกลงฉบับนี้ เพราะ เป็นการสร้างมาตรการกีดกันทางการค้าแบบเทคนิครูปแบบหนึ่ง

3.5.2.3 ข้อพิพาท United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาออกมาตรการภายใต้กฎหมายชื่อว่า “Family Smoking Prevention Tobacco Control Act – FSPTCA”⁹⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายชุดใหม่ออกมาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิม คือ “United States Federal Food, Drug and Cosmetic Act – FDCA” มีวัตถุประสงค์ คือ การห้ามนำผลิตภัณฑ์ยาสูบที่มีส่วนผสมจากกานพลู (Clove Cigarettes) โดยกานพลูเมื่อนำมาผสมกับยาสูบจะให้รสสัมผัสที่เย็น รวมไปถึงยาสูบใด ๆ ที่มีรสสัมผัสเย็นด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามการห้ามนำเข้าสินค้ามิได้รวมถึงยาสูบเมนธอล (Menthol Cigarettes) หรือการบูรที่ให้รสสัมผัสเย็นเหมือนกับยาสูบข้างต้น⁹⁹ ที่เป็นเช่นนี้ เพราะผลิตภัณฑ์ยาสูบเมนธอลนั้นมีฐานการผลิตหลักอยู่ในสหรัฐอเมริกา การออกมาตรการเช่นนี้จึงเสมือนเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับสินค้าภายในรัฐของตนเองที่เป็นฐานการผลิตหลักทางอ้อมซึ่งมีปริมาณมากกว่ารัฐภายนอกที่ส่งออกสินค้าเข้าไปภายในสหรัฐอเมริกา

⁹⁸ AB Report, Clove Cigarettes (2012), para. 77. Available at: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds406/ab/r/*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds406/ab/r/*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#).

⁹⁹ FDCA Section 907(a) (1) (A) “prohibits the production and sale in the United States of cigarettes with characterizing flavours (such as clove, strawberry, grape, orange, cinnamon, pineapple, vanilla, coconut, liquorice, cocoa, chocolate, cherry, or coffee).”

อินโดนีเซียผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบจากกานพลูได้รับความเสียหายเนื่องจากเป็นผู้ส่งออกหลัก และเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติจึงนำข้อเท็จจริงเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยได้มีการพิจารณาทั้งในระดับชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยฯ รวมไปถึงองค์กรอุทธรณ์ สำหรับมาตรการของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบกานพลูนี้ ประเด็นการวินิจฉัยหลักจะเป็นการมุ่งไปที่ส่วนความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าว่า การกระทำลักษณะเช่นนี้เป็นการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝงหรือไม่ ในส่วนนี้ก็ได้กล่าวไปแล้วว่าลักษณะของมาตรการนี้เป็นการกีดกันการค้าอย่างเห็นได้ชัด เพราะ เป็นการปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน แต่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักเกณฑ์การค้า

อย่างไรก็ตามมีประเด็นย่อยที่น่าสนใจตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชและความตกลงแกตต์ ข้อ 20 (บี) ที่ได้กล่าวไปในส่วนก่อนหน้านี้เช่นกัน แต่เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยฯ มิได้พิจารณาประเด็นดังกล่าว และอินโดนีเซียก็ได้โต้แย้ง¹⁰⁰ เป็นกรณีพิพาทจึงส่งผลให้คำชี้ขาดไม่ปรากฏประเด็นดังกล่าวรวมอยู่ด้วย ทั้งนี้ในส่วนของการฉบับนี้จะขอวิเคราะห์ไปถึงส่วนของความตกลงว่าด้วยมาตรการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ ประกอบด้วย เพราะหากมีการพิจารณาร่วมกับข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes นั้น จะพบว่ามีความลักษณะของข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งซึ่งจะเป็นสาระสำคัญในการนำไปวิเคราะห์ลักษณะของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ ซึ่งเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบที่งานฉบับนี้มุ่งหมายนำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาตามแนวทางของหลักเกณฑ์ทางการค้าให้เกิดความเหมาะสม

บริบทของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าเป็นการมุ่งการพิจารณาว่าบุหรืกานพลูเป็นผลิตภัณฑ์เดียวกับบุหรืที่มีรสสัมผัสเย็นประเภทอื่นหรือไม่ เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาเลือกที่จะจำกัดการนำเข้าสินค้าเฉพาะยาสูบที่ผลิตจากกานพลูเท่านั้นมิได้รวมไปถึงยาสูบเมนธอลที่ให้สัมผัสที่เย็นในการบริโภคเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาว่ายาสูบที่มาจากกานพลูเป็นผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันกับยาสูบอื่น ๆ โดยเฉพาะยาสูบเมนธอลหรือไม่ ในกรณีนี้องค์กรอุทธรณ์ได้ให้ความเห็นว่า การพิจารณาผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกันนั้นให้พิจารณาจาก “ความสัมพันธ์ในด้านการแข่งขันระหว่างผลิตภัณฑ์ โดยมาจากการวิเคราะห์มาตรฐานกลาง ได้แก่ ลักษณะทางกายภาพ ผู้บริโภคชั้นสุดท้าย รสนิยมของผู้บริโภค และ ฐานภาษี”¹⁰¹ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าลักษณะของผลิตภัณฑ์ทั้งสองไม่ว่าจะเป็นกานพลู หรือ เมนธอลล้วนเป็นผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกัน เพราะมีปัจจัยที่เหมือนกันในทุกองค์ประกอบที่กล่าวมา ดังนั้นเมื่อได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยใช้มาตรการกีดกันการค้าทางเทคนิคตามความตกลงฉบับนี้

¹⁰⁰ AB Report, *supra* note 98, para. 3.

¹⁰¹ AB Report, *ibid.*, “competitive relationship between the products, based on an analysis of the traditional “likeness” criteria, namely, physical characteristics, end-uses, consumer tastes and habits, and tariff classification.”

ส่วนความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชนั้นมิได้เป็นประเด็นในคำชี้ขาด แต่จะขอลำถึงด้วยเพื่อประกอบการอธิบายเนื่องจากสหรัฐอเมริกาอ้างว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบกานพลูนี้มีรสชาติที่เย็นจึงสามารถบริโภคได้ง่าย จึงเป็นการดึงดูดนักสูบบุหรี่ใหม่รวมไปถึงเป็นการเพิ่มจำนวนการบริโภคยาสูบมากกว่าเดิมอย่างมีนัยสำคัญ¹⁰² จึงต้องมีมาตรการในการจำกัดซึ่งเป็นการอ้างเหตุผลเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งเมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่ากรณีนี้ไม่ตกไปตามบทบัญญัติของความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ เนื่องจากผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ใช่ผลิตภัณฑ์อาหารที่เป็นสาระสำคัญ แต่หากจะวิเคราะห์ต่อไปนั้นหากรัฐผู้ออกมาตราการได้หมายรวมเอาบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการนำส่งหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงที่อันตราย แล้วแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงได้อย่างแท้จริงประกอบกับการอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี) ประเด็นของข้อพิพาทก็อาจมีความน่าสนใจมากยิ่งขึ้นว่าผู้วินิจฉัยข้อพิพาทจะให้น้ำหนักแก่ประเด็นนี้อย่างไร

การพิจารณาในประเด็นต่อไปจะขอกลับมาวิเคราะห์ที่ข้อ 20 (บี) ตามความตกลงแกตต์ซึ่งเป็นที่น่าเสียดายว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์ไม่ได้ทำการวินิจฉัยประเด็นนี้เอาไว้เพราะคู่กรณีมิได้นำมาเป็นประเด็นพิพาท¹⁰³ ซึ่งหากทำการพิจารณาแล้วพบว่าข้อเท็จจริงมีส่วนคล้ายกับกรณีของราชอาณาจักรไทยตามข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes กล่าวคือหากมีการอ้างประเด็นเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้าก็สามารถอ้างได้เช่นเดียวกันเนื่องจากลักษณะของมาตรการนั้นละเมิดหลักเกณฑ์การค้าทั้งสองกรณี คือการเลือกปฏิบัติ เพราะผลิตภัณฑ์เหมือนกันแต่ได้รับการปฏิบัติต่างกัน ส่วนกรณีราชอาณาจักรไทยมีการเพิ่มเติมเรื่ององค์ประกอบของความจำเป็นที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย เพราะสามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้ แต่ทั้งสองข้อเท็จจริงเหมือนกันในประเด็นที่สินค้าภายในรัฐอนุญาตให้มีการจำหน่ายและข้ออ้างสำคัญที่พยายามนำเสนอว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นหากมีรสชาติ หรือ รสสัมผัสที่ดีจะดึงดูดผู้บริโภคหน้าใหม่ ทำให้ต้องมีการกีดกันทางการค้า ซึ่งข้ออ้างนี้เองจะตรงกับมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ

เมื่อพิจารณาข้อพิพาททั้งสองแล้วอาจสรุปได้ว่าแนวทางการตีความและบังคับใช้ข้อยกเว้นทั่วไป ข้อ 20 (บี) กับผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นในส่วนอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เห็นว่าเป็นอันตรายจริง และควรอนุญาตให้รัฐออกมาตรการที่กีดกันทางการค้าโดยอ้างข้อยกเว้นได้ ในทางตรงกันข้ามองค์ประกอบเรื่องความจำเป็นตามแนวทางการตีความที่ว่าต้องไม่สามารถหามาตรการทางเลือกได้นั้น จะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป แต่เป็นที่แน่นอนจะต้องเป็นมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติเหมือนกับสองข้อพิพาทที่น่าเสนอข้างต้นที่เลือกปฏิบัติโดยให้สิทธิของผลิตภัณฑ์ที่ผลิตในรัฐตนเหนือกว่าที่นำเข้าจากรัฐอื่น ดังนั้น ในประเด็นของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่มีการปฏิบัติต่อทุกผลิตภัณฑ์อย่างเท่าเทียมจึงไม่มีประเด็นเรื่องการเลือกปฏิบัติคงเหลือเพียงประเด็นมาตรการทางเลือกที่จะวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป

¹⁰² AB Report, *ibid.*, para. 79-80.

¹⁰³ Report of the Panel, *Clove Cigarettes* (2011), para. 7.309.

3.6 หลักเกณฑ์ความตกลงเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า – ความตกลงทริปส์ (Trade Related Aspects in Intellectual Property Rights – TRIPs (ความตกลงทริปส์) ได้รับการบัญญัติเป็นสนธิสัญญาภายใต้องค์การการค้าโลก เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญา มีบทบาท และหน้าที่สำคัญทั้งในบริบทของการค้าพาณิชย์ ไปจนถึงระดับเศรษฐกิจของรัฐ ดังนั้นความตกลงทริปส์จึงถูกสร้างขึ้นจากการประชุมของรัฐสมาชิกรอบอุรุกวัย (Uruguay Round) โดยการผลักดันจากรัฐที่มีพัฒนาการด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่ก้าวหน้า และเป็นภาคส่วนที่สร้างผลประโยชน์อย่างมหาศาลให้แก่รัฐนั้น จึงให้เรื่องดังกล่าวอยู่ภายใต้ความดูแลของความตกลงแกตต์ ซึ่งเป็นความตกลงทางการค้าพหุภาคี (Multilateral Trade Agreement) เพื่อให้เกิดการคุ้มครองอย่างเป็นมาตรฐานเดียวกัน

ความตกลงทริปส์ถือกำเนิดขึ้นจากปัญหาความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่แต่เดิมมีการบัญญัติให้มีความคุ้มครองแตกต่างกันไปตามเจตจำนงของแต่ละรัฐแสดงออกผ่านกฎหมายภายใน เนื่องจากลักษณะการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ โดยเฉพาะ ทำให้เกิดความลักลั่นในการให้คุ้มครอง นำไปสู่สถานะการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งส่งผลกระทบอย่างเป็นวงกว้าง เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาถูกละเมิดจึงส่งผลกระทบโดยตรงต่อการค้า เพราะดังที่กล่าวแล้วว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นพื้นฐานของเศรษฐกิจและการค้า¹⁰⁴ ความตกลงทริปส์จึงมีขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างบรรทัดฐานกฎเกณฑ์การคุ้มครองขั้นต่ำ (Minimum Standard)¹⁰⁵ โดยนำเอาหลักการและหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญามาบัญญัติให้สอดคล้องกัน เพื่อให้ปราศจากความขัดแย้งหรือลักลั่นทางกฎหมายในทางตรงกันข้ามนอกเหนือไปจากบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ความตกลงทริปส์ยังมีการกำหนดลักษณะของข้อยกเว้นสำหรับสิทธิดังกล่าวเอาไว้ด้วย ซึ่งข้อยกเว้นที่ว่านี้ก็ได้รับแนวคิดมาจากหลักการหลายภาคส่วน ทั้งในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญาเองที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิม กับส่วนที่มีการตกลงสร้างขึ้นใหม่ตามเหตุผลของเรื่องนั้น ๆ ที่รัฐทั้งหลายเห็นต้องตรงกันว่าสามารถเป็นเหตุให้ยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ เพื่อเป็นการรักษาสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม ซึ่งในประเด็นนี้เองก็จะตรงกับลักษณะของการยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้าที่ได้กล่าวไปในส่วนของความตกลงแกตต์ที่จะต้องมีการรักษาอำนาจอธิปไตยของรัฐกับหลักเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดการค้าเสรี เมื่อความตกลงทริปส์เป็นส่วนหนึ่งขององค์การการค้าโลก รัฐที่เป็นภาคีสมาชิกองค์การฯ มีหน้าที่ในออกกฎหมายอนุวัติการความตกลงทริปส์โดยอัตโนมัติให้เป็นกฎหมายภายใน เพื่อให้หลักความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ในมาตรฐานเดียวกัน

¹⁰⁴ Antony Taubman, *A Practical Guide to Working with TRIPs*, (Oxford University Press, 2011), p. 67-70.

¹⁰⁵ Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, (Oxford University Press, 2007), p. 14-16.

3.6.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือหลักทางเศรษฐกิจและการค้าที่ต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน เพื่อป้องกันการเกิดปัญหาความคุ้มครองที่คลั่งจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่แตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ซึ่งการปล่อยให้มีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาจะส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อการค้าในภาพกว้าง นอกเหนือไปจากการสร้างมาตรฐานกลางนี้ ความตกลงทริปส์ยังมิขึ้นเพื่อการตอบสนองด้านอื่น ๆ ด้วยไม่ว่าจะเป็นเพื่อการถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยี การคุ้มครองด้านสาธารณสุข การลดการบิดเบือนอุปสรรคทางการค้า มีรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้¹⁰⁶

3.6.1.1 เพื่อถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยี

การถ่ายทอดและการเผยแพร่เทคโนโลยีสามารถพิจารณาได้จากส่วนอารัมภบทที่กล่าวไว้ว่า “development and technological objectives...” ประกอบกับข้อ 7 “the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology...” แห่งความตกลงทริปส์ที่ได้มีการกล่าวถึงเอาไว้อย่างชัดเจน

การถ่ายทอดและเผยแพร่นั้นเป็นส่วนหนึ่งของการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคมตามที่ได้กล่าวถึงแล้วในบทแรก เนื่องจากแนวคิดเบื้องหลังของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องยินยอมยกเว้นสิทธิของตนเองบางส่วนเพื่อให้สังคมได้รับผลประโยชน์ โดยเป็นการให้โอกาสบุคคลอื่นนำเอางานที่ได้สร้างสรรค์ออกมาไปพัฒนาต่อยอดทางเทคโนโลยีได้ ในกรณีนี้เราอาจขยายความได้ในหลากหลายประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ที่น่าจะต้องตรงกับทฤษฎีมากที่สุด คือ เรื่อง สิทธิบัตร เนื่องจากลักษณะของสิทธิบัตรนั้นจะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น รวมไปถึงการประยุกต์ใช้เชิงอุตสาหกรรมได้ ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางกฎหมายในการให้สิทธิบัตร โดยผู้ยื่นจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขทางกฎหมาย คือ จะต้องมีการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์อย่างครบถ้วน¹⁰⁷ เพื่อให้บุคคลอื่นสามารถนำเอาลักษณะความคิดของบุคคลนั้นไปพัฒนาต่อยอดได้ทางหนึ่งซึ่งเป็นประโยชน์แก่สังคม ในทางตรงกันข้ามผู้ทรงสิทธิบัตรจะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายในลักษณะสิทธิเด็ดขาดในระยะเวลาที่จำกัดเป็นการตอบแทนสิ่งใหม่ที่ตนเผยแพร่ให้เป็นประโยชน์แก่สังคม

¹⁰⁶ ขวัญเรือน เพบขุนทด, “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ากับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 57-59.

¹⁰⁷ TRIPs Article 29 “Members shall require that an applicant for a patent shall disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art and may require the applicant to indicate the best mode for carrying out the invention known to the inventor.”

3.6.1.2 เพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ

การคุ้มครองสุขภาพโภชนาการเป็นวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ที่เกิดจากการที่รัฐสมาชิกได้เห็นพ้องกันในเรื่องการให้ความคุ้มครองในประโยชน์สาธารณะสุขภาพในการประชุมรอบโดฮา ส่งผลให้มีการบัญญัติความตกลงทริปส์ที่อนุญาตให้ยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ซึ่งรัฐผู้ออกมาตรการจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ลักษณะของข้อยกเว้นตามที่บัญญัติอยู่ในความตกลงทริปส์ สามารถพิจารณาารูปแบบของบทบัญญัติได้เป็นสองส่วน คือ ส่วนของบทบัญญัติทั่วไปอย่างกว้าง และ บทบัญญัติเฉพาะ

(1) บทบัญญัติทั่วไปปรากฏอยู่ในข้อ 8 ความตกลงทริปส์ในส่วนของหลักการ (Principles)¹⁰⁸ ที่ให้อำนาจอรัฐสมาชิกในการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ โดยที่มาตรการเช่นนั้นจะต้องสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ อนึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้อ 8 นี้พบว่ามีองค์ประกอบคล้ายคลึงกับบทบัญญัติความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี) ในกรณีนี้เมื่อลักษณะแห่งการบังคับใช้ความตกลงทริปส์อยู่ภายใต้บทบัญญัติของความตกลงแกตต์ ดังนั้นลักษณะในการตีความก็ควรจะเป็นไปตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี) โดยเฉพาะสาระสำคัญเรื่องตีความหมายของคำว่า “จำเป็น” เพื่อให้มีการตีความในทิศทางเดียวกัน

(2) บทบัญญัติเฉพาะ หมายถึง บทบัญญัติคุ้มครองเรื่องสาธารณสุขที่แยกบัญญัติอยู่ในแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ ซึ่งในส่วนนี้จะมีบริบททางกฎหมายอยู่ภายใต้ข้อ 8 ที่เป็นบทหลักการว่าด้วยการคุ้มครองเรื่องสาธารณสุขเช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 27 (3) ของความตกลงฯ กำหนดว่ารัฐสมาชิกไม่อาจให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การวินิจฉัย อายุรกรรมและศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์ได้ เพราะสิ่งเหล่านี้ไม่ควรตกเป็นสิทธิบัตรแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่อาจใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่ชอบธรรมและส่งผลกระทบต่อหรือสุขภาพของมนุษย์ในสังคมได้ อนึ่งต้องพึงระลึกไว้ว่าแม้วิธีการในการวินิจฉัยโรคจะไม่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ แต่มีได้รวมไปถึงผลิตภัณฑ์ที่เป็นยาที่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่าผลิตภัณฑ์ยาจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่กฎหมายก็ได้กำหนดมาตรการบังคับสิทธิ เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิเอาไว้ด้วยเช่นเดียวกัน แต่จำกัดเช่นนั้นจะต้องอยู่ในระยะเวลาที่จำกัด เช่น การเกิดสภาวะโรคระบาด ทั้งนี้รัฐจะต้องมีการชดเชยในระยะเวลาที่ปราศเอาสิทธิบัตรมาจากผู้ทรงสิทธิด้วย นอกเหนือไปจากบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตร ในส่วนของเครื่องหมายการค้าก็มีการกำหนดแนวทางการสร้างข้อยกเว้นไว้ใน ข้อ 17 ว่ารัฐสมาชิกอาจสร้างมาตรการเพื่อจำกัดการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยอ้างเหตุผลเพื่อการคุ้มครองสาธารณสุขได้เช่นเดียวกัน¹⁰⁹

¹⁰⁸ TRIPs Article 8 “1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition..., provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.”

¹⁰⁹ โปรตุเกส, จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 157.

สถานะของวัตถุประสงค์ในกรณีเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะตามความตกลงทริปส์ที่กำลังพิจารณาอยู่นี้ก็ต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าเป็นหลักการและวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์มิใช่ข้อยกเว้นทางกฎหมาย เนื่องจากการบัญญัติเอาไว้ในข้อ 8 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักการของความตกลงทริปส์ อย่างไรก็ตามได้มีการเข้าใจสถานะของวัตถุประสงค์ดังกล่าวผิดไปเนื่องจากตัวบทบัญญัติเป็นการกำหนดให้รัฐสมาชิกสามารถตราข้อยกเว้นความคุ้มครองของทรัพย์สินทางปัญญาได้ หากมีการปฏิบัติและดำเนินการตามเหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงอาจเกิดความสับสนว่าบทบัญญัติข้อ 8 เป็นบทกฎหมายลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

บริบทของหัวข้อที่ครอบคลุมข้อ 8 ถูกบัญญัติไว้นั้น จะเห็นได้ว่าความตกลงทริปส์ใช้คำว่า “หลักการ” อย่างชัดเจน ส่งผลให้บทบัญญัตินี้มีสถานะเป็นข้อยกเว้นทางกฎหมาย ในทางตรงกันข้ามบทบัญญัตินี้เป็นเรื่องหลักการของความตกลงทริปส์ที่รัฐสมาชิกต่างเห็นพ้องต้องกันว่าควรจะให้มีการสร้างข้อยกเว้นตามกฎหมายเพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์ของทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องมาจากหลักการในส่วนนี้เป็นการตอบสนองสาระสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ หลักการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับผลประโยชน์ของสังคม กล่าวคือการสร้างข้อยกเว้นเป็นหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้วทั้งตามแนวคิดพื้นฐานและพัฒนาการทางกฎหมาย จึงทำให้การออกข้อยกเว้นทางกฎหมายเป็นการส่งเสริมการสร้างสมดุล ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าแนวคิดเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์หรือการสาธารณสุขเป็นประเด็นสำคัญที่ได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีสมาชิกรวมไปถึงบริบทของกฎหมายให้สามารถยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้

เมื่อแนวคิดการคุ้มครองด้านการสาธารณสุขเป็นที่ยุติ เพราะความเป็นหลักการแห่งกฎหมายแล้ว ประเด็นต่อมาที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง และเป็นปัญหาหลักสำหรับการสร้างข้อยกเว้น คือ ลักษณะของการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายที่ชอบด้วยกฎหมาย เหมาะสมและมีความได้สัดส่วนนั้นมีรูปแบบอย่างไร เนื่องจากปัญหาที่เป็นประเด็นพิพาทมักเกิดจากการอ้างข้อยกเว้นเพื่อออกมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผล ผิดแปลกจากหลักตรรกะทั่วไป หรือเป็นการอ้างหลักเรื่องการปกป้องการสาธารณสุขอย่างเลื่อนลอยโดยไม่มีเหตุผลประกอบ ซึ่งแสดงให้เห็นแล้วผ่านตัวอย่างข้อพิพาทที่ได้นำเสนอในส่วนบทก่อนหน้านี้ ยกตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทเรื่อง China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum ที่สาธารณรัฐประชาชนจีนมีได้อ้างเหตุผลที่เหมาะสมสำหรับการสร้างมาตรการที่ตนอ้างว่าเป็นการคุ้มครองการสาธารณสุขแต่อย่างใด อาจกล่าวโดยภาพรวมได้ว่าลักษณะการอ้างถึงข้อยกเว้นที่ถูกต้องตามกฎหมายมิใช่จะอ้างเพียงเหตุผลตั้งต้นเพียงอย่างเดียวที่จะส่งผลให้มาตรการที่เป็นข้อยกเว้นสามารถบังคับใช้ได้ แต่จะการอ้างเหตุแห่งข้อยกเว้นจะต้องมีความสมเหตุสมผลด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น แม้จะมีการอ้างว่าการจำกัดการนำเข้ายาสูบจากต่างประเทศจะเป็นการป้องกันสุขภาพของประชาชน แต่การอนุญาตให้ยาสูบในประเทศตนยังสามารถจำหน่ายได้ย่อมก่อให้เกิดผลประโยชน์จึงแสดงให้เห็นนัยเบื้องหลังซึ่งเป็นการกีดกันทางการค้าที่องค์กรกระงับข้อพิพาทเล็งเห็นและวินิจฉัยว่ามาตรการเหล่านี้ไม่สามารถอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นทางกฎหมายได้

3.6.1.3 เพื่อลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ

ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจที่สำคัญซึ่งรัฐมักใช้เป็น ส่วนผลักดันให้เศรษฐกิจการค้าการลงทุนมีความเจริญก้าวหน้า ดังนั้นเมื่อพิจารณาในมุมมองนี้เท่ากับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ดีย่อมส่งเสริมเศรษฐกิจการค้าและการลงทุน ในทางตรงกันข้ามหากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปด้วยความหละหลวมและลักลั่นย่อมก่อให้เกิด ผลลัพธ์ที่เป็นอันตรายต่อเศรษฐกิจและการค้า เช่น การใช้สินค้าปลอม หรือ การเจตนาไม่ให้ความ คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจากรัฐ เหล่านี้เป็นอุปสรรคที่ขัดต่อการค้าเสรี เพราะเจ้าของสิทธิที่ไม่ได้ รับความคุ้มครองย่อมได้รับผลกระทบทางธุรกิจ ซึ่งจะนำไปสู่การยกเลิกการผลิต นำเข้า และ ส่งออก ไปยังรัฐที่เกิดความลักลั่นในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของ ทำให้การเศรษฐกิจชะลอตัวลง เม็ดเงินจึง หมุนเวียนในระบบน้อยลงตามไปด้วย

ความตกลงทริปส์ถูกบัญญัติขึ้นภายใต้ต้องการการค้าโลกเพื่อการแก้ไข ปัญหาความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน รัฐภาคีจึงเห็นชอบร่วมกันที่ จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นมาตรฐานกลางสำหรับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น ความตกลงทริปส์ที่บัญญัติอยู่ภายใต้ต้องการการค้าโลกจำต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานและ วัตถุประสงค์ขององค์การฯ รวมไปถึงบทบัญญัติทางกฎหมาย ได้แก่ ความตกลงแกตต์เพื่อตอบสนอง ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและคุ้มครองอุตสาหกรรมที่ส่งผลต่อการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศใน บริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา¹¹⁰ ดังนั้นจึงสามารถทำความเข้าใจได้โดยง่ายเมื่อวิเคราะห์ แล้วพบว่าหลักการพื้นฐานของความตกลงแกตต์ถูกนำมาบัญญัติในความตกลงทริปส์ เช่น หลักผล ปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หรือแม้แต่ วัตถุประสงค์พื้นฐาน คือ เพื่อเป็นการส่งเสริมเสรีทางการค้า เป็นต้น¹¹¹

หลักเกณฑ์ทางการค้าที่ถูกนำมาบังคับใช้นี้มีลักษณะเชื่อมโยงกันทั้งใน บริบทของหลักการและบริบทของกฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ทางการค้าข้างต้นได้ถูกนำมา บัญญัติเข้าไว้ในความตกลงทริปส์ทั้งสิ้น ดังนั้นนอกเหนือจากเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศที่สร้างความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ความตกลงทริปส์ยังเป็นกฎหมายที่ ช่วยเหลือและสนับสนุนหลักเกณฑ์ทางการค้าอีกด้วย อนึ่งนอกเหนือไปจากบททั่วไปว่าด้วยสิทธิและ การค้าแล้ว ความตกลงทริปส์ยังมีการบัญญัติข้อยกเว้นของสิทธิ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าสอดคล้องตาม ความตกลงแกตต์ที่ยินยอมให้รัฐสมาชิกสามารถออกมาตรการที่กีดกันทางการค้าได้ ในบริบทนี้ คือ การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาบางประการเพื่อรักษาดุลอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นไว้ รวมไปถึง เป็นการตอบสนองต่อหลักการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและ ผลประโยชน์ของสังคมอีกด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าทั้งสองหลักเกณณ์นั้นเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ เพื่อ ชำรงไว้ซึ่งหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ

¹¹⁰ TRIPs Preamble “Desiring to reduce distortions and impediments to international trade.”

¹¹¹ TRIPs Preamble “the applicability of the basic principles of GATT 1994.”

3.6.2 หลักการทั่วไปของความตกลงทริปส์

3.6.2.1 ความเป็นสิทธิเอกชน (Private Rights)

ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิที่ได้นำเสนอและวิเคราะห์ไปในบทที่สองแล้วว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นสิทธิทางเอกชนมิใช่สิทธิทางกฎหมายมหาชน เนื่องจากลักษณะของสิทธินั้นเป็นการอ้างถึงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่พัฒนามาจากลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องการเป็นเจ้าของทรัพย์สินมีรูปร่างสู่ลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในอีกมุมมองหนึ่ง คือ เมื่อบุคคลได้ลงแรงและสร้างสรรค์ชิ้นงานดังกล่าวแล้วก็สมควรได้รับความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้น ในการนี้ ความตกลงทริปส์ก็ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในอารัมภบท เพื่อเป็นการรับรู้ว่าคุณสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิเอกชนด้วยเช่นเดียวกัน¹¹²

เมื่อลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ในรูปแบบของเอกชน ดังนั้น การปรับใช้สิทธิมักเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน ในประเด็นนี้มีผู้เห็นว่า “เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิที่ใช้สำหรับการเรียกร้องสิทธิทางทรัพย์สินและเป็นสิทธิเฉพาะของผู้สร้างสรรค์งาน ดังนั้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นสิทธิในทางแพ่งที่มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียกร้องค่าตอบแทน ค่าเสียหาย หรือเรียกร้องเอาค่าใช้สิทธิจากการที่บุคคลอื่นใช้สิทธินั้นโดยมิชอบหรือไม่ถูกต้อง”¹¹³ จากข้อความข้างต้นยิ่งเป็นการยืนยันว่าลักษณะแห่งสิทธิเป็นการใช้บังคับกันระหว่างตัวเอกชนด้วยกัน ซึ่งเป็นสิทธิเชิงปฏิเสธบุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้ทรัพย์สินของตนดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อว่าด้วยประเภทแห่งสิทธิ ในอีกด้านหนึ่งรัฐจะมีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะบางเรื่องที่มีความจำเป็นเท่านั้น เช่น การจัดตั้งหน่วยงานที่ดูแลงานด้านทะเบียนไม่ว่าจะเป็นลักษณะของการรับจดทะเบียน รับจดทะเบียนข้อมูล หรือ รับการตรวจสอบ นอกเหนือจากนี้รัฐยังเข้ามามีบทบาทในด้านการบัญญัติกฎหมายให้เป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือในบางกรณีอาจสร้างข้อยกเว้นที่เหมาะสมและจำเป็นตามแต่ลักษณะเหตุที่ปรากฏโดยมีรากฐานของกฎหมายยอมรับ อย่างไรก็ตามในส่วนความรับผิดชอบทางอาญานั้นโดยหลักทั่วไปไม่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะหรือวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แต่หากจะต้องมีการบัญญัติเอาไว้ก็ควรจะต้องจำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็น การละเมิดสิทธิในลักษณะที่ร้ายแรง เพียงพอที่จะให้มีโทษทางอาญาได้¹¹⁴ ซึ่งความตกลงทริปส์เองก็ยินยอมให้มีโทษทางอาญาได้เฉพาะกรณีความเสียหายจากการกระทำโดยจงใจอันเป็นการกระทบในระดับที่เป็นเชิงพาณิชย์เท่านั้น¹¹⁵

¹¹² TRIPs Preamble “Recognizing that intellectual property rights are private rights.”

¹¹³ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา,” (ดุชนินพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 166.

¹¹⁴ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เพิ่งอ้าง*, น. 169.

¹¹⁵ TRIPs Article 61 “Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale.”

3.6.2.2 หลักดินแดน (Territorial Principle)

หลักดินแดนเป็นสาระสำคัญในบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นข้อความคิด (Concepts) ว่าด้วยสิทธิซึ่งมีนิยามว่า “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง” โดยลักษณะของกฎหมายจะต้องมีที่มาจากรัฐที่ไม่ว่ารัฐนั้นจะอยู่ในระบอบการปกครองใดก็ตาม รัฐต้องมีหน้าที่บัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ตามอำนาจอธิปไตยของตน¹¹⁶ เมื่อเป็นเช่นนี้ลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความยึดโยงกับกฎหมายบัญญัติของแต่ละรัฐที่ได้ทำการบัญญัติขึ้น กล่าวคือ รัฐเป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่สร้างกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองโดยผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายภายในรัฐนั้นบัญญัติ เช่น เครื่องหมายทางการค้าตามกฎหมายไทยกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนจึงจะได้รับความคุ้มครอง หรือ สิทธิบัตรตามกฎหมายไทยกำหนดให้มีการขอรับความคุ้มครอง¹¹⁷ ซึ่งต้องผ่านระบบการตรวจสอบตามกฎหมายเสียก่อน ดังนั้น เมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนแล้วรัฐผู้รับการจดทะเบียน หรือ ผู้รับการตรวจสอบเท่านั้นที่จะเป็นผู้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิ มิได้ขยายไปยังอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น เช่น นาย ก. ขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาที่ราชอาณาจักรไทย ดังนั้นผลิตภัณฑ์ยาของนาย ก. จะได้รับความคุ้มครองที่ราชอาณาจักรไทยเท่านั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย A ได้ละเมิดสิทธิบัตรของ นาย ก. โดยการผลิตยาดังกล่าวเพื่อจำหน่ายในอังกฤษ นาย A มิได้มีความผิดตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทยแต่อย่างใด หาก นาย ก. ต้องการรับความคุ้มครองสิทธิในผลิตภัณฑ์ยาของตนในอังกฤษ นาย ก. จะต้องไปขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาของตนในอังกฤษด้วย กล่าวโดยสรุปได้ว่าการรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละรัฐนั้นเป็นเอกเทศแยกกันต่างหากด้วยผลของหลักดินแดนผ่านอำนาจอธิปไตยของรัฐ

ลักษณะของกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นอาจแบ่งอธิบายได้เป็นสองส่วน ส่วนแรก คือ การสร้างองค์ประกอบทางกฎหมายเพื่อให้มีการคัดกรองสิ่งที่สามารถเป็นทรัพย์สินทางปัญญาได้ เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทและเพื่อมิให้เกิดความลักลั่นในการคุ้มครองหรือส่งผลกระทบต่อสังคม และส่วนที่สอง คือ การวางระบบสิทธิทางกฎหมายอันมีเหตุผลจากทางประวัติศาสตร์และปรัชญาแก่ทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท ซึ่งไม่รวมถึงสิทธิในการแสดงออกในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เกิดจากลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวมีอยู่แล้ว กฎหมายมิได้มอบให้ผู้ทรงสิทธิแต่อย่างใด โดยทั้งสองส่วนนี้รัฐได้สร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายซ้อนอยู่อีกส่วนหนึ่งเพื่อให้เกิดลักษณะความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิและประโยชน์ของสังคมตามแต่เหตุผลของเรื่องที่รัฐจะได้อำนาจขึ้น ทั้งนี้หลักการทั้งหมดจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ รวมไปถึงความตกลงทริปส์ด้วยเช่นกัน

¹¹⁶ Graeme B. Dinwoodie, William O. Hennessey, Shira Perlmutter, *International Intellectual Property Law and Policy*, (LexisNexis, 2001), p. 28-34.

¹¹⁷ สิทธิบัตรเป็นการขอรับความคุ้มครองตามระบบการการตรวจสอบ (Examination) ซึ่งมีความคล้ายคลึงแต่มีใช้อย่างเดียวกันกับกับระบบการจดทะเบียน (Registration) ที่ใช้กับเครื่องหมายการค้า หรือระบบการจดทะเบียน (Recordal) ที่ใช้กับลิขสิทธิ์.

3.6.2.3 หลักมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard)

มาตรฐานขั้นต่ำในบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ หมายถึง การสร้างมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขั้นต่ำ เพื่อเป็นหลักประกันเชิงเศรษฐกิจการค้าว่าจะไม่เกิดความลักลั่นในการให้ความคุ้มครองลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา โดยความตกลงทริปส์ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเอาไว้ใน ข้อ 1 (1) (Nature and Scope of Obligations) ความว่า “ภายใต้ความตกลงนี้ ภาควิชาสมาชิกกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่ตนออกอนุวัติการเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความคุ้มครองน้อยไปกว่าความตกลงนี้กำหนดเอาไว้ แต่จะบัญญัติให้มากกว่าก็สามารถทำได้ซึ่งมิได้มีการบังคับว่าจะต้องกำหนดส่วนเพิ่มเติมให้มากกว่าความตกลงนี้ โดยการอนุวัติการนั้นรัฐสมาชิกมีอิสระโดยพิจารณามาตรการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายและระเบียบการปฏิบัติภายในรัฐของตนเอง แต่ภาควิชาสมาชิกไม่สามารถออกกฎหมายอนุวัติการให้มีข้อจำกัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติความตกลงนี้ได้”¹¹⁸

นอกเหนือไปจากการคุ้มครองที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำตามความตกลงนี้ได้มีการบัญญัติเสริมในข้อ 1 (2) ว่าวัตถุที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาได้ตามความตกลงนี้ ให้หมายถึง สิ่งที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 1 ถึง ข้อ 7 ในส่วนที่ 2 ที่ปรากฏในความตกลงฉบับนี้ โดยสิ่งที่ได้กำหนดไว้ให้เป็นทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงฉบับนี้ได้แก่ ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง, เครื่องหมายการค้า, สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์, การออกแบบทางอุตสาหกรรม, สิทธิบัตร, การออกแบบวงจรไฟฟ้า และ ความลับทางการค้า ประกอบกับการใช้หลักเกณฑ์ของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่เดิมตามสนธิสัญญาฉบับอื่นตาม ข้อ 1 (3) ความตกลงฉบับนี้มีได้บัญญัติให้มีการยกเลิกความตกลงระหว่างประเทศทางทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นแต่อย่างใด ดังนั้นรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกของความตกลงทริปส์จะยังคงมีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นที่ตนได้ให้สัตยาบรรณไว้เช่นเดิม¹¹⁹

กล่าวโดยสรุป การให้ความคุ้มครองมาตรฐานขั้นต่ำนั้น รัฐสมาชิกสามารถอนุวัติการกฎหมายแตกต่างได้หากเป็นไปได้ในกรณีที่ทำให้ความคุ้มครองมากกว่า รวมไปถึงรัฐสมาชิกมีอำนาจที่จะตัดสินใจได้ว่ามาตรการลักษณะใดที่สามารถปรับใช้ได้เหมาะสมตามแต่สภาพกฎหมายภายในรัฐตน อย่างไรก็ตามประเด็นการให้ความคุ้มครองมาตรฐานขั้นต่ำนี้เป็นคนละประเด็นกับหลักการสร้างข้อยกเว้น ตามข้อ 8 เนื่องจากกรณีหลังนี้เป็น การให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานที่ความตกลงทริปส์กำหนดแล้ว แต่จำเป็นต้องมีการยกเว้นในบางกรณีเท่านั้น

¹¹⁸ TRIPs Article 1 “1. Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.”

¹¹⁹ UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPs and Development*, (Cambridge University Press, 2005), p. 23-52.

3.6.2.4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติตามความตกลงทริปส์นี้มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลกที่ได้อธิบายไปในส่วนก่อนหน้านี้ เนื่องจากได้กล่าวแล้วว่าความตกลงทริปส์เป็นสนธิสัญญาภายใต้ต้องการการค้าโลกดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องยึดโยงเอาหลักการสำคัญมาบังคับใช้ด้วย ตามบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับการไม่เลือกปฏิบัติตามทั้งสองหลักการนี้ คือ การให้ความคุ้มครอง (Protection) ทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเท่าเทียมกันต่อทุกฝ่าย ความคุ้มครองข้างต้น หมายความว่ารวมถึง สภาพการณ์อยู่ การได้มาซึ่งสิทธิ ขอบเขตการคุ้มครอง การรักษา และการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ รวมไปถึงสิ่งที่อาจส่งผลในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะที่บัญญัติไว้ในความตกลงฉบับนี้¹²⁰

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ สามารถแยกออกเป็นสองกรณี คือ หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์¹²¹ ที่รัฐจะต้องปฏิบัติระหว่างรัฐภายนอกเหมือนกัน และหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง¹²² ที่รัฐจะต้องปฏิบัติต่อภายในและรัฐภายนอกเหมือนกัน ยกตัวอย่างเช่น รัฐ A กำหนดให้อายุความคุ้มครองสิทธิบัตรภายในรัฐตนเอง 20 ปี ดังนั้นรัฐ A จะต้องให้อายุความคุ้มครองดังกล่าวแก่รัฐ B และรัฐอื่น ๆ ในภาคีสมาชิกเช่นเดียวกัน คือ 20 ปี หากรัฐ A ไม่ยินยอมให้อายุความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันจะเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย อันเป็นการละเมิดหลักเกณฑ์ทางการค้า เพราะจะเป็นการก่อให้เกิดความลักลั่นในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและในบางกรณีอาจก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายเพื่อละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาได้ ซึ่งจะมีผลกระทบกับเศรษฐกิจการค้าโดยตรง อนึ่งต้องพึงตระหนักไว้เสมอว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติตามความตกลงทริปส์นี้สามารถถูกยกเว้นได้เช่นเดียวกันกับความตกลงแกตต์ที่ได้กล่าวถึงไปข้างต้น โดยรัฐจะต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ พร้อมกับให้เหตุผลประกอบมาตรการดังกล่าว ซึ่งลักษณะของข้อยกเว้นที่กำหนดขึ้นนั้นก็ได้รับอิทธิพลมาจากของความตกลงแกตต์เช่นเดียวกัน รวมไปถึงยังมีการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเพื่อให้การสร้างข้อยกเว้นมีความชัดเจนขึ้นอีกด้วย

¹²⁰ TRIPs article 3 (1) footnote on meaning of “protection”

“For the purposes of Articles 3 and 4, “protection” shall include matters affecting the availability, acquisition, scope, maintenance and enforcement of intellectual property rights as well as those matters affecting the use of intellectual property rights specifically addressed in this Agreement.”

¹²¹ TRIPs article 4 (1) “With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.”

¹²² TRIPs article 3 (1) “Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection.”

3.6.2.5 หลักการสร้างสมดุล (Balance)

การสร้างสมดุลเป็นพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญที่สุด จากบทที่ว่าด้วยปรัชญาของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาผ่านบริบทของประวัติศาสตร์และนักคิดทั้งหลายที่ต่างเห็นตรงกันว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิทางกฎหมายที่จะต้องมีการควบคุมและจำกัดสิทธิ ในลักษณะการจำกัดโดยข้อยกเว้นทางกฎหมาย ซึ่งลักษณะของข้อยกเว้นก็มีการพัฒนาอย่างเป็นพลวัตรเรื่อยมา โดยความตกลงทริปส์ได้รับทราบถึงหลักการสร้างสมดุลไว้โดยบัญญัติไว้ในส่วนของอาร์มบท ประกอบข้อ 7 และ ข้อ 8 ได้แก่ “ร่วมกันตระหนักถึงวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะในประเทศต่าง ๆ สำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการพัฒนาและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์”¹²³

ข้อ 7 “การคุ้มครองและบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี การถ่ายทอดและการแพร่กระจายทางเทคโนโลยี เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้สร้างสรรค์และผู้ใช้ข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีและในลักษณะที่นำมาสู่ผลประโยชน์ของสังคมและเศรษฐกิจและเพื่อการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ”¹²⁴

ข้อ 8 “1. ประเทศภาคีอาจบัญญัติหรือแก้ไขกฎหมายและกฎเกณฑ์ภายในของตนเพื่อที่จะกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องสาธารณสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับความจำเป็นอย่างสำคัญในการพัฒนาสภาพสังคมเศรษฐกิจและการพัฒนาทางเทคโนโลยี ทั้งนี้มาตรการที่กำหนดขึ้นนั้นต้องสอดคล้องกับบทบัญญัตินี้

2. มาตรการที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในความตกลงนี้อาจมีความจำเป็นต้องถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันการอ้างใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบของเจ้าของสิทธิ หรือเพื่อป้องกันทางปฏิบัติต่าง ๆ ที่มีผลเป็นการกีดกันการค้าอย่างไม่สมเหตุผล หรือที่เป็นผลกระทบต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ”¹²⁵

¹²³ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 113* น. 201; แปลความจาก TRIPs Preamble “Recognizing the underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property, including developmental and technological objectives.”

¹²⁴ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เพ็งอ้าว*, น. 202; แปลความจาก TRIPs Article 7 “The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.”

¹²⁵ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เพ็งอ้าว*, น. 205-206; TRIPs Article 8, *supra* note 108.

เมื่อพิจารณาข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องความสมดุลแล้ว แสดงให้เห็นว่า ความตกลงทริปส์ให้ความสำคัญต่อการสร้าง “ความสมดุล” เอาไว้หลายส่วนด้วยกัน ในส่วนแรกของ อารัมภบทนั้น ความสมดุลที่ความตกลงทริปส์ต้องการสร้าง คือ การพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ให้มีความก้าวหน้า ซึ่งหากพิจารณาจากมุมมองนี้ตัวทรัพย์สินทางปัญญาที่สื่อถึงน่าจะเป็นกรณีของ สิทธิบัตรซึ่งเป็นการคุ้มครองความคิดในการสร้างสิ่งประดิษฐ์หรือกรรมวิธีที่ส่วนใหญ่มาจากหลักการ เชิงวิทยาศาสตร์ซึ่งกฎหมายต้องการจูงใจให้ผู้สร้างสรรค์งานคิดค้นงานขึ้น¹²⁶ โดยจะให้สิ่งตอบแทน เป็นสิทธิเด็ดขาดทางกฎหมายให้นำไปบริหารเพื่อแสวงประโยชน์ในเวลาจำกัด ในทางตรงกันข้าม เจ้าของงานจะต้องเปิดเผยรายละเอียดในชิ้นงานของตนให้สาธารณะได้รับรู้ด้วยเช่นเดียวกัน

ในส่วนข้อ 7 นั้น สังเกตได้ว่าบทบัญญัติมุ่งไปที่เรื่องความก้าวหน้า การเผยแพร่ทางเทคโนโลยีเป็นส่วนแรก และอีกส่วนหนึ่งที่ว่าด้วยความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในส่วนแรกนั้นจะคล้ายคลึงกับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่ความตกลงทริปส์มุ่ง ส่งเสริมให้ประโยชน์แก่สังคมและผู้ทรงสิทธิให้มีความเหมาะสม อนึ่งในส่วนหลังนั้นมีการบัญญัติคำว่า ความสมดุลเอาไว้อย่างชัดเจน ในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องระหว่างผู้ทรงสิทธิและประโยชน์ ทางสาธารณะที่ควรได้รับจากการบัญญัติและกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นสิทธิและหน้าที่ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ได้รับสิทธิบัตรจะได้รับสิทธิเด็ดขาดในระยะเวลาที่จำกัด แต่ก็มีหน้าที่ในการเปิดเผย รายละเอียดแก่สังคม และเมื่อสิทธิบัตรนั้นสิ้นอายุไปก็จะตกเป็นทรัพย์สินของส่วนรวม หรือ สาธารณสมบัติ (Public Domain)

สำหรับข้อ 8 นั้น ได้กล่าวไปแล้วในส่วนของหัวข้อว่าด้วยวัตถุประสงค์ ของความตกลงทริปส์ในเรื่อง “เพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ” จึงไม่ขอกล่าวซ้ำในรายละเอียดเนื้อหา ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้กลับมาปรากฏตัวอีกครั้ง ในลักษณะของ การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิเช่นเดียวกันกับเรื่องวิทยาศาสตร์ และ เทคโนโลยีก่อนหน้านี้ บทบัญญัติข้อ 8 มีวิธีการบังคับใช้เช่นเดียวกับ ข้อ 7 คือมีสถานะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดกรอบ พื้นฐานสำหรับข้อบทอื่น ๆ ในความตกลงทริปส์ และเป็นบริบทพื้นฐานที่ประเทศภาคีต้องใช้เป็น กรอบในการตีความบทบัญญัติของความตกลงทริปส์¹²⁷ ซึ่งถือว่ามีสถานะพิเศษในการกำหนด วัตถุประสงค์และหลักการให้ประเทศภาคีใช้และตีความข้ออื่น ๆ ในความตกลงเพื่อให้สามารถสร้าง ความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและประโยชน์สาธารณะโดยอ้างหลักเหตุผล จากทั้งข้อ 7 และ ข้อ 8 เป็นหลักในการตีความ

¹²⁶ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เพ็งอ้วง*, น. 203.

¹²⁷ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เพ็งอ้วง*, น. 206; “Section B of The Doha Ministerial Conference in Part One ระบุถึงการใช้อ้าง ข้อ 7 และ ข้อ 8 ดังกล่าวไว้ชัดเจนว่า “In undertaking this work, the TRIPs Council shall be guided by the objective and principles set out in Article 7 and 8 of the TRIPs Agreement and shall take fully into account the development dimension”; see also, Daniel Grevaïs, *The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis 2ed*, (London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 81.

3.6.3 หลักการและเหตุผลในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

หลักการและความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจะกล่าวโดยสรุปจากส่วนบทประวัติศาสตร์ในบทก่อนหน้านี้ ความเป็นเครื่องหมายการค้าถือกำเนิดในสังคมมนุษย์ในยุคโบราณกาล ตั้งแต่ที่มีการค้าขายของมนุษย์แล้ว โดยนัยที่เป็นเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ทำหน้าที่ในการแสดงความเป็นเอกลักษณ์สินค้าของตนให้แตกต่างจากบุคคลอื่น ทำให้บุคคลอื่นสามารถจดจำและแยกแยะได้เมื่อประสบสัมผัสการมองเห็นเครื่องหมายดังกล่าว เมื่อสังคมมีการพัฒนาต่อมาเครื่องหมายการค้ากลายเป็นตัวบ่งบอกคุณสมบัติหลายสิ่งเพื่อจำแนกความแตกต่างของสินค้าให้ชัดเจนยิ่งขึ้นไม่ว่าจะเป็น ลักษณะ คุณภาพ หรือที่มาของสินค้า เมื่อความสำคัญของเครื่องหมายมีมากขึ้นย่อมต้องประสบปัญหา เนื่องมาจากการรับรู้ของบุคคลในสังคมเริ่มเกิดความสับสนเนื่องจากจำนวนของเครื่องหมายที่เพิ่มขึ้น รวมไปถึงการละเมิดสิทธิทั้งหลายของเจ้าของเครื่องหมายเพื่อแสวงประโยชน์ในลักษณะการลงขายจากเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับจากสังคม จึงมีการสร้างระบบกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิ คือ มีการกำหนดให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า การให้สิทธิ รวมไปถึงกำหนดหน้าที่ทางกฎหมายด้วย¹²⁸ จึงทำให้จากเดิมที่เครื่องหมายการค้าที่มีผู้เกี่ยวข้อง คือ เอกชนเท่านั้นก็พัฒนาเข้าไปในขั้นที่มีรัฐเข้ามาเป็นคนกลางเพื่อให้ความคุ้มครองทางกฎหมายด้วย

พัฒนาการความคุ้มครองจากเครื่องหมายดังกล่าว กฎหมายมุ่งประสงค์ให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายเพื่อให้สังคมรับรู้ว่าเป็นของผู้นั้น เพื่อจะได้ไม่เกิดความสับสนในการเลือกซื้อสินค้าหรือใช้บริการ และหากมีการลงขาย หรือละเมิดสิทธิของผู้จดทะเบียนย่อมสามารถดำเนินการตามกฎหมายได้¹²⁹ เพื่อเป็นการรักษาสีของเครื่องหมายการค้าไว้ ปัจจุบันนี้เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องมือทางอุตสาหกรรมที่ทำหน้าที่ในการแยกแยะสินค้าประเภทต่าง ๆ ที่มีอยู่มากมายในสังคมให้มีความแตกต่างออกจากกัน ทั้งนี้ยังเบี่ยงหลังที่ซ่อนอยู่ภายใต้การแยกแยะสินค้า คือการบ่งบอกลักษณะเฉพาะของสินค้า ที่มาของสินค้า คุณภาพ ฯลฯ¹³⁰ ซึ่งหน้าที่เครื่องหมายนี้เองก็มีการพัฒนาขยายตัวอย่างต่อเนื่องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังนั้นเครื่องหมายการค้าจึงเป็นเครื่องมือสำคัญของผู้ประกอบกิจการทั้งหลายในอันที่จะแสดงถึงความเป็นเอกลักษณ์ในสินค้าของตน นอกจากนี้ยังสามารถทำหน้าที่ในการโฆษณาได้อีกประการหนึ่งด้วย¹³¹ เพราะ บุคคลจะสามารถจดจำสินค้าดังกล่าวได้ผ่านเครื่องหมายการค้า กล่าวคือโดยสรุปได้ว่าในบริบทเชิงพาณิชย์นั้น เครื่องหมายการค้าก็มักถูกนิยมใช้เป็นเครื่องมือในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ และแสดงเอกลักษณ์ในสินค้าของตนให้กับบุคคลในสังคมได้รับรู้และจดจำได้

¹²⁸ Shoen Ono, "Overview of Japanese Trademark Law," The Japanese Original, 1999, p.1-2.

¹²⁹ Shoen Ono, *Ibid*, page 3.

¹³⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, (พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), น. 266-267.

¹³¹ เอื้ออารีย์ อังจะนิล, "กฎหมายว่าด้วยการจัดการทำของบุหรืแบบเรียบหรือของบุหรืแบบมาตรฐาน," วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 30, ฉบับที่ 1, น. 50-51.

เมื่อการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเป็นเรื่องภายในของรัฐมาตั้งแต่กำเนิดทำให้รัฐบัญญัติกฎหมายภายในที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเครื่องหมายทางการค้าของแต่ละรัฐ ซึ่งแม้จะมีหลักการร่วมกัน แต่ก็แตกต่างกันในรายละเอียดตามสภาพของแต่ละสังคม อันทำให้หลายกรณีนั้นเกิดความคลั่งในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เนื่องจากลักษณะของการค้าไม่มีพรมแดนและขยายตัวอย่างรวดเร็วในสังคมมนุษย์ การรักษามาตรฐานความคุ้มครองทางกฎหมายจึงเป็นเรื่องสำคัญยิ่ง ในเวลาต่อมานักกฎหมายได้สร้างความตกลงทริปส์เพื่อจัดการแก้ไขปัญหาคาถกเถียงดังกล่าวให้เครื่องหมายการค้าได้รับการคุ้มครองในมาตรฐานเดียวกัน โดยมาตรฐานที่ว่านี้หมายความว่ารวมถึงลักษณะของสิ่งที่ควรได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้า สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า รวมไปถึงการสร้างข้อยกเว้นของสิทธิในเครื่องหมายการค้าด้วย

กล่าวโดยสรุป การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้านี้มีหลักการสำคัญแบ่งออกได้หลายประการ ดังนี้ ประการแรกการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการห้ามบุคคลอื่นให้ใช้เครื่องหมายของตน เนื่องจากเจ้าของสิทธิต้องการปกป้องผลประโยชน์ของสิ่งที่ตนเป็นเจ้าของโดยมิให้ผู้อื่นเข้าแสวงประโยชน์อันมิชอบ ประการที่สองการบัญญัติกฎหมายเพื่อสร้างระบบการจดทะเบียนที่รัฐมีขึ้นเพื่อช่วยเหลือในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมาย และในอีกมุมมองหนึ่งก็เพื่อเป็นการให้สังคมรับทราบถึงความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าว่าเป็นของบุคคลใด เพื่อเป็นการปกกันการสับสนหลงผิด ประการที่สามการป้องกันบุคคลอื่นเข้ามาสวมอ้างสิทธิของเจ้าของเครื่องหมาย โดยใช้สิทธิประโยชน์จากเครื่องหมายนั้นโดยมิได้รับอนุญาต เช่น การลวงขาย (Passing Off) และประการที่สี่การกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายของลักษณะของสิ่งต่าง ๆ ที่สามารถขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายได้ เพื่อให้สมวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้า เช่น ลักษณะบ่งเฉพาะและประการสุดท้าย เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผลประโยชน์ของสังคมซึ่งในประการนี้จะได้กล่าวให้ทราบถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

3.6.4 หลักเกณฑ์ของเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์เป็นกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะมาตรฐานขั้นต่ำ¹³² ที่รัฐภาคีทุกรัฐจะต้องปฏิบัติตามโดยการบัญญัติกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องเพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ รัฐผู้อนุมัติกฎหมายไม่สามารถให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดำกว่ามาตรฐานที่ความตกลงทริปส์กำหนด แต่สามารถให้ความคุ้มครองในลักษณะที่สูงกว่าได้ ตามที่แต่ละรัฐนั้นเห็นว่ามีเหมาะสมและสอดคล้องกับระบบกฎหมายของตน โดยมากแล้วรัฐที่มีกำลังผลิตด้านทรัพย์สินทางปัญญาสูงมักจะมี การกำหนดหลักเกณฑ์ รวมไปถึงวิธีการบังคับการละเมิดที่ละเอียด รัดกุม และสูงกว่ามาตรฐานทั่วไป ในทางตรงกันข้ามรัฐอยู่ในระหว่างการพัฒนาเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา อาจจะทำให้ความคุ้มครองเพียงระดับมาตรฐานขั้นต่ำ อนึ่งต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าระดับของการให้ความคุ้มครองอาจมิได้ขึ้นอยู่กับพัฒนาการของทรัพย์สินทางปัญญาเพียงปัจจัยเดียว แต่อาจมีเหตุผลเฉพาะอื่น ๆ ด้วย เช่น เหตุผลในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ เป็นต้น

¹³² UNCTAD-ICTSD, *supra* note 119.

3.6.4.1 ลักษณะของเครื่องหมายการค้า

ลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถขอรับการจดทะเบียนได้ตามความตกลงทริปส์นั้น ต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่ากฎหมายได้สร้างขึ้นผ่านระบบทะเบียนเพื่ออำนวยความสะดวกและให้สิทธิตามกฎหมายบางประการเท่านั้น เนื่องจากการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามิได้เป็นสาระสำคัญต่อสิทธิในการใช้เครื่องหมาย เพราะเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่บุคคลพึงมีเหนือทรัพย์สินของตนอยู่แล้ว การบัญญัติกฎหมายของรัฐในส่วนนี้เป็นไปเพื่อการให้สิทธิประการอื่นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ดังนั้นเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเจ้าของก็ยังยังสามารถใช้ในลักษณะเพื่อแสวงประโยชน์ได้ เพียงแต่จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายบางประการเท่านั้น

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดว่าเครื่องหมายการค้า นั้น จะเป็นสัญลักษณ์รูปแบบใด ๆ ก็ได้ไม่ว่าจะเป็นรูปภาพ คำ หรือ ตัวเลข ฯลฯ¹³³ ที่สามารถใช้จำแนกสินค้าและบริการออกจากกันได้โดยที่เครื่องหมายการค้า หรือ เครื่องหมายบริการนั้นมีสาระสำคัญอยู่ที่ “จะต้องไม่เป็นการสื่อให้เห็นโดยตัวของเครื่องหมายเองถึงลักษณะของสินค้าหรือบริการที่เครื่องหมายนั้นทำหน้าที่ในการนำเสนอ”¹³⁴ เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ เพราะ คำหรือข้อความที่สื่อถึงสินค้าและบริการอย่างชัดเจนนั้นไม่ควรตกเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้ใด มิฉะนั้นจะเกิดผลร้ายต่อสังคมได้ เนื่องจากบุคคลอื่นจะไม่สามารถใช้คำเหล่านั้นได้อีกเลย ตัวอย่างที่นิยมนำมาอธิบายประกอบข้อความข้างต้น เช่น ผลิตภัณฑ์อาหาร ไม่สามารถใช้คำว่า “อร่อย” เป็นเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากคำว่า “อร่อย” เป็นการเล็งเห็นถึงคุณสมบัติของอาหารอย่างชัดเจน ดังนั้น คำว่า “อร่อย” จึงไม่ควรตกเป็นสิทธิเด็ดขาดแก่บุคคลใด ในทางตรงกันข้ามหากกฎหมายยินยอมให้คำว่า “อร่อย” สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้สำหรับผลิตภัณฑ์อาหาร คำว่า “อร่อย” จะเป็นสิทธิเด็ดขาดของเอกชนทันทีและก่อให้เกิดการใช้สิทธิอย่างไม่เป็นธรรม เพราะบุคคลอื่นที่จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์อาหารจะไม่สามารถใช้ คำว่า “อร่อย” ได้เลย เท่ากับว่าลักษณะของอาหารที่อร่อยนั้นจะถูกจำกัดอยู่ที่ผู้นำคำดังกล่าวไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพียงผู้เดียวนั่นเอง โดยสรุปข้อความที่ได้อธิบายนี้ นักกฎหมายใช้คำว่า “ลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctive)” ในตัวเอง¹³⁵ เพื่อเป็นการอธิบาย กล่าวคือเครื่องหมายที่สามารถรับจดทะเบียนได้จะต้องไม่มีลักษณะที่ไม่บ่งเฉพาะ (Distinctiveness) ที่สื่อถึงลักษณะ คุณสมบัติ หรืออย่างอื่นอย่างใดของสินค้าและบริการ

¹³³ TRIPs Article 15 “Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark. Such signs, in particular words including personal names, letters, numerals, figurative elements and combinations of colours as well as any combination of such signs.”

¹³⁴ อ่านและแปลมาจากข้อความของ, TRIPs Article 15 “Where signs are not inherently capable of distinguishing the relevant goods or services.”

¹³⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 267-268.

นอกเหนือไปจากลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองตามบทบัญญัติข้างต้นแล้ว ความตกลงทริปส์ยังยินยอมให้เป็นดุลยพินิจของรัฐสมาชิกที่จะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ (Distinctive Through Use)¹³⁶ ซึ่งรูปแบบและเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองนั้นเป็นอิสระที่รัฐสมาชิกจะสามารถกำหนดได้¹³⁷ โดยเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้นั้น เริ่มต้นจากแนวคิด และลักษณะของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลายประเด็นด้วยกัน ได้แก่

ประเด็นแรกเมื่อบุคคลใช้ความวิริยะอุตสาหะของตนในการใช้เครื่องหมายไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ เช่นการโฆษณาประชาสัมพันธ์ การประทับเครื่องหมายลงบนสินค้า ฯลฯ การกระทำเหล่านี้จะต้องอาศัยทั้งการลงทุนไม่ว่าจะด้วยการลงแรง หรือ การลงเงินตรา เพื่อสร้างให้เครื่องหมายการค้าของตนให้เป็นที่รู้จัก และยอมรับทั้งในสังคมภายในรัฐ หรือ สังคมระหว่างรัฐก็ตาม ประเด็นที่สองเมื่อบุคคลหนึ่งสามารถสร้างเครื่องหมายการค้าหรือบริการของตนให้มีชื่อเสียงจนเป็นที่รู้จักภายในสังคมแล้ว ย่อมมีผู้ต้องการแสวงประโยชน์โดยมิชอบตามกฎหมายจากเครื่องหมายดังกล่าว เนื่องจากในทางปฏิบัติเป็นที่ทราบกันดีว่ายิ่งเครื่องหมายมีชื่อเสียงมาก เท่ากับว่าสินค้าที่มาจากเครื่องหมายดังกล่าวย่อมมีผู้ต้องการเป็นจำนวนมากเช่นเดียวกัน และประเด็นสุดท้าย คือ การคุ้มครองประโยชน์ของสังคม เนื่องจากเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหากไม่ได้รับสิทธิประการใดเลย อาจเกิดการลงขายสินค้าได้ ซึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดความสับสนของประชากรในสังคมและนำไปสู่การสร้าง ความเสียหายหลายประการ

การใช้เครื่องหมายจนมีชื่อเสียงแพร่หลาย เป็นการสร้างชื่อเสียงในทางการค้า หรือที่เรียกว่า “กูดวิลล์” (Goodwill) ดังนั้นกฎหมายจึงต้องมีส่วนเข้ามาให้ความคุ้มครองด้วยเช่นเดียวกัน เพื่อป้องกันการกระทำอันมีลักษณะฉ้อโกง และหลอกลวงผู้บริโภคในแหล่งที่มาแห่งสินค้า¹³⁸ ความเป็นเจ้าของ คุณภาพของสินค้า ฯลฯ ซึ่งเป็นผลตามมาให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิในเครื่องหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตามจกต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้น อาจได้รับความคุ้มครองในสองส่วนด้วยกัน คือ ส่วนแรก คือ การคุ้มครองในลักษณะลงขาย เพื่อเป็นการป้องกันบุคคลที่สามเข้ามาแสวงประโยชน์อันไม่ชอบธรรมจากเครื่องหมายที่ตนไม่มีสิทธิ ซึ่งในส่วนแรกนี้กฎหมายให้ความคุ้มครองโดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนตามกฎหมาย และในส่วนที่สอง คือ ส่วนที่ว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ ซึ่งในประเด็นนี้มีใช้สิทธิทางกฎหมายอย่างส่วนแรก แต่เป็นส่วนที่ว่าด้วยองค์ประกอบทางกฎหมายที่ยินยอมให้สิ่งที่ไม่ได้มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองสามารถนำมาจดทะเบียนได้ หากมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ อนึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความมีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่าขึ้นอยู่กับแต่ละรัฐที่จะพิจารณาองค์ประกอบ กล่าวโดยสรุป คือ เครื่องหมายการค้าที่อาจขอรับความคุ้มครองทางระบบการจดทะเบียน จะต้องต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะไม่ว่าด้วยตัวเองหรือบ่งเฉพาะที่มาจากการใช้

¹³⁶ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *เพ็งอ้าง*, น. 269.

¹³⁷ TRIPs Article 15 “Members may make registrability depend on distinctiveness acquired through use.”

¹³⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 145*, น. 283.

3.6.4.2 สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า

ความตกลงทริปส์ได้มีการกำหนดสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าเอาไว้ใน ข้อ 16 ใจความสำคัญว่า “ผู้ทรงเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วนั้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ในการหวงกั้นบุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายของตนโดยไม่ได้รับความยินยอมไม่ว่าเครื่องหมายที่ใช้จะมีลักษณะที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันในการใช้กับผลิตภัณฑ์จำพวกที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันจนอาจทำให้เกิดความสับสนหลงผิดในเครื่องหมายการค้าได้”¹³⁹ บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยกลักษณะการพิจารณาออกเป็นองค์ประกอบทางกฎหมายได้ ดังนี้

(1) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการห้ามบุคคลอื่นเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนเป็นเจ้าของสิทธิโดยการจดทะเบียนนั้น แสดงให้เห็นถึงประเภทแห่งสิทธิที่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว¹⁴⁰ โดยมีลักษณะอาการการใช้สิทธิ คือ ผู้ทรงสิทธิสามารถห้ามบุคคลอื่นที่ต้องการเข้ามาล่วงละเมิดสิทธิของตนได้ ในประเด็นนี้ได้ทำการวินิจฉัยไปในบทที่สองในว่าด้วยเรื่องข้อความคิดแห่งสิทธิแล้วว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในกรณีนี้ คือ เครื่องหมายการค้ามีลักษณะเป็นสิทธิปฏิเสธ (Negative Rights) กล่าวคือ กฎหมายได้มอบสิทธิแก่เจ้าของสิทธิในการปฏิเสธบุคคลอื่นเข้ามาละเมิดสิทธิของตน มิใช่เป็นกรณีที่กฎหมายมอบสิทธิให้เจ้าของสิทธิกระทำการ เนื่องจากเจ้าของสิทธิสามารถหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้อยู่แล้ว โดยมีจำต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ¹⁴¹ เช่น นาย ก เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนจากทางรัฐ นาย ก มีสิทธิห้าม นาย ข หรือบุคคลอื่นใดเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของตน โดยที่ตนมิได้ให้อนุญาต หรือ ยินยอม สิทธิเพื่อการปฏิเสธบุคคลอื่นนี้ นาย ก ได้รับมาจากรัฐ ซึ่งหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยมีบุคคลเข้ามาใช้สิทธิข้างต้น นาย ก สามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้บังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ ในทางตรงกันข้าม ไม่ว่านาย ก จะมีการขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายจากรัฐโดยการนำเครื่องหมายของตนเข้าสู่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของตนหรือไม่ นาย ก ยังคงสถานะความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพื่อใช้แสวงประโยชน์โดยชอบธรรมได้อยู่แล้ว โดยต้องอยู่บนพื้นฐานที่มีได้ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นเช่นกัน อนึ่งจึงต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าสิทธิแต่เพียงผู้เดียวจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเจ้าเครื่องหมายได้มีการจดทะเบียนตามระบบที่รัฐผู้ให้ความคุ้มครองกำหนดขึ้นซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ

¹³⁹ TRIPs Article 16 “The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner’s consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion.”

¹⁴⁰ โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมของ ดร. เลอสรร ธนสุกาญจน์, บทที่ 2 เซิงอรรถที่ 60, การแปลความหมายของ คำว่า “Exclusive Rights” กับคำว่า “Negative Rights.”

¹⁴¹ เลอสรร ธนสุกาญจน์, อ้างแล้ว บทที่ 2 เซิงอรรถที่ 61.

ข้อเท็จจริงที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างต้นก็เพื่อแสดงให้เห็นลักษณะของสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าพึงมีให้เห็นภาพอย่างเป็นองค์รวม ส่วนแรก คือ ความเป็นสิทธิพิเศษที่ได้กล่าวไปแล้ว ประกอบไปด้วยความเป็นสิทธิเรียกร้องที่ไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้ด้วยตนเอง แต่ต้องเป็นการใช้สิทธิทางศาล และ สิทธิทางทรัพย์สินประเภททรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่สามารถใช้ยันต่อบุคคลโดยทั่วไปซึ่งกฎหมายมุ่งประสงค์ให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของสิทธิในการปฏิเสธการกระทำของบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตประการสำคัญของสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนนั้น คือ สิทธิในการปฏิเสธจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อบุคคลอื่นใช้เครื่องหมายกับสินค้า หรือ บริการที่เหมือน หรือ คล้ายกับเจ้าของเท่านั้น¹⁴² เช่นจากกรณีข้างต้น นาย ก ได้จดทะเบียนเครื่องหมายของตนกับผลิตภัณฑ์ข้าว ดังนั้น นาย ก มีสิทธิห้ามนาย ข หรือบุคคลอื่นใช้เครื่องหมายของตนกับผลิตภัณฑ์ข้าว หรือ ผลิตภัณฑ์อาหาร หรือ สิ่งบริโภคที่ใกล้เคียงกับข้าวเท่านั้น หากนาย ข หรือบุคคลอื่น ได้ใช้เครื่องหมายของ นาย ก กับรถยนต์ นาย ก ย่อมไม่มีสิทธิปฏิเสธการกระทำดังกล่าว

นอกเหนือไปจากสิทธิของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนผ่านลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองแล้ว ความตกลงทริปส์ได้บัญญัติให้นำเอาอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) มาบังคับใช้ในข้อ 6 bis¹⁴³ กล่าวคือ เครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ หมายถึง การที่บุคคลใช้เครื่องหมายนั้นอย่างต่อเนื่องจนถึงขนาดที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเป็นการทั่วไป (Well-Known Marks) ทำให้บุคคลในสังคมรับรู้ว่าเป็นเครื่องหมายดังกล่าวไม่ใช่คำสามัญ หรือการสื่อคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการ แต่เป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งลักษณะเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนี้เองในบางกรณีสามารถนำมาขอรับความคุ้มครองทางทะเบียนในรูปแบบบ่งเฉพาะจากการใช้ได้ โดยแม้มิได้ขอรับความคุ้มครองทางทะเบียน ผู้เป็นเจ้าของก็ยังมีสิทธิบางประการตามที่กฎหมายกำหนดอยู่ เพื่อเป็นการตอบแทนความวิริยะอุตสาหะ การลงทุนของเจ้าของเพื่อสร้างชื่อเสียงแก่เครื่องหมายให้เป็นที่ยอมรับตามที่ได้อธิบายไปในหัวข้อว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า

ความคุ้มครองแยกพิจารณาออกได้เป็นสองส่วน คือ ส่วนแรกตามอนุสัญญากรุงปารีส เจ้าของเครื่องหมายมีสิทธิจะกีดกันมิให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าแก่สินค้าหรือบริการที่เหมือนหรือคล้ายกับของตนเท่านั้น ส่วนที่สองตามความตกลงทริปส์ข้อ 16 (3) ได้กำหนดความคุ้มครองเพิ่มเติมจากอนุสัญญากรุงปารีสว่าเจ้าของมีสิทธิห้ามการจดทะเบียนหรือห้ามการใช้เครื่องหมายต่อสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะอยู่ในจำพวกใด หากเป็นกรณีการใช้นั้นได้ระบุถึงความเกี่ยวพันกันระหว่างสินค้าหรือบริการกับเจ้าของเครื่องหมาย หรือ การใช้นั้นจะทำให้ผลประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายได้รับการกระทบกระเทือน¹⁴⁴ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนี้ให้สิทธิที่เพิ่มเติมจากสิทธิในเครื่องหมายที่ได้จดทะเบียน ตามที่อธิบายไปในส่วนก่อนหน้านี้ เพราะ เครื่องหมายมีชื่อเสียงแพร่หลายนี้สามารถนำเข้าสู่ระบบจดทะเบียนเพื่อรับสิทธิได้

¹⁴² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 277.

¹⁴³ TRIPs Article 16 (2) and (3); see also, Paris Convention Article 6 bis.

¹⁴⁴ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 282.

ลักษณะเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากเครื่องหมายลักษณะใดก็ได้ ไม่ว่าจะได้รับการจดทะเบียนมาก่อนแล้ว หรือ ยังไม่ได้รับการจดทะเบียน เพราะหากได้กระทำตามอันครบองค์ประกอบเงื่อนไขในเรื่องการมีชื่อเสียงแพร่หลายย่อมทำให้ได้สิทธิตามกฎหมายบางประการเพิ่มเติมจากสิทธิที่กฎหมายมอบให้จากการนำเครื่องหมายเข้าสู่ระบบทะเบียน อนึ่งจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่า ลักษณะและเงื่อนไขความเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะแพร่หลายนั้นรายละเอียดจะถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่อยู่บนพื้นฐานเดียวกัน คือ บุคคลภายในรัฐรับรู้ว่าเป็นเครื่องหมายดังกล่าวไม่ใช่คำสามัญ หรือ สื่อถึงสินค้าหรือบริการ หากแต่ทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายโดยแท้จริง¹⁴⁵ เช่น ราชอาณาจักรไทย มี ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป กำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายเอาไว้ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นจะต้องมีการจำหน่ายหรือมีการใช้หรือมีการโฆษณา หรือได้มีการใช้เครื่องหมายโดยวิธีใด ๆ อย่างแพร่หลายตามปกติสุจริต ไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าของหรือผู้แทนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายนั้นไม่ว่าในประเทศ หรือต่างประเทศจนทำให้สาธารณชนทั่วไป หรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศรู้จักเป็นอย่างดี และ ประการที่สอง เครื่องหมายนั้นจะต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภค

(2) การใช้เครื่องหมายการค้า (Using) ในบริบทของกฎหมายจะต้องเป็น การใช้เพื่อทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้า เช่น การประทับเครื่องหมายลงบนบรรจุภัณฑ์ของสินค้า การใช้เครื่องหมายในเอกสารทางธุรกิจ หรือ เพื่อเป็นการโฆษณาสินค้า เป็นต้น¹⁴⁶ ลักษณะการใช้ทั้งหมดนี้จะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าเป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าหรือบริการเท่านั้น กล่าวคือ มีเจตนาใช้กับสินค้าหรือบริการที่เจ้าของสิทธิประสงค์จะใช้ร่วมกัน ดังนั้น ในกรณีที่ใช้เกิดขึ้นในลักษณะอื่นใดโดยมิได้ใช้อย่างเครื่องหมายการค้า ผู้ใช้โดยลักษณะอื่นใดนั้นจะไม่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมาย ยกตัวอย่างเช่น บริษัท “A” ประกอบกิจการจำหน่ายเครื่องคอมพิวเตอร์โดยจดทะเบียนเครื่องหมายของตนว่า “ASDF” ในเวลาต่อมาบริษัท “B” ได้ผลิตอุปกรณ์เครื่องพิมพ์ภายใต้เครื่องหมายที่จดทะเบียนแล้วของตนเช่นเดียวกัน คือ เครื่องหมาย “ZXCV” ซึ่งบนบรรจุภัณฑ์และ ตัวเครื่องพิมพ์นั้นมีตราประทับว่า “เครื่องพิมพ์ ZXCV สามารถใช้ร่วมกับคอมพิวเตอร์ ASDF ได้”¹⁴⁷ ดังนั้นแม้ว่าการกระทำของบริษัท B ข้างต้นจะได้มีการใช้เครื่องหมายของบุคคลอื่นที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว แต่ลักษณะของการใช้มิได้เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของเครื่องหมายแต่อย่างใด เนื่องจากสิทธิเด็ดขาดนั้นมีเฉพาะลักษณะการใช้เครื่องหมายอย่างเครื่องหมายการค้าหรือบริการของเจ้าของสิทธิ ดังนั้น เมื่อบริษัท B ใช้เครื่องหมายของบริษัท A เพื่อเป็นการบ่งบอกว่าเครื่องพิมพ์ของตนสามารถใช้ได้กับคอมพิวเตอร์ของบริษัท A เท่านั้น จึงไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการใช้เครื่องหมายดังกล่าว จึงไม่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของบริษัท A

¹⁴⁵ ไซยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป), (พิมพ์ครั้งที่ 9, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม 2555), น. 283.

¹⁴⁶ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 130, น. 277.

¹⁴⁷ โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1647/2537 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 547/2538.

(3) การทำให้เกิดความสับสนหลงผิด (Confusion) เจตนารมณ์ของเครื่องหมายการค้านั้น มีขึ้นเพื่อมิให้ประชากรรัฐในฐานะผู้บริโภคสินค้าหรือบริการสับสนหลงผิดต่อการเลือกซื้อสินค้าหรือใช้บริการ ดังนั้น การดำเนินการตามเจตนารมณ์เช่นว่านั้นจะต้องมีอยู่ต่อไป แสดงให้เห็นผ่านกฎหมายบัญญัติที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าเครื่องหมายการค้าที่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายจะต้องไม่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันจนเป็นการทำให้ประชาชนเข้าใจผิดว่าสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้ามีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้า¹⁴⁸ ทั้งในแง่ของตัวเครื่องหมายเองและสินค้าหรือบริการ ดังนั้น นอกเหนือไปจากลักษณะบ่งเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เครื่องหมายจะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

ลักษณะของสิทธิข้างต้นทำให้สามารถเชื่อมโยงข้อความคิดประการหนึ่งได้ว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นสามารถแบ่งออกเป็นสองภาคส่วนหลัก ได้แก่ ภาคส่วนแรกว่าด้วยกฎหมายที่บัญญัติเพื่อบรรองรับสิ่งที่มีอยู่แล้ว กล่าวคือการที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อบรรองรับสิ่งที่มีอยู่แล้วให้มีลักษณะเป็นรูปธรรมทางกฎหมาย ในกรณีนี้ได้แก่ วัตถุ หรือ ตัวตนของทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีอยู่แล้วในสังคม ซึ่งในประเด็นนี้ก็แฝงไปด้วยหลักความเป็นเจ้าของตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่อยู่เบื้องหลังบริบทของวัตถุของทรัพย์สินทางปัญญาที่ผ่านการลงแรงเพื่อสร้างสิ่งใหม่ขึ้นให้เป็นชิ้นงานทางทรัพย์สินทางปัญญา บทบัญญัติของกฎหมายได้เข้ามาทำหน้าที่ในการรองรับความมีอยู่ของทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อเป็นการตอบแทนการลงแรงของมนุษย์เพื่อสร้างสรรค์และลักษณะทางธรรมชาติดังกล่าว ดังนั้น ลักษณะการใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของเพื่อแสวงประโยชน์นั้นเป็นสิ่งที่มาแต่เดิมแล้ว โดยไม่ต้องได้รับสิทธิหรืออนุญาตจากผู้อื่น ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่ารัฐไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการมอบสิทธิดังกล่าวให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ

ภาคส่วนที่สอง คือ สิทธิที่กฎหมายสร้างขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาจากข้อเท็จจริง และข้อพิพาทที่เกิดขึ้น รวมไปถึงพลวัตรของสังคมที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทำให้กฎหมายจำเป็นต้องบัญญัติแก้ไขปัญหารวมไปถึงตอบสนองสังคมที่พัฒนาขึ้น เช่น การสร้างสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องเป็นสิทธิในการทำซ้ำ มิใช่ ความเป็นเจ้าของเช่นกรรมสิทธิ์ เพื่อมิให้เจ้าของสิทธิเสียประโยชน์เมื่อมีการจำหน่ายกรรมสิทธิ์ไปแล้ว หรือ การกำหนดองค์ประกอบของการเป็นสิทธิบัตรที่เฉพาะเจาะจง มิใช่สิ่งทั่วไปใด ๆ ก็สามารถเป็นสิทธิบัตรได้ เพื่อมิให้สังคมได้รับผลกระทบจากการผูกขาดของสิ่งทั่วไป รวมไปถึงองค์ประกอบทางกฎหมายของการเป็นเครื่องหมายการค้าและการกำหนดลักษณะสิทธิเพื่อให้เครื่องหมายได้ทำหน้าที่แยกแยะ สร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าและบริการมิให้สังคมได้เกิดความสับสนและได้รับความเสียหาย¹⁴⁹

กล่าวโดยสรุปสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่กฎหมายกำหนดขึ้นประกอบไปด้วยสองส่วน ได้แก่ ส่วนที่บัญญัติรองรับสิ่งที่มีอยู่แล้ว และ ส่วนที่บัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหา และพัฒนาการของสังคมที่เกิดขึ้นซึ่งแตกต่างกันไปแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งได้กล่าวถึงไปแล้วในส่วนพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และปรัชญา

¹⁴⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 277.

¹⁴⁹ โปรตูดุ บทที่ 2 ประวัติศาสตร์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, น. 15-25.

3.6.4.3 ข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า

(1) ข้อยกเว้นเฉพาะของสิทธิในเครื่องหมายการค้า บทบัญญัติข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้าที่เป็นบทเฉพาะนั้น บัญญัติใน ข้อ 17 ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าในความสำคัญดังนี้ “บรรดารัฐสมาชิกอาจกำหนดให้มีข้อยกเว้นที่จำกัดต่อสิทธิที่เกิดขึ้นจากเครื่องหมายการค้า เช่นการใช้อย่างเป็นธรรมซึ่งข้อความพรรณนาต่าง ๆ ภายใต้เงื่อนไขว่าข้อยกเว้นเช่นนั้นได้คำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สาม”¹⁵⁰ จากบทบัญญัตินี้กล่าว เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบทางกฎหมาย จะเห็นได้ว่าความตกลงทริปส์อนุญาตให้มีการยกเว้นสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ โดยจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของและบุคคลที่สาม การกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายข้างต้นนั้นมีความหมายกว้างเป็นอย่างมาก เนื่องจากความตกลงทริปส์มิได้บอกเงื่อนไขอื่นแต่อย่างใด นอกเหนือเสียจากเงื่อนไขเรื่องการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าของและบุคคลที่สามเท่านั้น ทั้งนี้ความตกลงทริปส์ได้ยกตัวอย่างลักษณะการยกเว้นสิทธิมาหนึ่งประการ ได้แก่ การใช้อย่างเป็นธรรมซึ่งข้อความพรรณนาต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น การใช้ชื่อของตนโดยสุจริตในทางการค้า รวมทั้งการใช้ชื่อตัว ชื่อสกุล และชื่อสำนักงาน และการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าตน เป็นต้น¹⁵¹ กรณีข้างต้นนั้น จะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าข้อความที่ปรากฏอยู่ในตัวบทนี้ในเรื่องการใช้อย่างเป็นธรรมตามข้อความพรรณนาต่าง ๆ เป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งเท่านั้น โดยความตกลงทริปส์ได้ใช้ คำว่า “เช่น (Such As)” เป็นการเปิดกว้างกฎหมายให้มีการตีความตัวอย่างอื่นเพิ่มเติม

เมื่อลักษณะของข้อยกเว้นข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการสร้างข้อยกเว้นของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ความตกลงทริปส์ยังเปิดกว้างให้รัฐกระทำได้ตามเงื่อนไขเรื่องการสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าของสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมได้ ประกอบกับการอ้างเหตุผลอื่นในการสนับสนุนการสร้างข้อยกเว้นของตน ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจึงอยู่ที่การตีความบทบัญญัติที่สร้างขึ้นไว้อย่างกว้างเพื่อให้มีความยืดหยุ่น ในกรณีของของบรรจุกัมภ์แบบเรียบ คือการสร้างข้อยกเว้นจะสามารถยกเอาเหตุผลว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์มาสนับสนุนมาตรการที่สร้างขึ้นได้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าจากงานฉบับนี้ทำให้เชื่อได้ว่าสามารถทำได้ เนื่องจากเหตุผลในการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์นั้น เป็นวัตถุประสงค์และหลักความสมดุลของความตกลงทริปส์ข้อ 8¹⁵² อย่างไรก็ตามการอ้างเหตุผลเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องมีการสร้างมาตรการข้อยกเว้นให้ได้สัดส่วนและมีความเหมาะสมเพื่อเป็นการเคารพทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ด้านสาธารณสุขด้วย

¹⁵⁰ TRIPs Article 17 “Members may provide limited exceptions to the rights conferred by a trademark, such as fair use of descriptive terms, provided that such exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of third parties.”

¹⁵¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 285.

¹⁵² จุมพล ภิบาลสินวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 113*.

(2) การใช้เครื่องหมายการค้าโดยปลอดจากการถูกกีดขวาง บัญญัติเอาไว้ในข้อ 20 ความว่า “การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าจะต้องไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่สมเหตุสมผลโดยข้อกำหนดพิเศษ เช่น ข้อกำหนดที่ห้ามการใช้ร่วมกับเครื่องหมายการค้าอีกอันหนึ่ง ข้อกำหนดที่ให้ใช้เครื่องหมายการค้าในรูปแบบพิเศษ หรือให้ใช้ในลักษณะที่ก่อความเสียหายความสามารถของเครื่องหมายการค้าในการจำแนกสินค้าหรือบริการที่เป็นของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น บทบัญญัติข้างต้นมิให้ใช้บังคับกับข้อกำหนดว่าด้วยการใช้ร่วมกัน แต่ไม่เชื่อมโยงกัน ซึ่งเครื่องหมายที่บ่งชี้กิจการที่ผลิตสินค้าหรือบริการนั้น กับเครื่องหมายการค้าซึ่งจำแนกกว่าเป็นสินค้าหรือบริการดังกล่าวที่เป็นของกิจการนั้น”¹⁵³

บทบัญญัติดังกล่าวเกิดขึ้นจากกรณีทางปฏิบัติที่รัฐบาลรัฐเลือกที่จะสร้างมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเอื้อผลประโยชน์ให้แก่สมาชิกในรัฐตน และลดอิทธิพลที่มาจากเครื่องหมายของรัฐอื่นได้ อันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่อาจถูกยอมรับได้จากหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก โดยรัฐสมาชิกที่เลือกออกมาตรการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้านั้นมาจากเหตุผลที่แตกต่างกันไป อาจสรุปเป็นประเด็นได้แก่ ประเด็นแรก การทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรเพื่อการผลิตและบริโภคสินค้าที่ไม่จำเป็นหรือไม่ตอบสนองต่อความต้องการของสังคม ประเด็นที่สอง การเข้ามาของเครื่องหมายต่างชาติที่เป็นบริษัทข้ามชาติ มักมีศักยภาพในการดึงดูดผู้บริโภคให้มีความจงรักภักดี (Brand Loyalty) ของเครื่องหมายตนได้มากกว่า ทำให้เครื่องหมายของผู้ประกอบการภายในรัฐได้รับผลกระทบ หรือ ประเด็นที่สาม บริษัทข้ามชาติเลือกที่จะส่งออกสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานให้กับรัฐที่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เข้มแข็ง โดยใช้เครื่องหมายของตนเป็นเครื่องมือในการชักจูงผู้บริโภค ทำให้เกิดความเสียหาย¹⁵⁴ ยกตัวอย่างเช่น เม็กซิโก เคยออกกฎหมายว่า ในกรณีมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างผู้อนุญาตที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายต่างชาติกับผู้รับอนุญาตชาวเม็กซิโกเอง ผู้รับอนุญาตภายในเม็กซิโกจะใช้เครื่องหมายต่างชาติได้ก็ต่อเมื่อได้ใช้เครื่องหมายของผู้รับอนุญาตร่วมด้วยกันก่อน¹⁵⁵ ซึ่งลักษณะการกระทำดังกล่าวเป็นการสร้างมาตรการที่เกื้อหนุนประชากรภายในรัฐตนเองมากกว่ารัฐสมาชิกอื่นเป็นกรณีพิเศษ ทำให้เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก

¹⁵³ TRIPs Article 20 “The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark.”

¹⁵⁴ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่* 130, น. 297; see also, Kur A. “TRIPs and Trademark Law,” In Beler and Schricker (eds.), “From GATT to TRIPs – the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights,” *ILC Studeis Vol. 18 Weinheim*, 1996, p. 111.

¹⁵⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *เพ็ญอ้าว*, น. 296; see also, Mexican Act on Inventions and Trademarks 1975, Article 127 and 128.

ลักษณะของบทบัญญัติข้างต้นเป็นการกำหนดว่ามาตรการที่กีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าจะไม่สามารถกระทำได้ โดยความตกลงทริปส์ได้ยกตัวอย่างเอาไว้หลายประการ เช่น ข้อกำหนดที่ห้ามการใช้ร่วมกับเครื่องหมายการค้าอีกอันหนึ่งที่ได้กล่าวถึงในกรณีเม็กซิโกก่อนหน้านี้ รวมไปถึง ข้อกำหนดที่ให้ใช้เครื่องหมายการค้าในรูปแบบพิเศษ ฯลฯ อย่างไรก็ตามเนื้อหาของกฎหมายข้อนี้ยังแสดงคำว่า “เช่น (Such As)” เช่นเดียวกับการนิบัตินิติบัญญัติข้อยกเว้นเฉพาะข้างต้นที่ได้กล่าวไปแล้ว จึงทำให้สามารถตีความได้ว่าอาจมีบทบัญญัติในลักษณะอื่นอีกที่อาจเข้าข่ายการกีดกันเครื่องหมายการค้า เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเปิดโอกาสให้ตีความเพิ่มเติมได้นั่นเอง

สาระสำคัญของบทบัญญัติข้อ 20 ได้แก่ “การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าจะต้องไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่สมเหตุสมผลโดยข้อกำหนดพิเศษ” ข้อความข้างต้นหากตีความย้อนกลับ จะสื่อความหมายได้ว่า “การใช้เครื่องหมายการค้าสามารถถูกกีดกันได้หากข้อกำหนดพิเศษนั้นมีความสมเหตุสมผล” เท่ากับว่า มาตรการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าสามารถกระทำได้หากมีเหตุผลสนับสนุนอย่างเหมาะสม เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อยกเว้นของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าในส่วนก่อนหน้านี้ พบว่ามีลักษณะที่ตรงกัน คือ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้เป็นอำนาจแห่งรัฐสมาชิกนั้นที่จะสร้างข้อยกเว้นหรือกีดขวางการใช้เครื่องหมายการค้าได้ หากมีเหตุผลสนับสนุนที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งในประเด็นว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้นเป็นวัตถุประสงค์ และหนึ่งในข้อบทการสร้างความสะดวกซึ่งได้มีการบัญญัติเอาไว้ในข้อ 8¹⁵⁶ ของความตกลงทริปส์อยู่แล้ว จึงสามารถสรุปได้ว่าการให้เหตุผลเพื่อประกอบการสร้างมาตรการที่ว่าเป็นการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้นสามารถนำมาใช้ได้กับข้อยกเว้นที่เป็นบทเฉพาะของเครื่องหมายการค้าตาม ข้อ 17 รวมไปถึงการออกมาตรการกีดกันการใช้เครื่องหมายตามข้อ 20 โดยในประเด็นนี้ก็มีผู้เห็นว่ามาตรการเพื่อวัตถุประสงค์ในการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าที่รัฐสามารถออกได้อย่างอิสระเพื่อยกเว้นสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น สามารถรวมไปถึงมาตรการเกี่ยวกับการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ได้นอกจากนี้ยังมีการเน้นย้ำว่าการสร้างข้อกีดกันในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วยว่าสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นสินค้าบริโภคที่อันตรายต่อมนุษย์¹⁵⁷ กล่าวคือ มาตรการที่สร้างขึ้นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จากผลิตภัณฑ์ยาสูบสามารถกระทำเพื่อเป็นการยกเว้น หรือ กีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าได้ เพราะมีเหตุผลสนับสนุนที่เหมาะสมแล้ว

¹⁵⁶ TRIPs Article 8, *supra* note 108.

¹⁵⁷ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 130, น. 299. ดร. จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ กล่าวว่า “ในความเห็นของผู้เขียนแนวทางการควบคุมและจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าที่ประเทศสมาชิกอาจนำมาใช้ได้โดยไม่ขัดต่อข้อ 20 ของความตกลงทริปส์ ได้แก่ (3) ข้อกำหนดที่ห้ามใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าบางประเภทที่เป็นอันตรายต่อบุคคลและสิ่งแวดล้อม เช่น บุหรี่ และ เครื่องดื่มแอลกอฮอล์... ซึ่งในบางประเทศกำลังพิจารณาการห้ามใช้เครื่องหมายการค้ากับบุหรี่อย่างเด็ดขาด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะดังกล่าว เป็นสิ่งที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกสามารถกระทำได้ โดยอาศัยเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคม.”

3.5.4.4 ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress)

ลักษณะการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเป็นรากฐานมาจากแนวความคิดในการสร้างความแตกต่างระหว่างสินค้า และพัฒนาเพิ่มเติมในส่วนของการเข้าไปด้วย และเมื่อแนวคิดการคุ้มครองมีการพัฒนาต่อเนื่องทำให้มนุษย์นำเอาสิ่งอื่นที่มีหน้าที่ วัตถุประสงค์ และความคล้ายคลึงเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า มานำเสนอและอธิบายภายใต้กรอบของเครื่องหมายการค้า เพื่อขอรับความคุ้มครองเพิ่มเติมทางกฎหมาย ทำให้ลักษณะของเครื่องหมายได้รับการตีความขยายความออกไปจากเดิมที่เป็นเพียงตราสัญลักษณ์ ก็ปรากฏเครื่องหมายกลิ่น เสียง รูปร่างรูปทรงของวัตถุ และส่วนประกอบสินค้าหรือบริการที่สามารถทำหน้าที่ได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า

การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการเป็นอีกเครื่องหมายอีกรูปแบบหนึ่งที่มีความคุ้มครองภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า ซึ่งส่วนประกอบที่ว่านี้หากพิจารณาถึงบริบทในคำภาษาอังกฤษ คือ Trade Dress หมายถึงหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้า (Packaging of a Product) เพราะมาจากการตีความว่าเป็นสิ่งที่ห่อหุ้มหรือตกแต่งสินค้า (The “Clothes” in which a Product was “Dressed”) แต่ในปัจจุบันส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการมีความหมายกว้างขึ้นไปอีก กล่าวคือ ได้รวมถึงภาพที่ปรากฏทั้งหมดโดยรวมของสินค้าหนึ่ง ตัวอย่างเช่นรูปร่างของตัวกีตาร์ หรือ รูปร่างของที่จุดบุหรี่ เป็นต้น¹⁵⁸ โดยลักษณะของการคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการเป็นอย่างเดียวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เนื่องจากอยู่ภายใต้หลักการแนวคิดและทำหน้าที่อย่างเดียวกัน ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นเจ้าของเครื่องหมายมักนิยมเอาลักษณะภาพรวมของทั้งบรรจุภัณฑ์ของตนที่ปรากฏเครื่องหมายการค้าประกอบกันเพื่อยื่นจดทะเบียนพร้อมกันต่อรัฐ ให้ได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นองค์รวม

ความตกลงทริปส์ข้อ 15 (1)¹⁵⁹ กำหนดความหมายของเครื่องหมายการค้าว่า สัญลักษณ์ใด ๆ หรือการรวมสัญลักษณ์หลาย ๆ สัญลักษณ์เป็นกลุ่ม ที่มีความสามารถในการทำหน้าที่แยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของวิสาหกิจหนึ่งจากสินค้าหรือบริการของวิสาหกิจอื่น” โดยมีการขยายความคำว่า “สัญลักษณ์” ให้หมายถึงโดยเฉพาะคำ รวมถึงชื่อบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนที่เป็นรูปเป็นร่าง และกลุ่มของสี รวมตลอดถึงสัญลักษณ์หนึ่งหรือหลายสัญลักษณ์ที่กล่าวมาประกอบรวมกันขึ้น โดยรัฐสมาชิกอาจกำหนดให้สัญลักษณ์ดังกล่าวมีลักษณะที่มองเห็นได้เป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ก็ได้¹⁶⁰

¹⁵⁸ มรุตส เจมจันทรโสภณ, “การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น. 7.

¹⁵⁹ TRIPs Article 15 “Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible.”

¹⁶⁰ มรุตส เจมจันทรโสภณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 158*, น. 144.

จากการตีความบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่าบางส่วนของสัญลักษณ์ มีลักษณะเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ คือ ส่วนที่เป็นรูปเป็นร่าง (Figurative Elements) และกลุ่มของสี (Combinations of Colours) อันแสดงให้เห็นว่าหากส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการดังกล่าวมีความสามารถที่จะทำให้สินค้าหรือบริการแตกต่างออกจากกัน อย่างเดียวกับที่เครื่องหมายการค้าสามารถทำได้ ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้นก็จะมีลักษณะเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า¹⁶¹ เช่น รูปร่างของสินค้า ฉลาก หีบห่อบรรจุภัณฑ์ เป็นต้น นอกเหนือไปจากความคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าและบริการข้างต้น ความตกลงทริปส์ยังได้เปิดโอกาสไว้ในข้อความส่วนท้ายว่ารัฐสมาชิกมีอำนาจให้ความคุ้มครองในสิ่งที่มีลักษณะมองเห็นได้ หรือในทางตรงข้ามสิ่งที่มองไม่เห็นแต่ทำหน้าที่ได้อย่างเช่นเครื่องหมายการค้าก็สามารถได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน เช่น เสียง หรือ กลิ่น

เมื่อสามารถสรุปได้แล้วว่าส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขประการอื่นอันเป็นองค์ประกอบทางกฎหมาย กล่าวคือ ลักษณะบ่งเฉพาะ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ซึ่งในประเด็นนี้ทำให้ลักษณะการพิจารณามีความซับซ้อนมากขึ้นไปว่า ลักษณะของส่วนประกอบอย่างใดจึงจะมีลักษณะบ่งเฉพาะ เนื่องจากส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้น ส่วนใหญ่มักมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน เช่น บรรจุภัณฑ์ที่เป็นกล่องรูปทรงสี่เหลี่ยม บรรจุภัณฑ์รูปทรงที่เป็นขวดน้ำ จากประสบการณ์ที่พบจากการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะในราชอาณาจักรไทย แสดงให้เห็นว่าลักษณะในทางปฏิบัติผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายมักนิยมนำเอาบรรจุภัณฑ์และเครื่องหมายการค้าขอรับความคุ้มครองในทางทะเบียนในเป็นสิ่งเดียวกัน เนื่องจากทั้งสองต่างมีองค์ประกอบและความเป็นเครื่องหมายการค้าอยู่แล้วทั้งคู่¹⁶² ลักษณะการจดทะเบียนเช่นนี้ ทำให้ลักษณะความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้ขยายออกไปจากตัวของเครื่องหมายเอง ไปถึงบรรจุภัณฑ์หรือหีบห่ออันเป็นส่วนประกอบของเครื่องหมายนั้นไปด้วย ทำให้เจ้าของสิทธิมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการปฏิเสธผู้อื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายรวมถึงส่วนประกอบข้างต้นของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต กล่าวโดยสรุปแล้ว ในการพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายการค้า นั้น นอกเหนือไปจากตราสัญลักษณ์อันเป็นลักษณะพื้นฐานแล้ว ยังต้องพิจารณาส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกัน เพื่อให้สิทธิของเจ้าของสิทธิได้รับการครอบคลุมมากที่สุดด้วย

¹⁶¹ มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, *เพิ่งอ้าง*, น. 145.

¹⁶² โปรดดูตัวอย่าง เครื่องหมายการค้า Marlboro, PM, ING คำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเลขที่ 298235 ได้รับทะเบียนเครื่องหมายเลขที่ ค227052 หรือ เครื่องหมายการค้า Marlboro, Green, Mint คำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเลขที่ 755635 ได้รับทะเบียนเครื่องหมายเลขที่ ค354282, ผู้ขอ ฟิลิป มอร์ริส โปรดักส์ เอส. อา., ยื่นต่อสำนักเครื่องหมายการค้า กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ราชอาณาจักรไทย.

3.6.5 ความคุ้มครองสุขภาพของประชาชนตามปฏิญญาสากลโดฮา

ปฏิญญาสากลโดฮาว่าด้วยข้อตกลงทริปส์และการสาธารณสุข ค.ศ. 2001 เกิดจากเหตุการณ์ที่รัฐสมาชิกทั้งหลายตื่นตัวเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นมาตรฐานเข้มแข็งเช่นเดียวกันทั่วโลก ลักษณะการสร้าง ความคุ้มครองที่มากขึ้นนี้เองทำให้ผลประโยชน์แห่งสาธารณะในบางเรื่องได้รับผลกระทบ และถูกนำมาเป็นประเด็นโต้แย้งโต้เถียงกันเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเรื่อง “สิทธิบัตรยา” เนื่องจากการยินยอมให้มีการกำหนดว่าผลิตภัณฑ์ยาสามารถรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้ สิทธินั้นจะเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ และการเข้าถึงผลิตภัณฑ์ยาจะเป็นไปได้ยากมากยิ่งขึ้น¹⁶³

รัฐสมาชิกจึงมีการเรียกร้องให้มีการเจรจากันในปัญหาดังกล่าวในบริบทของการสร้างกฎหมายให้ส่งเสริมการสาธารณสุข ซึ่งมีการโต้แย้งโต้เถียงกันเป็นอย่างมากระหว่างประเทศที่กำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีการให้ความเห็นที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง โดยเฉพาะร่างปฏิญญาที่ทางกลุ่มประเทศแอฟริกาได้เสนอสาระสำคัญของปฏิญญาว่า “จะต้องไม่เป็นการขัดขวางประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองด้านการสาธารณสุข” ภายหลังแนวความคิดจากร่างดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับ และมีการบัญญัติอยู่ในปฏิญญาโดฮาด้วย¹⁶⁴ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นเบื้องต้นว่า ลักษณะและแนวคิดของปฏิญญาโดฮาที่ได้รับเอาหลักการมาจากกลุ่มประเทศแอฟริกา นั้นเป็นประเด็นการให้ความคุ้มครองแก่ชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์หรือสาธารณสุข โดยเน้นไปที่การรักษาโรคเป็นหลัก ซึ่งตัวปฏิญญาที่สร้างขึ้นมานั้นล้วนแล้วแต่บัญญัติให้มีความสอดคล้องกับเรื่องผลิตภัณฑ์ยา และโรคที่จำต้องอาศัยยาที่มีราคาสูงทำให้อาจเข้าถึงได้ยาก เช่น โรคเอดส์ วัณโรค มาลาเรีย¹⁶⁵ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเนื้อหาทั้งปฏิญญาแล้วพบว่า ปฏิญญาสากลโดฮามีได้เน้นไปที่บริบทของผลิตภัณฑ์ยาเพียงอย่างเดียว แต่ก็มุ่งให้ความคุ้มครองการสาธารณสุขเรื่องอื่นด้วยเช่นกัน ภาพรวมของปฏิญญาจึงเป็นการนำเสนอให้เห็นว่าปฏิญญามุ่งให้มีสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับเรื่องสาธารณสุข โดยความตกลงทริปส์จะต้องไม่เป็นการขัดขวางรัฐสมาชิกในการออกมาตรการเพื่อปกป้องเรื่องสาธารณสุข ซึ่งหมายรวมถึงทุกประเด็นที่เกี่ยวข้อง แต่ที่ปฏิญญามุ่งเน้นคือ (In Particular) เรื่องยาเท่านั้น¹⁶⁶

¹⁶³ Ellen’ t Hoen, “TRIPs, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha,” <http://www.who.int/intellectualproperty/topics/ip/tHoen.pdf>, March 13, 2016, p. 39.

¹⁶⁴ Doha Declaration para. 4 “TRIPs Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health.”

¹⁶⁵ Doha Declaration para. 1 “especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics.”

¹⁶⁶ Doha Declaration para. 4 “should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.”

สถานะของปฏิญญาโดฮาในทางกฎหมายระหว่างประเทศก็มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากจะเป็นตัวแปรสำคัญในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่อไป ในประเด็นนี้มีผู้สรุปสาระสำคัญจากนักนิติศาสตร์ผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความเห็นเรื่องดังกล่าวไว้สองท่าน ได้แก่ Carlos Correa¹⁶⁷ ให้ความเห็นว่า ปฏิญญาโดฮามีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) เนื่องจากเป็นความตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังการทำสนธิสัญญา (Subsequent Agreement) ที่เกี่ยวข้องกับการตีความสนธิสัญญา ซึ่งใช้ประกอบกับบริบทในการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ข้อ 31.3 (เอ) และมีผลเช่นเดียวกับ Authoritative Interpretation ตามข้อ IX.257 ของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก กล่าวคือ ต้องพิจารณาข้อตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังร่วมด้วยในการตีความ นอกจากนี้ James ThuoGathii¹⁶⁸ ให้ความเห็นว่าปฏิญญาโดฮามีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน เนื่องจากปฏิญญาโดฮาเป็นความตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังการทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตีความสนธิสัญญา ซึ่งใช้ประกอบกับบริบทในการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ข้อ 31.3 (เอ) เช่นเดียวกับความเห็นของ Carlos Correa และ ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น เกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา คือ การสร้างความเข้าใจร่วมกันระหว่างสมาชิกขององค์การการค้าโลก เกี่ยวกับการตีความความตกลงทริปส์ จากความเห็นเกี่ยวกับสถานะของปฏิญญาโดฮาดังกล่าวข้างต้น เป็นที่น่าสังเกตว่าปฏิญญาโดฮามักถูกจัดให้อยู่ในสถานะสิ่งที่น่าสนใจมาประกอบการตีความความตกลงทริปส์ที่มีการเปิดช่องเพื่อปกป้องมาตรการทางสาธารณสุขอยู่เสมอ

ความเห็นเกี่ยวกับสถานะของปฏิญญาโดฮาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าปฏิญญาโดฮามักถูกจัดให้อยู่ในสถานะสิ่งที่น่าสนใจมาประกอบการตีความความตกลงทริปส์ ที่มีการเปิดช่องเพื่อปกป้องมาตรการทางสาธารณสุขเสมอ Benn McGrady¹⁶⁹ แห่งสถาบัน O'NEILL ได้กล่าวถึงการตีความปฏิญญาโดฮาประกอบ ข้อ 8 (1) ว่า ความตกลงทริปส์ ควรถูกตีความและถูกนำไปใช้ในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนสิทธิของสมาชิกองค์การการค้าโลกที่จะปกป้องการสาธารณสุขด้วยการสร้างมาตรการรูปแบบต่าง ๆ ดังปรากฏในข้อ 4 ของปฏิญญาโดฮาว่าใช้มาตรการเพื่อปกป้องสาธารณสุข และควรตีความและนำไปปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการให้ความยืดหยุ่นแก่ประเทศสมาชิกในการออกมาตรการตามความเหมาะสมเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์อีกด้วย

¹⁶⁷ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, “การควบคุมการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าของอุตสาหกรรมยาสูบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 76; see also, Carlos Correa, “Implication of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health,” p. 44–45.

¹⁶⁸ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, *เฟิ่งอ้วง*, น. 76-77; see also, James ThuoGathii, “The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPs and Public Health under The Vienna Convention on the Law of Treaties,” p. 299.

¹⁶⁹ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, *เฟิ่งอ้วง*, น. 77; see also, Benn McGrady, “TRIPs and Tobacco Control.”

เนื้อหาของปฏิญญาโดฮาช่วยยืนยันสิทธิของรัฐสมาชิกที่จะใช้บทบัญญัติของความตกลงทริปส์ที่สามารถยืดหยุ่นได้ ในย่อหน้าที่ 5 ของปฏิญญาได้เขียนเพื่อสนับสนุนการตีความที่กำหนดในย่อหน้าที่ 4 สำคัญได้แก่ (1) การนำเอาจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการตีความนั้น จะต้องมีการตีความโดยเคารพวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลงทริปส์ ซึ่งหมายถึง ข้อ 7 และ 8 ของความตกลงทริปส์ (2) รัฐสมาชิกมีสิทธิที่จะบังคับมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory License) ในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนของชาติ และ กรณีเร่งด่วนอย่างยิ่ง ซึ่งทั้งสองส่วนนี้ รัฐสมาชิกมีอำนาจเต็มที่ในการกำหนดลักษณะของเหตุการณ์ดังกล่าว (3) รัฐสมาชิกมีอำนาจที่กำหนดการสิ้นสุดไปของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Exhaustion of Intellectual Property Rights) โดยจะต้องอยู่ภายใต้หลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองและหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับ ความอนุเคราะห์¹⁷⁰ จากเนื้อหาสาระส่วนใหญ่ของปฏิญญาจะเห็นได้ว่า สาระสำคัญของปฏิญญานั้นมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะสิทธิบัตรยาเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึงเรื่องสาธารณสุขประการอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน แต่ที่บทบัญญัติมีการกำหนดเป็นการเฉพาะ อาจจะมีสาเหตุมาจากต้นเหตุของปัญหาเกิดจากการให้ความคุ้มครองในสิทธิบัตรยา นอกเหนือไปจากนี้บทบัญญัติของปฏิญญาโดฮาก็มิได้มีส่วนใดบ่งบอกเลยว่าตัวปฏิญญานี้ใช้บังคับแต่เฉพาะเรื่องสิทธิบัตรยาเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามปฏิญญานี้เลือกที่ใช้คำในการอธิบายเรื่องสิทธิบัตรยาเป็นส่วนเน้นเท่านั้น ทำให้รัฐสมาชิกมีเสรีในการกำหนดมาตรการที่อ้างถึงเหตุผลเรื่อง “สาธารณสุข” เพื่อเป็นการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ในประเด็นอื่นได้เช่นเดียวกัน

¹⁷⁰ Doha Declaration para. 5.

“Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPs Agreement, we recognize that these flexibilities include:

In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPs Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles.

Each member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.

Each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.

The effect of the provisions in the TRIPs Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4.”

การสร้างบทบัญญัติของปฏิญญาโดฮานี้ส่งผลให้มีการตีความตามความตกลงทริปส์โดยต้องเน้นไปถึงกรอบวัตถุประสงค์ในการบัญญัติในข้อ 7 และ 8 ซึ่งในส่วนของข้อ 8 นั้นเป็นประเด็นว่าด้วยสาธารณสุขที่ได้รับการบัญญัติยืนยันอีกครั้งหนึ่ง โดยมีการบัญญัติองค์ประกอบเอาไว้สองส่วน ได้แก่ มาตรการที่ออกโดยอ้างเหตุผลเรื่องสาธารณสุขจะต้องมีความจำเป็น (Necessary) และ มีความเหมาะสม (Appropriate)

องค์ประกอบของความจำเป็นในการปกป้องสาธารณสุขและโภชนาการ มีประเด็นปัญหาอยู่ที่การตีความ คำว่า “ความจำเป็น” ซึ่งในส่วนนี้ได้ทำการศึกษาแล้วในส่วนของความตกลงทริปส์ที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักการขององค์การการค้าโลก กฎเกณฑ์ของบททั่วไป และข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ภายในความตกลงแกตต์ กล่าวคือ การตีความความหมายคำว่า “ความจำเป็น” สามารถอ้างอิงจากการตีความตามบทยกเว้นทั่วไป ข้อ 20 (ปี)¹⁷¹ ซึ่งความจำเป็นหมายถึง มาตรการที่สร้างขึ้นจะต้องพิสูจน์ได้ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณสุข และมาตรการจะต้องมีความจำเป็นถึงขนาดที่ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นใดมาทดแทนได้เพื่อบรรล่วัตถุประสงค์ข้างต้น เช่น ข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes ที่ราชอาณาจักรไทยไม่อนุญาตให้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผลิตขึ้นจากภายนอกราชอาณาจักร โดยอ้างเหตุผลว่าผลิตภัณฑ์ที่นำเข้ามีส่วนผสมที่ดึงดูดใจผู้บริโภคมากกว่าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตภายในราชอาณาจักร เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของประชากร เหตุผลเช่นนี้ไม่สามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากไม่สมเหตุสมผลและมีการเลือกปฏิบัติทางการค้า เพราะ ผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผลิตในราชอาณาจักรไทยยังสามารถจำหน่ายได้ แม้ว่าตัวราชอาณาจักรเองจะอ้างว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์ก็ตาม

เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในย่อหน้าที่ 2¹⁷² ของข้อ 8 ความตกลงทริปส์จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งประสงค์ให้เกิดการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคมนั้น ข้อยกเว้นจะต้องสร้างขึ้นด้วยความเหมาะสมได้สัดส่วนโดยไม่เป็นการละเมิดผู้ทรงสิทธิอย่างเกินสมควร กล่าวคือ แม้มาตรการที่สร้างขึ้นเพื่อยกเว้นจะมีการอ้างเหตุผลในความจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องเรื่องสาธารณสุข อย่างไรก็ตามมาตรการที่ว่านั้นจะต้องเหมาะสม คือ เคารพหลักเกณฑ์ของผู้ทรงสิทธิตามที่ความตกลงทริปส์บัญญัติ ดังนั้น มิใช่ว่าทุกมาตรการจะสามารถออกได้โดยอ้างเหตุผลเรื่องสาธารณสุขเพียงอย่างเดียว แต่จะต้องสอดคล้องบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมไปถึงหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิด้วย

¹⁷¹ World Trade Organization, Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, Ministerial Conference, Fourth Session, Doha, 2001, p.1-2.

¹⁷² TRIPs Article 8 para 2 “Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.”

บทที่ 4

หลักการทางกฎหมายของบรรจุกัญท์สำหรับผลิตภัณฑ์ยาสูบ

มาตรการบรรจุกัญท์แบบเรียบ (Plain Packaging) ถูกสร้างขึ้นโดยอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศ คือ กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control – WHO FCTC) เพื่อวัตถุประสงค์ในการลดจำนวนผู้บริโภคยาสูบทั่วโลก¹ เนื่องจากองค์การอนามัยโลกเห็นว่าสถานการณ์การบริโภคยาสูบในปัจจุบันนั้นส่งผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์อย่างมหาศาล แสดงให้เห็นผ่านทั้งตัวเลขสถิติ รวมไปถึงงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ที่ต่างชี้ไปที่ผลเดียวกันว่า ผลิตภัณฑ์ที่มาจากยาสูบทั้งหลาย เมื่อมีการบริโภคในปริมาณและระยะเวลาหนึ่งจะมีอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ เมื่อสถานการณ์เป็นเช่นนี้ องค์การอนามัยโลกจึงเข้ามามีบทบาทในการสร้างมาตรการบางอย่างเพื่อวัตถุประสงค์ของกรอบความตกลงฯ ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบลงทั้งจากผู้บริโภคอยู่แต่เดิมและผู้ที่กำลังจะเข้ามาบริโภค นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงการคุ้มครองประชาชนในสังคมผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการบริโภคยาสูบของบุคคลอื่นจากการสูดดมควันพิษ ซึ่งทั้งหมดนี้ล้วนมาจากวัตถุประสงค์ขององค์การอนามัยโลก คือ การปกป้องผลประโยชน์ด้านสาธารณสุขของมนุษย์

กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ประกอบไปด้วยมาตรการหลายภาคส่วน ได้แก่ 1. มาตรการด้านภาษีและราคา 2. มาตรการอื่น เช่น มาตรการทางบริหาร มาตรการทางนิติบัญญัติ มาตรการทางการปกครองและมาตรการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิภาพ 3. การปกป้องบุคคลจากการสูดดมควันยาสูบในสถานที่ทำงาน สถานที่สาธารณะซึ่งอยู่ในบริเวณอาคาร ในระบบขนส่งมวลชน และในสถานที่สาธารณะอื่น ๆ 4. การควบคุมค่าของสารต่าง ๆ ที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยเสนอแนวทางในการทดสอบและวัดปริมาณค่าของสารต่าง ๆ ที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ยาสูบและสารต่าง ๆ ที่ปล่อยออกมาจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ 5. เกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ 6. การบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบ 6. การให้การศึกษา การสื่อสาร การฝึกอบรม การสร้างจิตสำนึกของสาธารณชน 7. การห้ามอย่างเต็มรูปแบบ เพื่อมิให้มีการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ การส่งเสริมการขายและการให้การสนับสนุนโดยธุรกิจยาสูบ และ 8. มาตรการลดอุปสงค์ในเพื่อให้เลิกการใช้อย่างสูบและการรักษาผู้ติดยาหรือโดยดำเนินการส่งเสริมการเลิกใช้อย่างสูบในสถานที่สาธารณะต่าง ๆ² มาตรการทั้งแปดนี้เป็นสาระสำคัญที่องค์การอนามัยโลกเห็นว่าจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกรอบความตกลงฯ คือ การลดปริมาณการบริโภค รวมไปถึงการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จากอันตรายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ เพราะ รัฐสมาชิกขององค์การฯ จะต้องนำเอาหลักการไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งจะทำให้การควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

¹ FCTC Preamble.

² FCTC Articles 6-17, Measures Relating to the Reduction of Demand and Supply of Tobacco Products.

มาตรการกำหนดการบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบ (Packaging and Labelling of Tobacco Products) ตามข้อ 11 ประกอบกับมาตรการการห้ามโฆษณาอย่างเต็มรูปแบบ เพื่อมิให้มีการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ การส่งเสริมการขายและการให้การสนับสนุนโดยธุรกิจยาสูบ (Tobacco Advertising, Promotion and Sponsorship) ตามข้อ 13 ภายใต้กรอบความตกลงฯ นี้ เป็นประเด็นทางกฎหมายหลักที่รัฐภาคีสมาชิก³ นำไปใช้ออกมาตรการเพื่อควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ เรียกว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ และมาตรการประกาศป้ายคำเตือน (Warning Sign) ซึ่งองค์การอนามัยโลกเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของบรรจุภัณฑ์เพื่อลดความน่าสนใจด้วยวิธีต่างๆ จะทำให้อัตราการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบลดลง เนื่องจากรูปแบบของข้อความ สี สัน ลวดลาย ความสวยงามของบรรจุภัณฑ์จะถูกนำออกไป และทดแทนด้วยบรรจุภัณฑ์ที่เรียบง่ายไม่ดึงดูด ประกอบกับการเพิ่มประกาศป้ายคำเตือนลงไปในบรรจุภัณฑ์ทั้งที่เป็นข้อความ ประโยค หรือ รูปภาพที่แสดงให้เห็นถึงอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ จะทำให้ผู้บริโภคตระหนักได้ว่าสิ่งที่ตนบริโภคนั้นเป็นสินค้าอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของตน ดังนั้น ผู้บริโภคจะมีแนวโน้มการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ลดลงหรือเลิกบริโภค อันจะเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งขึ้น

ลักษณะของมาตรการที่กล่าวถึงข้างต้นได้ส่งผลกระทบกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอื่นที่ปรากฏภายในสังคมระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่มีรัฐภาคีสมาชิกจำนวนมาก⁴ และส่วนใหญ่ก็เป็นภาคีขององค์การอนามัยโลก สาเหตุที่กฎหมายของทั้งสององค์การอาจมีความขัดแย้งกัน เพราะ ลักษณะของมาตรการที่กำหนดกับบรรจุภัณฑ์ยาสูบอาจเป็นการกีดกันทางการค้าประเภทหนึ่ง ทั้งในส่วนหลักเกณฑ์การค้าตามความตกลงแอกต์ ที่รัฐจะต้องกำหนดมาตรการให้ผู้นำเข้าสินค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบเปลี่ยนแปลงรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ใหม่ทั้งหมด เพื่อให้ตรงตามลักษณะของบรรจุภัณฑ์ที่ตนกำหนดขึ้น ทั้งในลักษณะบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือประกาศป้ายคำเตือนซึ่งล้วนเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้นำเข้าสินค้า และในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริพส์ที่การเปลี่ยนแปลงลักษณะของบรรจุภัณฑ์นั้นไปกระทบสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะเครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ ซึ่งลักษณะของเครื่องหมายและส่วนประกอบจะถูกเปลี่ยนรูปแบบออกไป หรือ มีการลดขนาดลง จึงทำให้ตัวเครื่องหมายไม่ต้องตรงตามลักษณะเดิมที่เจ้าของสิทธิได้มีการใช้ และขอรับความคุ้มครองทางทะเบียน ส่งผลให้มีการร้องเรียนจากผู้ได้รับผลกระทบต่อองค์การวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ดังนั้น งานฉบับนี้จะมุ่งวินิจฉัยที่ความเหมาะสมได้สัดส่วนและความชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงหลักการเบื้องหลังของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยการสร้างความสมดุล โดยในส่วนนี้จะได้นำเสนอถึงหลักการของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ รวมไปถึงลักษณะของมาตรการที่รัฐผู้อนุมัติการกฎหมายเลือกใช้อย่าง

³ Parties to the Framework Convention on Tobacco Control. Available at: http://www.who.int/fctc/signatories_parties/en/.

⁴ Parties to the General Agreement on Tariffs and Trade. Available at: http://www.wto.org/english/thewto_e/gattmem_e.htm.

4.1 หลักการและแนวคิดของบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ

4.1.1 สถานการณ์และผลกระทบจากการบริโภคยาสูบของมนุษย์

ผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นหนึ่งในสินค้ายอดนิยมตลอดกาลในตลาดโลกตั้งแต่อดีตที่มีการวางจำหน่ายจนถึงปัจจุบัน แสดงให้เห็นถึงความนิยมของผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี เพราะจากสถิติที่นำเสนอต่อไปนี้จะเห็นได้ว่าอัตราการบริโภคยาสูบของประชากรโลกนับว่าสูงมาก เมื่อมีการเปรียบเทียบกับสินค้าบริโภคชนิดอื่น โดยความนิยมดังกล่าวนั้นก็มาจากหลายปัจจัยด้วยกัน อย่างไรก็ตามปัจจัยที่จากการศึกษาพบว่ามียาสูบมากที่สุดปัจจัยหนึ่ง คือ การสร้างอัตลักษณ์ของยาสูบ ซึ่งทางบริษัทผู้ผลิตยาสูบได้ใช้สื่อมากมายในการนำเสนอว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นเป็นสินค้าบริโภคปกติปราศจากอันตราย ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณา การจัดให้ตัวละครในภาพยนตร์บริโภคยาสูบ การขยายฐานการผลิตไปยังสินค้าประเภทอื่น รวมไปถึงการใช้พื้นที่บนซองบรรจุภัณฑ์ให้มีความสวยงาม

สำหรับผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นจัดได้ว่ามีลักษณะพิเศษเป็นอย่างยิ่ง เพราะแม้การบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบจะเป็นอันตรายต่อร่างกายมนุษย์อย่างร้ายแรง เนื่องจากตัวผลิตภัณฑ์มีสารพิษซึ่งทำให้เกิดโรคร้ายชนิดต่าง ๆ แต่กว่าที่สารพิษเหล่านี้จะส่งผลต่อร่างกายมนุษย์ก็จะต้องใช้ระยะเวลาการบริโภคเป็นช่วงเวลานานพอสมควร จากคุณลักษณะนี้เองทำให้พฤติกรรมบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบของมนุษย์เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งปฏิเสธไม่ได้เลยว่าผู้ที่เลือกบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นจำนวนมากมิได้ตระหนักถึงอันตรายที่เกิดจากการบริโภค ดังนั้นสถานการณ์ในโลกยุคปัจจุบันนี้นับว่าเป็นช่วงเวลาสำหรับผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ตั้งแต่ช่วงแรกที่ยาสูบมีการจำหน่ายเริ่มเจ็บป่วยและเสียชีวิตกันอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้องค์การอนามัยโลกตระหนักถึงปัญหาการบริโภคนี้อย่างจริงจังและริเริ่มกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันผลร้ายที่จะเกิดขึ้น จากการสำรวจสถิติการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบทั่วโลกในปัจจุบันนั้นมีจำนวนที่สูงมาก สังเกตได้จากผลกำไรที่ผู้ผลิตยาสูบได้รับอย่างมหาศาล รวมไปถึงมูลค่าของตราการค้าที่หนึ่งในบริษัทผู้ผลิตก็เป็นเจ้าของตราการค้าที่มีมูลค่ามากที่สุดติดลำดับหนึ่งในห้าสิบลำดับแรกของโลก⁵ นอกเหนือไปจากอัตราส่วนด้านกำไรแล้ว ความเป็นที่รู้จักหรือแพร่หลายของผลิตภัณฑ์ก็ยังอยู่ในลำดับที่สูงมาก ทั้งนี้ผู้ประกอบการด้านผลิตภัณฑ์ยาสูบ ยังสามารถสร้างสรรค์รสชาติใหม่ ๆ ให้กับตัวยาเพิ่มเติมมากขึ้นจากเดิมที่มีอยู่แล้ว ทำให้กลุ่มผู้บริโภคยาสูบมีทุกเพศ ทุกวัยทำให้นักสูบหน้าใหม่ก็ถูกดึงดูดจากผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นจำนวนมากเช่นเดียวกัน ไม่ว่าทั้งทางโฆษณา การประชาสัมพันธ์ และการสร้างบรรจุภัณฑ์ให้มีความดึงดูดมากขึ้น

⁵ จากการสำรวจของนิตยสาร Forbes ตราการค้า Marlboro เป็นตราการค้าที่มีมูลค่าหนึ่งหมื่นเก้าพันเจ็ดร้อยล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นตราการค้าที่มีมูลค่ามากที่สุดลำดับที่ 27 ของโลก, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2559, จาก <http://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>.

องค์การอนามัยโลกได้ประมาณการณ์ว่าจะมีคนตายจากผลิตภัณฑ์ยาสูบถึง 4.2 ล้านคนต่อปี ซึ่งหากการประมาณการณ์ข้างต้นนี้ยังคงดำเนินต่อไป ภายในปี ค.ศ. 2030 จำนวนผู้เสียชีวิตจะเพิ่มขึ้นเป็น 10 ล้านคนต่อปี⁶ โดย 70% จะเป็นผู้สูบบุหรี่ในรัฐที่ประชากรมีรายได้น้อย และรายได้ปานกลาง⁷ สำหรับราชอาณาจักรไทยเองจากสถิติการสำรวจความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้น เมื่อพิจารณาจากรายงานสรุปสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของประเทศไทยที่ทำการสำรวจไว้เมื่อปี พ.ศ. 2557⁸ โดยศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.) กล่าวว่า ในปี พ.ศ. 2556 พบว่าประชากรไทยอายุ 15 ปี ขึ้นไปบริโภคยาสูบ 10.77 ล้านคน (19.94%) อัตราการบริโภคยาสูบของเพศชายเท่ากับ 39% เพศหญิงเท่ากับ 2.05% เมื่อพิจารณาการบริโภคยาสูบของประชากรไทย อายุ 15 ปี ขึ้นไปในรอบ 22 ปี ที่ผ่านมา (พ.ศ. 2534-2556) พบว่ามีแนวโน้มลดลง โดยมีอัตราการเปลี่ยนแปลงเท่ากับ 37.7% กล่าวคือ ประชากรไทยอายุ 15 ปีขึ้นไปที่บริโภคยาสูบในปี พ.ศ. 2534 มีจำนวน 12.26 ล้านคน (32.00%) ลดลงเป็น 10.9 ล้านคน (20.7%) ในปี พ.ศ. 2552 แต่ในปี พ.ศ. 2554 กลับเพิ่มขึ้นเล็กน้อยเป็น 11.50 ล้านคน (21.4%) และกลับลดลงอีกในปี พ.ศ. 2556 เป็น 10.77 ล้านคน (19.94%) ซึ่งต่ำกว่าปี 2552 แต่ยังไม่บรรลุเป้าหมาย (ภายในปี 2557) ที่ 18.6% จากข้อมูลข้างต้นหากเราพิจารณาจากข้อมูลเดิมเมื่อปี พ.ศ. 2554⁹ นั้น แสดงให้เห็นว่ามีประชากรไทยอายุ 15 ปีขึ้นไปที่สูบบุหรี่อยู่ประมาณ 11.51 ล้านคน โดยแบ่งเป็นเพศชาย 10.92 ล้านคนและเพศหญิง 5.93 ล้านคน จะเห็นได้ว่าแม้ว่าปริมาณการบริโภคยาสูบจะลดลงด้วยการใช้มาตรการทางภาษีเพื่อปรับให้ราคาของผลิตภัณฑ์สูงขึ้น อย่างไรก็ตามอัตราการบริโภคโดยรวมก็ยังคงอยู่ในระดับที่สูงมาก เพราะจำนวนประชากรที่ยังเลือกบริโภคยาสูบในประเทศไทยมีมากกว่า 10 ล้านคน จากผลสำรวจลักษณะการบริโภคยาสูบทางสถิติที่แสดงให้เห็นถึงปริมาณของประชากรภายในรัฐที่มากมายมหาศาลเช่นนี้ ส่งผลให้เกิดความเสียหายทั้งที่เกิดขึ้นต่อชีวิตและสุขภาพของบุคคลผู้บริโภคเองโดยตรง และยังรวมไปถึงผู้ที่ไม่บริโภคที่จะต้องได้รับความเสี่ยงจากควันบุหรี่โดยไม่พึงประสงค์จากการบริโภคของคนกลุ่มแรกอีกด้วย

⁶ สาวตรี สุขศรี, “โครงการสำรวจกฎหมายควบคุมยาสูบ: การฟ้องคดียาสูบและคำพิพากษาคดีในต่างประเทศ เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการคุ้มครอง และเยียวยาสุขภาพของผู้สูบบุหรี่ที่ไม่สูบบุหรี่ ผ่านการฟ้องคดีบริษัทหรือกลุ่มอุตสาหกรรมในประเทศไทย,” สำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ, กรมควบคุมโรค, 2556, น. 1.

⁷ Judith Mackay and Michael Eriksen, *The Tobacco Atlas*, (1st Edition, Brighton Myriad Editions Limited, 2002), p. 36-37.

⁸ รายงานสรุปสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของประเทศไทย พ.ศ. 2557 โดยศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, <http://ihppthaigov.net/DB/publication/attachbook/166/chapter1.pdf>.

⁹ สรุปสถานการณ์การควบคุมการบริโภคยาสูบของประเทศไทย พ.ศ. 2555 โดยศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.)

นอกจากนี้การการบริโภคยาสูบยังก่อให้เกิดภาระด้านงบประมาณแก่รัฐในการดูแลสุขภาพหรือบำบัดรักษาโรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริโภคยาสูบ (Smoking Related Diseases) เนื่องจากผลกระทบที่เกิดมาจากการขาดกำลังผลิตสินค้าและบริการ ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพ จากผู้ที่บริโภค ในประเด็นนี้มีนักเศรษฐศาสตร์ของธนาคารโลกประมาณการณ์ว่าการบริโภคยาสูบ 1,000 ตัน จะทำให้โลกเสียหายเป็นมูลค่า 27 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ต่อปี และยาสูบจะทำให้ระบบเศรษฐกิจโลกเสียหายเป็นมูลค่า 200,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ต่อปี เมื่อคำนึงถึงค่าใช้จ่ายด้านสาธารณสุข การเสียกำลังการผลิต และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ รวมด้วย¹⁰ นอกเหนือไปจากความเสียหายภาพรวมข้างต้น ในประเทศไทยเองจากการประมาณการความสูญเสียทางเศรษฐกิจพบว่า มี ค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกี่ยวกับการดูแลรักษาโรคเกี่ยวกับการสูบบุหรี่เท่ากับ 43.6 พันล้านบาท หรือคิดเป็นร้อยละ 0.5 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP) โดยแบ่งเป็นค่าใช้จ่ายทางตรงทางการแพทย์ 14,956 ล้านบาท, ค่าใช้จ่ายทางอ้อมทางการแพทย์ 952 ล้านบาท, การสูญเสียผลิตภาพจากการขาดงานของผู้ป่วยประมาณ 359 ล้านบาท, การสูญเสียผลิตภาพจากการขาดงานของผู้ดูแลผู้ป่วย 134 ล้านบาท และการสูญเสียผลิตภาพจากการตายก่อนวัยอันควรอีก 29,984 ล้านบาท ซึ่งผลกระทบด้านการเงินที่เกิดขึ้นนี้ไม่เพียงแต่เกิดกับประเทศในภาพรวมเท่านั้น หากแต่ยังกระทบกับรายจ่ายของผู้สูบบุหรี่เป็นรายบุคคลด้วย เพราะจากการวิเคราะห์ข้อมูลพบว่า ในปี พ.ศ. 2555 ค่าใช้จ่ายจริงของผู้สูบบุหรี่หรือบุหรี่ชิกาแรตเพียงอย่างเดียวจะสูบบุหรี่เฉลี่ยวันละ 13 มวน ทำให้มีค่าใช้จ่ายเฉลี่ยวันละ 81.84 บาท จึงประมาณการได้ว่าผู้สูบบุหรี่จะมีค่าใช้จ่ายเพื่อการสูบบุหรี่เฉลี่ยเดือนละประมาณ 2,455 บาทหรือปีละประมาณ 29,464 บาท¹¹

ความเสียหายที่ผลิตภัณฑ์ยาสูบได้สร้างขึ้นส่งผลทำให้หลายฝ่ายริเริ่มที่จะจัดทำแนวทางการแก้ไขปัญา โดยบุคคลจากหลากหลายสาขาวิชาไม่ว่าจะภาควิทยาศาสตร์ที่ทำการวิจัยอันตรายจากการบริโภคยาสูบ นักเศรษฐศาสตร์ที่คำนวณความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภค รวมไปถึงนักนิติศาสตร์ที่เริ่มนำเอาแนวคิดเรื่องการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ยกขึ้นเพื่อสร้างกฎหมายเข้ามาควบคุมปริมาณการบริโภคของผลิตภัณฑ์ยาสูบทั้งในระดับรัฐและระดับระหว่างรัฐ ซึ่งภาคส่วนที่เป็นประเด็นศึกษาของงานฉบับนี้ได้แก่ลักษณะการออกมาตรการ หรือบทบัญญัติในเชิงกฎหมายเพื่อเข้ามาควบคุมปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบของมนุษย์

¹⁰ สาวตรี สุขศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 2-3; โปรตดู, ประภาพรรณ เทวกุล ณ อยุธยา, รายงานจากธนาคารโลก: พัฒนาการทางปฏิบัติหยุดการแพร่ภัยบุหรี่ สิ่งทีรัฐต้องทำและผลได้เสียทางเศรษฐกิจของการควบคุมยาสูบ, (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์ชุมชนสหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทย จำกัด, 2543), น. 1.

¹¹ Kanitta Bundhamcharoen, "Economic Burden from Smoking Related Diseases in Thailand in 2009," *National Burden of Disease*, International Health Policy Program, 2012.

4.1.2 แนวคิดและพัฒนาการของบรรจุกณ์ท์แบบเรียบ

บรรจุกณ์ท์แบบเรียบเริ่มมีบทบาทและได้รับความสนใจจากวงการกฎหมายระหว่างประเทศในช่วงปี ค.ศ. 2010-2011 มาตรการดังกล่าวถูกบัญญัติภายใต้หลักเกณฑ์ของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกที่กำหนดมาตรการให้รัฐภาคีสมาชิกนำไปปรับใช้อนุวัติการภายใต้วัตถุประสงค์ คือ การลดปริมาณการบริโภคยาสูบและผลิตภัณฑ์อย่างอื่นที่เกี่ยวข้องเช่น ยาเส้น หรือ บุหรี่ เป็นต้น ผ่านแนวคิดเบื้องหลังคือการห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาดตามข้อ 13 ประกอบกับการกำหนดลักษณะของบรรจุกณ์ท์รวมถึงการติดฉลากตามข้อ 11 ที่บรรจุกณ์ท์จะต้องมีองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้รวมถึงมีประกาศป้ายคำเตือน อย่างไรก็ตามทั้งสองข้อบทที่กล่าวถึงเป็นเพียงการบัญญัติแนวทางให้รัฐปฏิบัติตามอย่างกว้าง ซึ่งขึ้นกับรัฐว่าจะเลือกบังคับใช้และปฏิบัติอย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ของแต่ละรัฐ¹² กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายอย่างกว้างก็เพื่อให้สมาชิกมีอิสระในการตีความนำไปปรับใช้และอนุวัติการกฎหมายให้เหมาะสมกับบริบทตน

การอนุวัติการกฎหมายข้างต้น ส่งผลให้มีการสร้างมาตรการที่แตกต่างในรายละเอียดกันไปแต่ละรัฐ แต่สำหรับมาตรการที่ได้รับความสนใจและมีผลกระทบต่อบริบทของกฎหมายอื่นมีด้วยกันสองส่วน ส่วนแรกคือมาตรการบรรจุกณ์ท์แบบเรียบที่สร้างโดยออสเตรเลียเป็นรัฐแรก ผลของมาตรการดังกล่าวทำให้บรรจุกณ์ท์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือของบุหรี่ปริมาณที่ปรากฏเครื่องหมายการค้าที่เป็นเครื่องหมายของผู้ผลิตในรูปของตัวอักษรที่เป็นกลุ่มคำประดิษฐ์ เช่น Marlboro, Dunhill หรือ Mild Seven ฯลฯ ประกอบด้วยรูปประดิษฐ์ที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของตราการค้าดังกล่าว เช่น Marlboro จะมีรูปประดิษฐ์เป็นภาพม้า ทั้งนี้สีสันของซองที่แสดงถึงประเภทของบุหรี่ปริมาณ เช่น สีฟ้า หมายถึงประเภทเย็น สีขาวหมายถึงรสอ่อน และสีแดงหมายถึงประเภทให้ความร้อนจะต้องเปลี่ยนเป็นสีเขียว (Olive Green) โดยห้ามปรากฏรูปภาพประดิษฐ์ และข้อความที่ปรากฏเอกลักษณ์ผ่านรูปแบบตัวอักษร (Font) จะต้องเปลี่ยนแปลงให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด¹³

นอกจากนี้ในส่วนที่สองนั้นบางรัฐก็เลือกที่จะใช้เฉพาะมาตรการคำเตือนบนซองบุหรี่ปริมาณ โดยยินยอมให้เครื่องหมายการค้ายังคงรูปแบบเดิม หรือตัดออกไปบางส่วนโดยการย่อขนาดลง เช่น เครื่องหมายการค้า Marlboro ยังคงรูปแบบของตัวอักษรไว้เช่นเดิม แต่ให้ตัดเอารูปประดิษฐ์ออกไปทั้งหมด การสร้างมาตรการเช่นนี้ก็มาจากแนวคิดที่ว่า การเปลี่ยนรูปแบบของบรรจุกณ์ท์ให้มีความน่าสนใจน้อยลงจะทำให้บรรลุดัชนีประสงคเื่องการลดปริมาณผู้บริโภค อย่างไรก็ตามการสร้างมาตรการจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างกว้าง ย่อมทำให้เกิดการตีความได้อย่างหลากหลาย และการตีความจำนวนไม่น้อยที่เห็นว่ามาตรการในลักษณะนี้เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับหลักเสรีทางการค้า รวมไปถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับผลกระทบโดยตรงไม่ว่าจะเป็นมาตรการบรรจุกณ์ท์แบบเรียบหรือมาตรการป้ายคำเตือนที่ส่งผลกระทบต่อผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบ

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, “กฎหมายว่าด้วยการจัดการทำของบุหรี่ปริมาณแบบเรียบหรือของบุหรี่ปริมาณมาตรฐาน,” วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 30, ฉบับที่ 1, น. 50-51.

¹³ เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *เพิ่งอ้าง*, น. 51-52.

4.2 หลักเกณฑ์ของบรรจุกัญธยาสูบตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

4.2.1 หลักเกณฑ์พื้นฐานของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบมีการกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบเอาไว้หลายประการด้วยกันทั้งมาตรการทางภาษีและมีใช้ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมปริมาณการบริโภคยาสูบ แต่ในส่วนงานฉบับนี้จะขอนำเสนอเพียงมาตรการที่มีใช้ทางภาษี ในสองข้อบทย่อยที่ถูกลำเอียงมากล่าวอ้างเพื่อสร้างเป็นมาตรการที่ใช้บังคับแก่บรรจุกัญธยาสูบ ได้แก่ มาตรการว่าด้วยการห้ามโฆษณา และ มาตรการการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุกัญธยาสูบ โดยรายละเอียดของทั้งสองมาตรการนั้นในเชิงทฤษฎีจะต้องแยกพิจารณาออกจากกัน แม้ว่าผลในทางปฏิบัติรัฐผู้อนุวัติการกฎหมายจะต้องมีการรวมเอาทั้งสองข้อบทย่อยมาบังคับใช้ร่วมกันก็ตาม สำหรับรายละเอียดสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.2.1.1 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ

การโฆษณาเป็นวิธีการสำคัญทางการค้าเพราะเป็นการสื่อสารทางการตลาดระหว่างเจ้าของสินค้า หรือระหว่างผู้จำหน่ายกับผู้บริโภคอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะการโฆษณาจะทำให้ผู้บริโภคได้ทราบถึงตราการค้า ที่มา หรือ คุณภาพ ฯลฯ ของสินค้าเหล่านั้น ซึ่งการโฆษณาสามารถกระทำได้หลากหลายวิธีการ ทั้งอาศัยสื่อสิ่งพิมพ์ สื่อโทรทัศน์ วิทยุ หรืออาศัยตัวบุคคลในการประชาสัมพันธ์สินค้าของผู้ผลิต¹⁴ ซึ่งปฏิเสธไม่ได้เลยว่าตราการค้าหรือเครื่องหมายการค้าก็เป็นส่วนหนึ่งที่ผู้ทำการค้าใช้ในการแสดงถึงสินค้าหรือบริการของตน จึงเปรียบเสมือนเป็นสิ่งแทนที่ประชาชนผู้บริโภคสามารถจดจำรายละเอียดได้ อย่างไรก็ตามแต่เดิมนั้นก็มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ก่อนแล้วในประเด็นการห้ามมิให้ใช้วิธีการโฆษณาเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ แต่ก็เพียงเฉพาะการโฆษณาประชาสัมพันธ์เท่านั้น มิได้หมายรวมไปถึงการใช้ตราการค้าหรือเครื่องหมายการค้าที่ประทับหรือแสดงให้เห็นบนบรรจุภัณฑ์ด้วย ในการนี้ทำให้องค์การอนามัยโลกเล็งเห็นความสำคัญและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหากปล่อยให้มีการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบอย่างแพร่หลาย เพราะอาจทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อผู้บริโภคโดยเฉพาะเยาวชนที่อาจสับสนหรือหลงผิดไปว่ายาสูบนี้เมื่อบริโภคแล้วมิได้เป็นอันตรายต่อร่างกายซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพ โดยปัจจุบันนี้บรรจุกัญธยาของผลิตภัณฑ์ยาสูบกำลังทำหน้าที่ดังกล่าวอยู่ ดังนั้นองค์การฯ จึงสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อบังคับมิให้มีการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ในข้อ 13 (1)¹⁵ ของกรอบความตกลงฯ สรุปใจความได้ว่า

¹⁴ เอื้ออารีย์ อังจะนิล, เพิ่งอ้าง, น. 53.

¹⁵ แพลและสรุปความจาก FCTC Article 13 (1) “Parties recognize that a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship would reduce the consumption of tobacco products.”

“(1) รัฐภาคีสมาชิกเข้าใจและรับรู้ว่าห้ามมิให้มีการโฆษณาและการสนับสนุนโดยเด็ดขาดเพื่อเป็นการลดจำนวนผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ” อ่านประกอบกับย่อหน้าที่ (4) ข้อ (เอ)¹⁶ “ในฐานะมาตรฐานขั้นต่ำรัฐภาคีสมาชิกจะต้องห้ามการโฆษณาและการสนับสนุนทุกรูปแบบที่อาจนำไปสู่การหลอกลวง การเข้าใจผิดในลักษณะทางกายภาพ ผลกระทบต่อสุขภาพ หรือความอันตรายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ” ในบริบทเรื่องนี้ ประเด็นที่ควรพิจารณาเป็นอย่างยิ่ง คือ การโฆษณานั้นมีความหมายถึงเรื่องใดบ้าง เนื่องจากการพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะต้องอาศัยหลักวิชาอื่นเพื่อประกอบการตีความเฉพาะเรื่องด้วย ดังนั้นก่อนที่จะทำการวิเคราะห์บทบัญญัติ จะขอกล่าวถึงหลักวิชาทางนิติศาสตร์ว่าด้วยการโฆษณาเป็นลำดับแรกเพื่อสร้างความเข้าใจในความหมายให้ตรงกัน กล่าวคือ คำว่า “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำโดยไม่ว่าวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และให้หมายความรวมถึงการสื่อสารการตลาดซึ่งหมายถึง การกระทำกิจกรรมในรูปแบบต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้าบริการ หรือภาพลักษณ์ การประชาสัมพันธ์ การเผยแพร่ ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดงสินค้า การจัดหรือสนับสนุนให้มีการจัดกิจกรรมพิเศษ และการตลาดแบบทางตรง¹⁷ ซึ่งจากความหมายข้างต้นนั้น อาจพิจารณาได้ว่าความหมายของการโฆษณานั้นกว้างเป็นอย่างยิ่ง เพราะขอบเขตนั้นหมายรวมถึงการกระทำทุกอย่างเพื่อให้ประชาชนรับทราบถึงข้อความในเรื่องการค้า โดยภายในคำนิยามได้มีการใช้คำว่า “การกระทำไม่ว่าวิธีใด ๆ” นั้นมีประเด็นว่าจะหมายรวมถึงการใช้ตราการค้าหรือเครื่องหมายการค้าด้วยหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วว่าพบการใช้ย้อมเป็นการกระทำชนิดหนึ่ง และเครื่องหมายการค้าโดยตัวของมันเองก็มีลักษณะมุ่งประสงค์ให้ประชาชนรับทราบถึงลักษณะของสินค้าอยู่แล้ว เพราะ วัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าก็เพื่อให้สังคมรับทราบถึงลักษณะหลายประการของสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะเป็น ความเป็นเจ้าของ ที่มา คุณสมบัติ ฯลฯ จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นการโฆษณาชนิดหนึ่ง ดังนั้น ประเด็นปัญหาจึงตกอยู่ว่าการห้ามโฆษณาในประเด็นเครื่องหมายการค้านี้สามารถห้ามด้วยวิธีใดได้บ้าง ในเบื้องต้นหากวิเคราะห์จากบทบัญญัติแล้ว การห้ามโฆษณา คือ การห้ามใช้เครื่องหมายการค้าของตนเอง เพราะบทบัญญัติแห่งกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า จะต้องมีการห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาด (Comprehensive Ban) ต่อผลิตภัณฑ์ยาสูบทุกชนิด แต่ในเบื้องต้นนั้นการตีความเช่นนี้อาจถูกโต้แย้งได้ด้วยบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้เช่นเดียวกัน

¹⁶ แปลและสรุปความจาก FCTC Article 13 (4) a “prohibit all forms of tobacco advertising, promotion and sponsorship that promote a tobacco product by any means that are false, misleading or deceptive or likely to create an erroneous impression about its characteristics, health effects, hazards or emissions.”

¹⁷ บุญอยู่ ขอพรประเสริฐ, การวิเคราะห์โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์: แนวคิดและหลักการทางนิติศาสตร์, เอกสารประกอบการประชุมชี้แจงอนุบัญญัติที่ออกมาใหม่ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 (รุ่นที่ 1), 2558, น. 1.

เมื่อพิจารณาจากมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่รัฐออสเตรเลียได้สร้างขึ้นนั้น ได้มีการตีความว่าการห้ามใช้โฆษณา คือ การเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายหรือตราการค้าให้มีความเรียบง่าย และถูกจดจำได้น้อยที่สุด ด้วยแนวคิดเช่นนี้บรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบที่กำหนดตามกฎหมายออสเตรเลียจึงมีการเปลี่ยนแปลงหลักทั้งหมดสามส่วนได้แก่ 1. การเปลี่ยนรูปแบบของตัวอักษรจากที่ออกแบบไว้เดิม 2. การเปลี่ยนแปลงสีสັນให้เป็นสีเดียวกัน และลวดลายบนบรรจุภัณฑ์ออกทั้งหมด 3. การลบรูปภาพประติษฐ์ (ถ้ามี) ออกไปจากบรรจุภัณฑ์ เท่ากับว่าออสเตรเลียยินยอมให้มีการใช้เครื่องหมายคำ (Word Mark) เพื่อทำหน้าที่ตามวัตถุประสงค์เท่านั้น คือ การจำแนกแยกแยะสินค้ายาสูบ แต่เป็นการลดประสิทธิภาพดังกล่าวลงไป ยกตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า Marlboro ประกอบไปด้วยสามส่วนได้แก่ คำประติษฐ์ คือ Marlboro ที่แต่งแบบอักษรให้มีลักษณะพิเศษ รูปประติษฐ์เป็นภาพม้า และ ลวดลายและสีสັນบนบรรจุภัณฑ์ หลังมีการปรับเปลี่ยนโดยมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบแล้วก็จะคงเหลือเพียง คำประติษฐ์ Marlboro ที่ถอดรูปแบบอักษรออกแล้ว เช่นนี้ออสเตรเลียจึงอ้างว่าตนมิได้ละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด เพราะเจ้าของสิทธิยังสามารถใช้เครื่องหมายของตนจำแนกสินค้าได้ เพียงแต่เป็นการปรับลดบางส่วนลงที่ไม่ถึงกับทำให้เครื่องหมายไม่ปรากฏ อย่างไรก็ตามประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจคือการทำให้เครื่องหมายดังกล่าวเปลี่ยนแปลงรูปร่างไปจากที่เจ้าของเครื่องหมายได้มีการสร้างสรรค์ขึ้น จะเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยชอบธรรมหรือไม่เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

นอกเหนือไปจากประเด็นการนำเสนอถึงนิยามของการโฆษณาและปรับใช้กับปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว อีกประเด็นหนึ่งบัญญัติไว้ในส่วนข้อ 13 (4) เอ คือ การโฆษณาที่ก่อให้เกิด “การหลอกลวง การเข้าใจผิดในลักษณะทางกายภาพ ผลกระทบต่อสุขภาพ หรือความอันตรายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ” เหล่านี้จัดเป็นการโฆษณาที่ต้องห้าม ซึ่งบทบัญญัติที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมีข้อความสาระสำคัญต้องตรงกับ ข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในบทก่อนหน้านี้ โดยในข้อเท็จจริงที่ปรากฏในข้อพิพาทส่วนหนึ่งปรากฏว่า องค์การอนามัยโลกได้วิเคราะห์พฤติกรรมการสร้างอัตลักษณ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบว่าเป็นภาพมายาคติที่หลอกลวง (False Illusion)¹⁸ เพราะประชาชนทั่วไปมักเข้าใจว่าการบริโภคยาสูบมีใช้สิ่งอันตรายและสามารถบริโภคได้อย่างปลอดภัย จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าแนวคิดที่สนับสนุนเรื่องสนธิสัญญาควบคุมยาสูบนี้มีปรากฏตั้งแต่ต้นในสาเหตุเรื่องการสร้างความเข้าใจผิดเกี่ยวกับอันตรายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ ดังนั้น จากข้อมูลที่ศึกษาจึงอาจทำให้เข้าใจได้ว่าการโฆษณาตามบทบัญญัตินี้ต้องเป็นการทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญของสินค้าซึ่งเป็นลักษณะการกระทำที่องค์การอนามัยโลกให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง จึงนำไปสู่ประเด็นที่ว่า การใช้ตราการค้าหรือเครื่องหมายการค้าอาจก่อให้เกิดความสับสนและเข้าใจผิดตามลักษณะที่กฎหมายกำหนดต้องห้ามเอาไว้ข้างต้น เพราะความสวยงามของบรรจุภัณฑ์อาจเป็นที่ดึงดูดชวนให้สับสนหลงผิดได้

¹⁸ Panel Report, Thailand – Cigarettes (1990), para. 27 and 53.

4.2.1.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์

บรรจุภัณฑ์ของสินค้าอาจเป็นวิธีการโฆษณาแบบหนึ่งที่มีประสิทธิภาพเนื่องจากข้อความ สี สัน และรูปลักษณะล้วนเป็นการสื่อให้ผู้บริโภคทราบได้ถึงคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์ได้ดี ทั้งนี้รูปลักษณะของบรรจุภัณฑ์ยังสร้างความเข้าใจผิดต่อผู้บริโภคว่าผลิตภัณฑ์สินค้ายาสูบเป็นผลิตภัณฑ์บริโภคปกติและไม่มีอันตราย อย่างไรก็ตามดังที่อธิบายไปแล้วในภาคส่วนของเครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress) ที่ทั้งสองอย่างนั้นต่างมีขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการแยกแยะสินค้าและบริการ ตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า ดังนั้นในประเด็นนี้เองทำให้ทั้งสองกฎหมายมีบริบทพิพาทกัน เพราะมาตรการที่สร้างขึ้นส่งผลกระทบต่อผู้ทรงสิทธิในผลิตภัณฑ์ยาสูบตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสองส่วนข้างต้น¹⁹

เมื่อหลักเกณฑ์ของกรอบความตกลงฯ ได้มีการนิยามว่าห้ามให้มีการโฆษณาแก่ผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยเด็ดขาดตามที่ได้อธิบายในข้อ 13 ทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จึงบัญญัติขึ้นเพื่อความสะดวกคล่อง โดยกำหนดให้รัฐสมาชิกเปลี่ยนแปลงบรรจุภัณฑ์ของตนให้เป็นรูปแบบเดียวกัน ตามลักษณะที่บ่งบ่งชี้ที่กฎหมายนี้กำหนดซึ่งประกอบไปด้วยสองภาคส่วนใหญ่ คือ ห้ามเป็นการส่งเสริมการขาย และการกำหนดประกาศคำเตือน มีใจความสำคัญว่าสองส่วน ได้แก่

ข้อ 11 (เอ) ²⁰ “บรรจุภัณฑ์หีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องไม่เป็นการส่งเสริมผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ว่าด้วยการให้ความเท็จ เข้าใจหลงผิด หลอกลวง หรือกระทำการใดๆ ที่ใกล้เคียงกัน เพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับ ลักษณะทางกายภาพ ผลกระทบทางสุขภาพ สารพิษ ซึ่งหมายรวมถึง ข้อตกลง ข้อบ่งชี้ เครื่องหมายการค้า รูปประดิษฐ์ หรือสัญลักษณ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่ส่งผลโดยตรงหรือโดยอ้อมให้เกิดความเข้าใจผิดว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบหนึ่งมีอันตรายน้อยกว่าอีกผลิตภัณฑ์ยาสูบหนึ่ง ข้อความในบทบัญญัตินี้ให้รวมไปถึง ข้อความที่ว่า มีสารทาร์ต่ำ เบา เบามาก อ่อนนุ่ม (หมายถึงรสสัมผัสของยาสูบ)” จากบทบัญญัติว่าด้วยการไม่ส่งเสริมส่วนนี้ ทำให้เห็นความสอดคล้องกับบทบัญญัติการไม่โฆษณา เพราะสิ่งต้องห้ามการอนามยโลกตระหนักและต้องการขจัดเป็นอย่างยิ่ง คือความเข้าใจผิดในอัตลักษณ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบของผู้บริโภคที่มีมาโดยตลอด อย่างไรก็ตามดังที่ได้นำเสนอไปแล้วว่าบทบัญญัติของมาตรการนี้อาจตีความออกได้เป็นหลายรูปแบบซึ่งจะได้นำเสนอให้เห็นประเด็น และรูปแบบการปฏิบัติจากรัฐต่าง ๆ ในส่วนต่อไป

¹⁹ เอื้ออารีย์ อังจะนิล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น. 55.

²⁰ แปลและสรุปความจาก FCTC Article 11 (a) “tobacco product packaging and labelling do not promote a tobacco product by any means that are false, misleading, deceptive or likely to create an erroneous impression about its characteristics, health effects, hazards or emissions, including any term, descriptor, trademark, figurative or any other sign that directly or indirectly creates the false impression that a particular tobacco product is less harmful than other tobacco products. These may include terms such as “low tar”, “light”, “ultra-light”, or “mild.”

นอกเหนือไปจากบทบัญญัติเรื่องการส่งเสริมแล้ว ยังมีอีกประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ บทบัญญัติว่าด้วยประกาศคำเตือน ซึ่งมีใจความตาม ข้อ 11 (บี)²¹ ว่า “ในแต่ละบรรจุภัณฑ์ทั้งบรรจุแยกหรือบรรจุรวม จะต้องปรากฏข้อความคำเตือนในเรื่องสุขภาพที่จะได้รับผลกระทบจากการบริโภคยาสูบเช่นว่านั้น บนบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์ ซึ่งข้อความคำเตือนจะต้องประกอบไปด้วย

- (i) จะต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานภายในรัฐ
- (ii) จะต้องมีการหมุนเวียนเปลี่ยนกันไป
- (iii) จะต้องมีขนาดใหญ่ เห็นได้อย่างชัดเจนและสามารถอ่านออกได้
- (iv) จะต้องมีขนาดเท่ากับหรือเกินกว่าร้อยละ 50 และจะต้องไม่เล็กกว่าร้อยละ 30 ของพื้นที่ทั้งหมดของบรรจุภัณฑ์
- (v) อาจประกอบไปด้วยรูปภาพ หรือ แผนภูมิรูปภาพก็ได้”

เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรการว่าด้วยการห้ามโฆษณาแล้ว ทำให้รูปแบบของบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นไม่อาจมีโฆษณาได้เลยไม่ว่าด้วยวิธีการใด รวมไปถึงพื้นว้างที่เหลือนบนบรรจุภัณฑ์ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ก็จะต้องสละให้กับป้ายข้อความเตือนเรื่องสุขภาพ ดังนั้น ในส่วนเครื่องหมายการค้า และส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการจึงเป็นสิ่งที่ได้รับผลกระทบโดยตรง เพราะรูปลักษณ์แห่งสิ่งประกอบได้มีการเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งทั้งสองส่วนก็ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่า บทบัญญัติที่ได้นำเสนอข้างต้นนี้บัญญัติไว้อย่างกว้างและเปิดโอกาสให้รัฐผู้อนุวัติการสามารถตีความบังคับใช้ได้อย่างหลากหลาย ซึ่งในส่วนต่อไปนี้จะแสดงให้เห็นถึงผลจากการบังคับใช้บทบัญญัติตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ตามสองมาตรการที่ได้นำเสนอไปนี้ว่ารัฐสมาชิกเลือกที่จะตีความบทบัญญัติอย่างไร โดยงานฉบับนี้จะนำเสนอสองรัฐหลัก ได้แก่ ราชอาณาจักรไทย กับออสเตรเลีย และเพิ่มเติมแนวทางของสหภาพยุโรปเป็นส่วนประกอบ

²¹ แปลและสรุปความจาก FCTC Article 11 (b) “each unit packet and package of tobacco products and any outside packaging and labelling of such products also carry health warnings describing the harmful effects of tobacco use, and may include other appropriate messages. These warnings and messages:

- (i) shall be approved by the competent national authority,
- (ii) shall be rotating,
- (iii) shall be large, clear, visible and legible,
- (iv) should be 50% or more of the principal display areas but shall be no less than 30% of the principal display areas,
- (v) may be in the form of or include pictures or pictograms.”

4.2.2 มาตรการที่อนุวัติการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

บทบัญญัติตามกรอบความตกลงฯ ว่าด้วยเรื่องการห้ามโฆษณาและการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์ ทำให้เกิดการใช้และการตีความกฎหมาย ผ่านการอนุวัติกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในประเทศกันอย่างแพร่หลายตามพันธกรณีที่แต่ละรัฐมีต่อองค์การอนามัยโลก ในส่วนงานฉบับนี้ได้เลือกรัฐที่อนุวัติการกฎหมายหลัก ๆ สองรัฐได้แก่ ออสเตรเลียที่เป็นรัฐแรกที่สร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบจากกรอบความตกลงฯ และ ราชอาณาจักรไทยที่อนุวัติการกฎหมายดังกล่าวในรูปแบบมาตรการสร้างป้ายคำเตือน นอกเหนือไปจากสองรัฐหลักข้างต้นจะขอนำเสนอถึงสหภาพยุโรปที่มีการออกกฎหมายภายในสหภาพประเภท Directive เพื่อรับรองหลักการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบรวมถึงรัฐสมาชิกซึ่งงานเขียนได้เลือกอังกฤษเพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะกฎหมายที่อนุวัติการเพื่อให้เกิดความเข้าใจความเข้าใจอย่างเป็นองค์รวม

ก่อนที่จะพิจารณาแนวทางการอนุวัติการกฎหมายของแต่ละรัฐ จะขอชี้ให้เห็นเสียก่อนว่ามาตรการที่สร้างขึ้นตามกรอบความตกลงฉบับนี้ พิจารณาได้ว่ามาตรการดังกล่าวมิได้ละเมิดหลักปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง และหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง อันเป็นการเลือกปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก เพราะ มาตรการที่สร้างขึ้นได้มีการบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ยาสูบทั้งหมดภายในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นสินค้าภายในรัฐเองหรือนำเข้ามาจากรัฐอื่นก็ตาม และเป็นการปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน (Like Products) ดังที่ได้นำเสนอไปก่อนหน้านี้แล้วว่าไม่ว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นจะทำมาจากพืชชนิดใด และให้รสสัมผัสแบบใด²² ดังนั้นเมื่อเป็นผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันย่อมไม่ขัดต่อหลักการเลือกปฏิบัติ²³

เมื่อไม่เกิดการเลือกปฏิบัติทางตรงก็จำเป็นต้องกลับมาพิจารณาการเลือกปฏิบัติทางอ้อม หรือการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง ซึ่งจะต้องกลับมาในประเด็นของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าผลแห่งมาตรการดังกล่าวนั้นอาจส่งผลให้มีการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง เนื่องจากผลของมาตรการจะส่งผลกระทบต่อผู้ผลิตจะต้องลงทุนแก่การผลิตบรรจุภัณฑ์ใหม่ อีกทั้งรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ที่ออกมานั้นยังมีลักษณะเป็นการลดทอนคุณค่าของภาพรวมทั้งในส่วนเครื่องหมายการค้า และส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการซึ่งแน่นอนว่า จะต้องส่งผลกระทบต่อจำนวนที่ผลิตภัณฑ์จำหน่ายได้ นอกจากนี้มูลค่าแห่งทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังลดลงอีกด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าลักษณะแห่งมาตรการอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งต่อหลักเกณฑ์ทางการค้าทั้งสองส่วน ทั้งที่ว่าการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง และส่วนที่ว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา

ในส่วนต่อไปจากนี้จะนำเสนอถึงรูปแบบของมาตรการในทางปฏิบัติที่รัฐได้สร้างขึ้น รวมไปถึงพิจารณาถึงกฎหมายภายในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เห็นแนวทางการสร้างกฎหมายภายในจากสนธิสัญญาอันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้น

²² AB Report, US - Clove Cigarettes (2012), para. 77-82.

²³ Panel Report, *supra* note 18.

4.2.2.1 ออสเตรเลีย

(1) กฎหมายที่อนุวัติการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

ออสเตรเลียเป็นรัฐที่ให้ความสำคัญเรื่องการบริโภคยาสูบของประชาชนในรัฐตนตั้งแต่ ค.ศ. 1992 ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการโฆษณา การแสดงสินค้าให้ปรากฏ และการจำกัดเขตการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ ดังนั้น ออสเตรเลียจึงเป็นรัฐลำดับแรก ๆ ที่ได้ทำการออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ในเดือนมกราคม 2012 โดยฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายชื่อว่า “Tobacco Plain Packaging Act 2011 (No. 148, 2011)”²⁴ (ต่อไปในงานฉบับนี้จะแปลว่า “กฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ”) เพื่อวัตถุประสงค์ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบของคนในรัฐลง และเพิ่มประสิทธิภาพให้กับป้ายคำเตือนที่จะต้องมีการปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ให้ดียิ่งขึ้น รวมไปถึงเพื่อเป็นการลดความสามารถของบรรจุภัณฑ์ที่จะทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในอันตรายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคยาสูบเป็นประการสำคัญ²⁵

กฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่อนุวัติการเป็นบทบัญญัติกฎหมายภายในของออสเตรเลียนี้ ประกอบไปด้วยเนื้อหาทั้งในส่วนบทมาตรการที่ต้องปฏิบัติสำหรับการผลิตบรรจุภัณฑ์ยาสูบให้มีมาตรฐานตามที่ออสเตรเลียกำหนด รวมถึงบทบังคับการที่หากมิได้กระทำตามจะต้องรับโทษบางประการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ซึ่งรัฐบาลออสเตรเลียได้ยืนยันว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้มีความถูกต้องและชอบธรรม เนื่องจากมีข้อเสนอแนะทางกฎหมายระหว่างประเทศรองรับทั้งผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาที่ให้อำนาจโดยตรง²⁶ และสนธิสัญญาที่สนับสนุนเหตุผลในลักษณะของยกเว้นตามหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก

บทบัญญัติตามกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบได้มีการออกกฎหมายลำดับรองที่ชื่อว่า Tobacco Plain Packaging Regulations (ต่อไปในงานฉบับนี้จะแปลว่า “ข้อบังคับบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ”) เพื่อเป็นการกำหนดรายละเอียดแนวทางเชิงปฏิบัติให้พระราชบัญญัติมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น พร้อมกันนี้ยังมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าในบางประเด็นเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบอีกด้วย เนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปแล้วว่าการสร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบส่งผลกระทบต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งงานฉบับนี้จะมุ่งเสนอบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักที่เป็นถูกรัฐและผู้ผลิตยาสูบนำมาเป็นประเด็นพิพาทหลัก โดยเน้นไปที่มาตรฐานของรัฐที่กำหนดแนวทางการสร้างบรรจุภัณฑ์แบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ รายละเอียดปรากฏต่อไปนี้

²⁴ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011 (No. 148, 2011). Available at: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148>.

²⁵ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 3.

²⁶ Jonathan Liberman, “Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia,” *American Journal of Law & Medicine*, Vol.39, 2013, p. 364-366.

ประเด็นแรกสิ่งตกแต่งทางกายภาพบนบรรจุภัณฑ์ตามมาตรา 18 สรุปใจความว่าพื้นที่ทั้งภายนอกและภายในของบรรจุภัณฑ์จะต้องไม่ปรากฏการตกแต่งบนสันขอบ การทำลายนูนหรือโป่ง หรือการสร้างรอยนูนใด ๆ ทั้งในรูปแบบของข้อความ องค์ประกอบภาพที่มีลักษณะในการตกแต่ง²⁷ ซึ่งในประเด็นแรกนี้จะเห็นได้ว่าสิทธิที่รับผลกระทบโดยตรง คือ ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของสิทธิได้รับความคุ้มครอง นอกเหนือไปจากส่วนการตกแต่งบนบรรจุภัณฑ์ กฎหมายฉบับดังกล่าวยังได้ระบุวิธีการจัดทำบรรจุภัณฑ์ในลักษณะอื่นอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นวัสดุที่ใช้ทำที่จะต้องเป็นกระดาษแข็งเท่านั้น²⁸ รูปแบบการเปิดบรรจุภัณฑ์ที่จะต้องเปิดจากช่องด้านบนโดยการพลิก²⁹ ฯลฯ เพื่อสร้างมาตรฐานของบรรจุภัณฑ์ยาสูบให้มีรูปแบบเดียวกันทั้งหมด

ประเด็นที่สองเป็นเรื่องสีและพื้นผิวของบรรจุภัณฑ์ยาสูบ โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดว่าพื้นผิวของบรรจุภัณฑ์จะต้องเป็นแบบด้านเท่านั้น³⁰ ในส่วนของการใช้สีนั้นกฎหมายกำหนดว่าสีที่ยินยอมให้ใช้ได้ สำหรับพื้นผิวภายนอกคือสี Pantone 448C หรืออาจเรียกว่า Olive Green ส่วนพื้นผิวภายในสีที่อนุญาต คือ สีขาว เงิน และดำเท่านั้น ในส่วนของพลาสติก หรือสิ่งที่ห่อหุ้มบรรจุภัณฑ์จะต้องเป็นแบบใส และไม่มีปรากฏข้อความใด ๆ ทั้งสิ้น³¹ นอกจากนี้ส่วนของตัวบุหรี่เองนั้นจะต้องเป็นสีขาวทั้งตัว รวมไปถึงตัวกรองต่อท้ายด้วย³² บทบัญญัติในส่วนนี้มิได้หมายรวมถึงสีบนป้ายคำเตือน ดังนั้น หากมีการกำหนดป้ายคำเตือนเอาไว้บนพื้นสีใด จะต้องเป็นไปตามนั้น ซึ่งโดยส่วนมากป้ายคำเตือนมักปรากฏอยู่บนพื้นสีเหลือง และไม่รวมถึง ข้อความที่ปรากฏสำหรับตราการค้า ชื่อทางธุรกิจหรือชื่อของบริษัทหรือชื่ออย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้น ข้อความที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายกำหนด³³ พิจารณาบทบัญญัติในส่วนนี้เมื่ออ่านประกอบกับส่วนที่ว่าด้วยลักษณะทางกายภาพของบรรจุภัณฑ์ที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 18 จะเห็นได้ว่าส่วนประกอบของสินค้าและบริการของบรรจุภัณฑ์ยาสูบจะถูกกลบไล่ออกไป และถูกแทนที่ด้วยสิ่งที่รัฐกำหนด ทำให้ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่เจ้าของสิทธิได้จดทะเบียนในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่ง เพื่อป้องกันบอกเอกลักษณ์ของบรรจุภัณฑ์ของตน เช่น สีที่บอกถึงรสชาติ หรือ รสสัมผัส ลวดลายที่มีความสวยงาม จะถูกกลบไล่ออกไปทั้งหมดนั่นเอง

²⁷ แพลและสรุปข้อความจาก Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 18 1 (a) “the outer surfaces and inner surfaces of the packaging must not have any decorative ridges, embossing, bulges or other irregularities of shape or texture, or any other embellishments.”

²⁸ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 18 2 (a).

²⁹ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 18 3 (b).

³⁰ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 19 2 (a).

³¹ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 22; see also Regulation 2.2.1.

³² Tobacco Plain Packaging Regulations 3.1.3.

³³ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 19 2 (b) (i).

ประเด็นที่สามเป็นสาระสำคัญที่งานฉบับนี้มุ่งเสนอ คือ ข้อห้ามสำหรับเครื่องหมายการค้าตาม มาตรา 20³⁴ สรุปความได้ว่าห้ามให้มีเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายใด ๆ ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ แม้กฎหมายในส่วนก่อนหน้าที่ทำการศึกษาจะแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนอยู่แล้วว่าพื้นผิวสี และการตกแต่งอย่างอื่นใดก็ไม่สามารถปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้บัญญัติให้เป็นการเฉพาะอีกครั้งหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการห้ามเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายอื่นใด ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบเว้นแต่จะเป็นกรณีที่กำหนดเอาไว้ในอนุมาตรา (3) ที่ยินยอมให้ (เอ) ตราการค้า ชื่อทางธุรกิจหรือชื่อของบริษัทหรือชื่ออย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้น (บี) ข้อความที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย และ (ซี) เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายที่ได้รับอนุญาตไว้ในข้อบังคับเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ในส่วนของพลาสติก หรือส่วนที่ห่อหุ้มตัวบรรจุภัณฑ์ก็ต้องไม่ปรากฏเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายอื่นใดเช่นเดียวกัน³⁵

ข้อกฎหมายทั้งหมดนี้ได้อธิบายมานั้น เมื่อพิจารณาประกอบร่วมกันแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายยินยอมให้มีตราการค้า ชื่อทางธุรกิจให้ปรากฏ เพื่อทำหน้าที่แทนตัวเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ คำว่า Marlboro หากอยู่ในรูปลักษณะของเครื่องหมายการค้า คือ มีการประดิษฐ์รูปแบบอักษรที่เฉพาะเจาะจง มีรูปรอยประดิษฐ์ที่มีสีสันความสวยงามก็จะไม่สามารถปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ได้ตามกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตามหากปรากฏเพียงคำว่า Marlboro เพียงอย่างเดียว โดยนำเอาสิ่งอื่นออกทั้งหมด และปฏิบัติตามข้อบังคับของกฎหมาย (กฎหมายกำหนดให้ใช้ Font: Lucida Sans ขนาด 14 Points หรือ 10 Points สำหรับข้อความอย่างอื่น ห้ามทำตัวหนา ในสี Pantone Cool Gray 2C เท่านั้น) ก็จะสามารถปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย³⁶ นอกจากนี้ชื่ออย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ก็อาจให้ปรากฏได้ด้วยเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เช่นเดียวกัน กล่าวโดยสรุป ข้อความทั้งหมดบนบรรจุภัณฑ์จะต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบกฎหมายอย่างเคร่งครัด

³⁴ แพลและสรุปข้อความจาก Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 20 “(1) No trade mark may appear anywhere on the retail packaging of tobacco products, other than as permitted by subsection (3).

(2) No mark may appear anywhere on the retail packaging of tobacco products, other than as permitted by subsection (3).

(3) The following may appear on the retail packaging of tobacco products:
(a) the brand, business or company name for the tobacco products, and any variant name for the tobacco products;

(b) the relevant legislative requirements;

(c) any other trade mark or mark permitted by the regulations.

(4) This section does not apply to a plastic or other wrapper that covers:

(a) the retail packaging of tobacco products; or

(b) a tobacco product that is for retail sale.”

³⁵ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 22.

³⁶ Tobacco Plain Packaging Regulations 2.4.1.

(2) ข้อพิพาทในศาลยุติธรรมภายในรัฐ

สถานการณ์การอนุวัติการสนธิสัญญาเป็นกฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบของออสเตรเลียส่งผลให้บริษัทผู้ผลิตยาสูบได้รับผลกระทบทั้งโดยตรงที่จะต้องเสียต้นทุนการผลิตในการสร้างบรรจุกฎแบบใหม่ และโดยอ้อมที่จะต้องยอมรับผลที่ผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้าของตนในปริมาณที่น้อยลง เพราะผลพวงจากบรรจุกฎรูปแบบใหม่ที่เปลี่ยนแปลงสินค้าของตนในทางที่ด้อยค่าลง ทั้งในส่วนเครื่องหมายการค้า และส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ ดังนั้น ผู้ผลิตยาสูบจึงเลือกที่จะดำเนินการสำหรับเรื่องดังกล่าว ผ่านกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐออสเตรเลียเพื่อเป็นการรักษาสถานะตามกฎหมายของตน

คดีที่ร้องต่อศาลยุติธรรมภายในออสเตรเลียเป็นการโต้แย้งสิทธิกันระหว่าง JT International SA ร่วมกับ British American Tobacco Australia Limited & Others ในฐานะโจทก์ กับ รัฐบาลออสเตรเลีย (The Commonwealth of Australia) ในฐานะจำเลย ประเด็นที่ร้องต่อศาล คือ มาตรการการบังคับใช้บรรจุกฎแบบเรียบตามกฎหมายภายในที่ออกตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ โดยโจทก์ (บริษัทยาสูบ) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงของออสเตรเลีย คัดค้านกฎหมายฉบับดังกล่าวซึ่งในเวลาต่อมาศาลสูงของออสเตรเลีย³⁷ ได้ออกคำพิพากษา เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 2012 ด้วยคะแนนเสียง 6 ต่อ 1 ให้ยกคำร้องของโจทก์ และพิพากษาว่า กฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบไม่มีผลเป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินของเอกชนอย่างไม่เป็นธรรมตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ในทางตรงกันข้ามกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ได้สัดส่วนกับรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้กฎหมายสามารถมีผลบังคับใช้ต่อไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนรายละเอียดได้มีการสรุปประเด็นของรูปคดีเอาไว้ โดยงานฉบับนี้จะขออ้างถึงงานเขียนงานของ วศิน พิพัฒน์ฉัตร³⁸ ซึ่งสรุปสาระสำคัญแห่งรูปคดีไว้โดยละเอียด แบ่งเป็นประเด็นใหญ่ 2 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นแรกโจทก์อ้างว่ากฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเป็นการจำกัดการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิข้างเคียง ซึ่งหมายความรวมถึงสิทธิในเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ กุ๊ตวิลล์ การออกแบบ สิทธิบัตร การบรรจุก๊อปปี้ และการอนุญาตให้ใช้สิทธิของโจทก์ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวยังเป็นการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐไม่มีค่าตอบแทนให้แก่โจทก์ ดังนั้น จึงเป็นการส่งผลให้โจทก์เสียผลประโยชน์จากการกระทำของรัฐผ่านการบัญญัติกฎหมายฉบับดังกล่าว

³⁷ Judgment of High Court of Australia, “Case No. S389/2011 – British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. The Commonwealth of Australia and Related Matter: S409/2011 – JT International SA v. Commonwealth of Australia,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, จาก <http://www.hcourt.gov.au/cases/cases389/2011>.

³⁸ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, “การควบคุมการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าของอุตสาหกรรมยาสูบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 132-135.

ในการพิจารณาประเด็นที่หนึ่ง ศาลสูงออสเตรเลียให้ความเห็นว่า แม้กฎหมายว่าด้วยบรรจุกฎแบบเรียบได้มีการจำกัดการใช้สี พื้นผิว รูปทรงของบรรจุกฎ รวมทั้งไปถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะเครื่องหมายการค้า การที่โจทก์หรือบริษัทฯ สูบได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงเพื่อคัดค้านความสมบูรณ์ของกฎหมาย โดยอ้างว่ารัฐได้ไปซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาและกวีตวิสต์ของโจทก์โดยไม่เป็นธรรมนั้น ไม่เข้าข่ายตามรัฐธรรมนูญเนื่องจาก การได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย³⁹ มีประเด็นการพิจารณาอยู่ที่ว่ามีบุคคลใดได้รับผลประโยชน์จากการเวนคืนหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทบหรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ มิได้ก่อให้เกิดการโต้แย้งสิทธิในทรัพย์สินระหว่างเจ้าของทรัพย์สินกับรัฐบาลออสเตรเลียหรือบุคคลอื่นแต่อย่างใด เนื่องจากรัฐบาลออสเตรเลียไม่ได้รับผลประโยชน์จากกฎหมายฉบับดังกล่าวเลย แม้โจทก์จะโต้แย้งว่า ผู้ได้รับประโยชน์จริง ๆ แล้ว คือ “รัฐ” เพราะรัฐได้ขายในการโฆษณาทำให้สายด่วนเลิกบุหรี่ได้รับการโฆษณาและรัฐไม่ต้องจ่ายเงินค่าโฆษณาให้บริษัทบุหรี่จึงเป็นผลประโยชน์ที่รัฐได้รับ นอกจากนี้โจทก์ยังอ้างเพิ่มเติมอีกด้วยว่า “ถ้าบรรจุกฎแบบเรียบได้ผลจริง รายจ่ายทางด้านสาธารณสุขของรัฐก็ลดลง เป็นประโยชน์ของรัฐอีกเช่นกัน” ซึ่งผู้พิพากษาศาลสูงทั้ง 6 ท่าน ได้ให้เหตุผลยืนยันตรงกันว่า “การได้มาซึ่งทรัพย์สิน” ซึ่งจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยนั้น รัฐบาลออสเตรเลียหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดจะต้องมีการได้ประโยชน์ หรือผลตอบแทนในการได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น ซึ่งเป็น “หลักพื้นฐาน” ที่ไม่สามารถบั่นทอนลงได้ แต่รัฐบาลออสเตรเลียไม่ได้รับผลประโยชน์แต่อย่างใดตามที่โจทก์ได้กล่าวอ้างเลย ทั้งนี้การกระทำของรัฐก็ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เพราะเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนมีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ประเด็นที่สองโจทก์อ้างว่ากฎหมายว่าด้วยบรรจุกฎแบบเรียบเป็นกฎหมายที่รัฐบาลออสเตรเลียเข้ามากำกับการใช้บรรจุกฎของยาสูบในทางที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการได้มาซึ่งทรัพย์สินของบริษัทในอุตสาหกรรมยาสูบ สำหรับประเด็นที่สองนี้ ส่วนของสิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมยาสูบนั้น ผู้พิพากษา Crennan J ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์คณะได้ให้เหตุผลในการที่ธุรกิจยาสูบยังคงสามารถใช้ตราการค้าได้ว่า “การรับรู้ถึงตราการค้าจะเป็นการแยกแยะสินค้ายาสูบของเจ้าของแต่ละคนได้ และยังคงไว้ซึ่งค่าแห่งกวีตวิสต์ในเครื่องหมายการค้า”⁴⁰ และ “ความบ่งเฉพาะในภาพ คำพูด เสียง และการอุปมาอุปไมยรวมถึงการได้มาซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะในตราการค้าหรือเครื่องหมายการค้าจะมีผลต่อผู้บริโภคสืบไปถึงแม้ว่าในทางกายภาพของผลิตภัณฑ์นั้นจะถูกจำกัดในการแสดงตราการค้าตามกฎหมาย สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการสร้างยอดขายโดยการอ้างถึงลักษณะบ่งเฉพาะของตราการค้าสามารถทำได้และเป็นสิทธิที่มีคุณค่ามีราคา”⁴¹ ข้อความนี้แสดงว่าผู้พิพากษาให้ความสำคัญเฉพาะการทำหน้าที่ของเครื่องหมายเท่านั้น

³⁹ Commonwealth of Australia Constitution Act, Section 51 (xxxi) “the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws.”

⁴⁰ Judgment of High Court of Australia, *supra* note 37, para. 294.

⁴¹ Judgment of High Court of Australia, *Ibid.*, para. 293.

นอกเหนือไปจากประเด็นข้างต้น ยังมีผู้พิพากษาอีก 2 ท่านที่นำเสนอและอธิบายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในคดีนี้ร่วมกันว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็น “สิทธิเชิงปฏิเสธ” ไม่ใช่สิทธิในการใช้ประโยชน์ แต่เป็นสิทธิในการหวงกั้นเพื่อเป็นการปฏิเสธบุคคลอื่นที่เข้ามาละเมิดสิทธิอย่างเด็ดขาดของตนไปใช้ในทางการค้าอันเป็นการแข่งขันซึ่งไม่เป็นธรรม กล่าวคือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ใช่ “สิทธิที่จะแสดงออกทางการค้ากับสินค้าที่คุ้มครอง” ผู้ค้าสินค้าทุกชนิด รวมทั้งผู้ค้าบุหรี่ยังมีสิทธิและเสรีภาพในทางการค้าอย่างอิสระเสรีตามที่ยืนยันในองค์การการค้าโลก และรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิอีกชนิดหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหวงกั้นไม่ให้คนอื่นลอกเลียนสิทธิของตนไปใช้กับสินค้าอื่น สำหรับกรณีการเวนคืน คือ การยึดทรัพย์สินหรือสิทธิที่เจ้าของมีอยู่ หรือ ยึดการครอบครองของผู้ทรงสิทธิรัฐสามารถทำได้ แต่รัฐต้องจ่ายค่าเสียหาย กับผู้ที่เคยมีสิทธิมาก่อน แต่เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สิทธิในการใช้ (Right to Use) แต่เป็นสิทธิในทางปฏิเสธมิให้ผู้อื่นใช้ (Right to Exclude) ดังนั้น การที่รัฐออกกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบเพื่อเป็นการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ของบริษัทยาสูบ จึงไม่ถือว่าเป็นการที่รัฐเวนคืนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากบริษัทยาสูบ รัฐสามารถทำได้โดยไม่ต้องมีหน้าที่จ่ายค่าเสียหายให้กับบริษัทยาสูบเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา จากประเด็นของคำพิพากษาของศาลสูงออสเตรเลียแนะนำให้ข้อตั้งข้อสงสัยข้างต้น จะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่า การพิจารณาบรรทัดฐานของศาลยุติธรรมจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของคำฟ้องของโจทก์และคำให้การของจำเลยที่เป็นประเด็นพิพาทเท่านั้น จึงอาจส่งผลให้ลักษณะแห่งข้อต่อสู้ทั้งหมดอาจจะมีได้ครอบคลุมประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ทำให้ผลแห่งคดีอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้หากมีการตั้งประเด็นพิพาทที่แตกต่างจากคำวินิจฉัยข้างต้น ในส่วนต่อไปในงานฉบับนี้จะขอเสนอการวิพากษ์และวิจารณ์ประเด็นที่ศาลวินิจฉัยจากข้อพิพาท โดยอ้างอิงมาจากข้อมูลที่ทำการศึกษาค้นคว้าตามงานวิจัยฉบับนี้ ซึ่งมีประเด็นที่น่าสนใจในการพิจารณาสองประเด็นด้วยกัน ได้แก่ ประเด็นเรื่องการเวนคืนทรัพย์สิน และ ประเด็นเรื่องการจำกัดการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่ตามคำพิพากษาเน้นพิจารณาไปที่เครื่องหมายการค้า

ประการแรก การเวนคืนทรัพย์สินมีการแยกพิจารณาเป็นสองส่วน ส่วนแรกการที่ศาลเห็นว่าการที่จะเป็นการเวนคืนทรัพย์สินนั้นรัฐบาลออสเตรเลียหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดจะต้องมีการได้ประโยชน์หรือผลตอบแทน เมื่อไม่มีผู้ใดได้รับผลประโยชน์อันใดจากการออกกฎหมายดังกล่าวจึงไม่เป็นการเวนคืนทรัพย์สินนั้น ส่วนนี้เห็นว่าเป็นเรื่องการบังคับใช้กฎหมายการเวนคืนของออสเตรเลียซึ่งไม่มีประเด็นโต้แย้ง แต่ในส่วนที่สองที่ผู้พิพากษาให้ความเห็นว่าการยึดทรัพย์สินหรือสิทธิที่เจ้าของมีอยู่ของผู้ทรงสิทธิรัฐสามารถทำได้โดยมีค่าชดเชย แต่เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สิทธิในการใช้กลับเป็นสิทธิในทางปฏิเสธ ดังนั้น การที่รัฐออกกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบเพื่อเป็นการจำกัดการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา จึงไม่ถือว่าเป็นการที่รัฐเวนคืนทรัพย์สินทางปัญญาจากบริษัทยาสูบ ในประเด็นนี้เข้าใจได้ว่ารัฐพิจารณาเฉพาะสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายบัญญัติเท่านั้น ซึ่งมิได้พิจารณาไปถึงสิทธิความเป็นเจ้าของเหนือตัวทรัพย์สินที่ผู้พิพากษาเห็นว่าเมื่อเป็นสิทธิปฏิเสธมิได้เป็นการแสดงความเป็นเจ้าของจึงไม่มีการพินาศความเป็นเจ้าของหรือการเวนคืนนั่นเอง ซึ่งในประเด็นนี้จากแนวทางที่ได้ศึกษามานี้มีข้อโต้แย้งโดยอ้างเหตุผลร่วมกันในประการที่สองในเรื่องการจำกัดการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นส่วนที่ศาลวินิจฉัยอันจะนำเสนอต่อไป

ประการที่สอง การจำกัดการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา (ในคำพิพากษาฉบับนี้มีการกล่าวถึงทั้งเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์) ประเด็นนี้เป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งซึ่งงานฉบับนี้ได้กล่าวไปในส่วนของบริบทการศึกษาทรัพย์สินทางปัญญาทั้งเชิงประวัติศาสตร์ และปรัชญาแล้ว นอกจากนี้ยังรวมไปถึงบริบทเรื่องของประเภทของสิทธิทางกฎหมาย และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะขอกล่าวเน้นย้ำอีกครั้งเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแยกพิจารณาออกเป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนแรก สิทธิความเป็นเจ้าของโดยชอบตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ และ ส่วนที่สองสิทธิที่กฎหมายมอบให้จากเหตุผลทางข้อเท็จจริง อันอาจสรุปความได้ดังนี้

สิทธิความเป็นเจ้าของโดยชอบตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่าเมื่อบุคคลสร้างสิ่งใดขึ้นหรือได้รับโอนความเป็นเจ้าของมาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น บุคคลย่อมมีสิทธิถือครองเป็นเจ้าของ และใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินได้อย่างชอบธรรม แนวคิดนี้มีอยู่ตั้งแต่โบราณกาล เรียกว่า “สิทธิตามธรรมชาติ” และถูกทำให้เห็นเป็นรูปธรรมมากขึ้นจากทฤษฎีแรงงานของล็อก⁴² และนักคิดท่านอื่น ๆ ที่ได้นำเสนอไปในบทความด้วยประวัติศาสตร์และปรัชญาของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งในเวลาต่อมาอันสิทธิในความเป็นเจ้าของนี้ได้รับการยอมรับให้เป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งด้วย ดังนั้น สิทธิประเภทนี้ผู้ทรงสิทธิย่อมมีได้ในตนเองอยู่แล้ว มิจำเป็นต้องได้รับจากผู้ใด แนวคิดนี้ใช้บังคับทั้งกับทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง โดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากความเป็นเจ้าของเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนพึงมีพึงได้ และไม่อาจถูกลบล้างได้

ส่วนที่สองสิทธิที่กฎหมายมอบให้จากเหตุผลทางข้อเท็จจริง สิทธิประเภทนี้พิเคราะห์จากการศึกษาเหตุผลทางประวัติศาสตร์ พบว่าสิทธิประเภทนี้เกิดขึ้นเนื่องมาจากเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาถูกละเมิด ถูกเอารัดเอาเปรียบ ทำให้ผู้ทรงสิทธิออกมาเรียกร้องเพื่อให้มีการคุ้มครองซึ่งสิทธิประเภทนี้เองที่ทางทฤษฎีมักนิยมเรียกว่าสิทธิเชิงปฏิเสธ เพราะเป็นการให้เจ้าของสิทธิสามารถปฏิเสธมิให้ผู้อื่นเข้ามาล่วงละเมิดสิทธิของตนได้⁴³ ในอีกมุมมองหนึ่งก็มีประเด็นเพิ่มเติมว่าสิทธิทางกฎหมายนอกเหนือจากที่จะคุ้มครองผู้ทรงสิทธิแล้ว กฎหมายยังมุ่งคุ้มครองประชาชน โดยเฉพาะในกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่แสดงให้เห็นว่าบทบาทนิติที่สร้างขึ้นมีส่วนในการคุ้มครองประชาชนมิให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการเลือกซื้อสินค้าหรือใช้บริการ ซึ่งทางกฎหมายเรียกการกระทำรูปแบบดังกล่าวว่าการลวงขาย ดังนั้น สิทธิประเภทนี้จึงเป็นส่วนที่กฎหมายมอบให้ ซึ่งหากกล่าวให้เข้าใจโดยง่าย คือ รัฐผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายได้สร้างระบบที่ให้ความคุ้มครองสิทธิขึ้น โดยการที่จะได้สิทธิประเภทนี้มาจะต้องทำตามขั้นตอนและกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน เนื่องจากการที่รัฐจะมอบสิทธิดังกล่าวจะก็จำเป็นต้องรับทราบถึงวัตถุประสงค์แห่งสิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองด้วย เช่น การขอรับการตรวจสอบสิทธิบัตร การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

⁴² Karen I. Vaughn, “John Locke and the Labor Theory of Value,” *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 2, No. 4, p. 312.

⁴³ Shoen Ono, “Overview of Japanese Trademark Law,” *The Japanese Original*, 1999, chapter 2, p. 2-3.

ลักษณะของสิทธิทั้งสองข้างต้น คือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จะต้องแบ่งพิจารณาออกเป็นสองส่วน กล่าวโดยสรุป คือ สิทธิในการใช้ประโยชน์หรือความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินทางปัญญานั้นต้องมีผู้ใดมามอบให้ แต่ส่วนการคุ้มครองตามกฎหมายนั้นจะต้องมีการปฏิบัติตามองค์ประกอบของกฎหมาย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิดไม่มีกฎหมายข้อใดบัญญัติไว้เลยว่าหากต้องการใช้จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า ในทางตรงกันข้ามหากมีการละเมิดกันเกิดขึ้นผู้ทรงสิทธิที่มีได้ขอรับความคุ้มครองจากกฎหมายย่อมไม่อาจบังคับสิทธิของตนได้โดยหลัก เว้นแต่เป็นไปตามบทบัญญัติข้อยกเว้น หรือ บทบัญญัติประการอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้ ในการนี้หากยึดถือตามแนวคิดที่ได้นำเสนอ คำพิพากษาของศาลสูงออสเตรเลียก็อาจถูกโต้แย้งได้ เพราะ ศาลสูงออสเตรเลียกล่าวเพียงด้านเดียวของสิทธิ คือ สิทธิเชิงปฏิเสธที่กฎหมายมอบให้เท่านั้น ซึ่งก็เป็นไปตามที่ศาลพิเคราะห์แล้วว่า สิทธิเชิงปฏิเสธของผู้ทรงสิทธิมิได้ถูกกระทบโดยกฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบ เพราะ เจ้าของสิทธิ (เครื่องหมายการค้า) ยังคงสามารถใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ รัฐไม่ได้เข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของสิทธิแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามศาลสูงออสเตรเลียมิได้เข้ามาพิจารณาถึงสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิเลยว่า การเปลี่ยนแปลงลักษณะที่ปรากฏของทรัพย์สินทางปัญญา หรือในกรณีนี้คือการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเครื่องหมายการค้าจะเป็นการละเมิดสิทธิหรือไม่

การเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้าข้างต้น หากจะกล่าวให้เฉพาะเจาะจงไปกว่านั้นก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้เครื่องหมายนั้นเสื่อมค่าลงไป (Trademark Dilution) ซึ่งส่งผลกระทบต่อทั้งสองด้าน คือ ด้านผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่จะต้องเสียต้นทุนการผลิตที่สูงขึ้น รูปแบบของทรัพย์สินที่ตนถือครองอยู่ในประเภทเครื่องหมายการค้า และส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการได้ลดทอนคุณค่าลงจากเครื่องหมายเดิมที่ได้ทำการจดทะเบียนไว้ ต่อหน่วยงานบริการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของออสเตรเลีย ในอีกด้านหนึ่งหากพิเคราะห์ให้ถี่ถ้วนแล้ว สังคมก็อาจได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวด้วย เพราะ เครื่องหมายการค้าหรือบริการนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลจำแนกแยกแยะสินค้าและบริการออกจากกันได้ แต่กฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบกลับทำให้บรรจุกฎ ข้อความ และเครื่องหมายที่ปรากฏนั้นมีลักษณะเหมือนกันทั้งหมด คงเหลือข้อความที่เป็นตราการค้าเท่านั้น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการจำแนกของผู้บริโภคที่เข้าเลือกซื้อสินค้ายาสูบได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น ข้อสังเกตในประเด็นว่าสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาถูกละเมิดหรือไม่นั้น ตามคำพิพากษาศาลสูงออสเตรเลียจึงจำเป็นที่จะต้องมีการทบทวนในส่วนสิทธิให้ครบถ้วนเสียใหม่ด้วย อย่างไรก็ตามจากการวิเคราะห์ทั้งหมด จะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่ากฎหมายบทบัญญัติหลักย่อมสามารถถูกยกเว้นได้เสมอ หากกฎหมายบัญญัติเช่นนั้น มีเหตุผลสนับสนุนอย่างเพียงพอ ซึ่งในงานฉบับนี้นำเสนอทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศ นอกเหนือจากนี้ยังประเด็นดังกล่าวยังมีปัจจัยอื่นประกอบการวินิจฉัยอีกมาก ซึ่งรวมไปถึงเรื่องของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสองส่วน แนวคิดการสร้างข้อยกเว้นว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ อำนาจของรัฐในการสร้างมาตรการยกเว้นเสรีทางการค้าตามกรอบของหลักเกณฑ์ทางการค้า และประเด็นการให้น้ำหนักของสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

4.2.2.2 ราชอาณาจักรไทย

(1) กฎหมายที่อนุวัติการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

ราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 ซึ่งก็ได้มีการพัฒนาปรับปรุงโดยการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดมาตรการให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งก็มีประกาศของกระทรวงสาธารณสุขจำนวนมากที่ออกตามความแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการผลิตบรรจุภัณฑ์จะปรากฏในมาตรา 12⁴⁴ และเป็นที่น่าพอใจว่าหลายบทบัญญัติก็เกินไปเพื่อการอนุวัติการกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก

บทบัญญัติตามมาตรา 12 วรรค 2 ตาม พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์วิธีการ รวมถึงลักษณะคำเตือนบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบได้ ทำให้มีการออกประกาศคำเตือนของกระทรวงสาธารณสุขขึ้นมาหลายฉบับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้มีความชัดเจนและละเอียดมากยิ่งขึ้น โดยแนวทางการออกกฎหมายควบคุมยาสูบของไทยเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์ยาสูบมิได้มีข้อความกำหนดในการห้ามใช้เครื่องหมายการค้า รูปแบบ พื้นผิว สี สันของบรรจุภัณฑ์เข้มงวดเช่นเดียวกับของออสเตรเลียที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายของไทยจะเน้นไปที่การกำหนดเรื่องป้ายคำเตือนซึ่งมีการพัฒนาเพิ่มขนาดอย่างต่อเนื่องจากแต่เดิมมีการกำหนดเอาไว้ร้อยละ 50 ของพื้นที่บนบรรจุภัณฑ์ เป็นร้อยละ 55 และในปี 2556 จึงเพิ่มขนาดเป็นร้อยละ 85 ซึ่งในกรณีนี้ไทยได้ดำเนินการหลังอูรุกวัยที่ใช้ขนาดร้อยละ 80 ในพื้นที่หน้าหลังบรรจุภัณฑ์เท่ากัน นอกจากนี้เพื่อเป็นตัวอย่างในการเปรียบเทียบจึงขอยกเอาประเทศอื่นที่ร่วมออกมาตรการป้ายคำเตือนบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบซึ่งต่างก็กำหนดพื้นที่ของป้ายคำเตือนแตกต่างกันไป (แบ่งออกเป็น พื้นที่ด้านหน้า, พื้นที่ด้านหลัง) อาทิ เช่น ออสเตรเลีย ร้อยละ 60 (หน้าร้อยละ 30, หลังร้อยละ 90) ปารากวัย ร้อยละ 60 (หน้าร้อยละ 60, หลังร้อยละ 60) สวิสเซอร์แลนด์ ร้อยละ 56 (หน้าร้อยละ 48, หลังร้อยละ 63) อีก 19 ประเทศให้พื้นที่ ร้อยละ 50⁴⁵

⁴⁴ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 “ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องแสดงฉลากที่หีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักร แล้วแต่กรณี

หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแสดงฉลากและข้อความในฉลากให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา”.

⁴⁵ Geoffrey T Fong, David Hammond & Sara C Hitchman, “The Impact of Pictures on the Effectiveness of Tobacco Warnings,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.who.int/bulletin/volumes/87/8/09-069575/en/>.

ป้ายคำเตือนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยนั้นประกอบไปด้วยสองส่วนสำคัญ ส่วนแรกเป็นข้อความคำเตือน โดยตามประกาศปัจจุบันกำหนดให้มีทั้งหมด 10⁴⁶ ข้อความด้วยกัน และในส่วนที่สอง คือ รูปภาพเพื่อประกอบข้อความเตือน ทั้งนี้ภาพและคำเตือนจะต้องปรากฏครบทุกภาพตามที่กระทรวงฯ ได้มีการกำหนดไว้ต่อการขายสับซอง (Carton)⁴⁷ ที่มาของภาพดังกล่าวมาจากภาพของผู้ป่วยได้รับผลกระทบจากการสูบบุหรี่จริง เพื่อให้ผู้สูบบุหรี่ถึงผลลัพธ์ท้ายสุดจากการสูบบุหรี่ นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดภาพดังกล่าวต้องมีการพิมพ์ให้ครบทุกภาพเนื่องจากแต่ละภาพอาจส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลไม่เหมือนกัน ดังนั้นหากมิได้บังคับให้มีการทำภาพคำเตือนให้ครบ บริษัทหรืออาจทำการสำรวจตลาดว่าภาพใดได้รับผลกระทบน้อยที่สุด และเลือกผลิตภาพนั้นเพียงภาพเดียวได้ เมื่อรวมทั้งสองส่วนเข้าด้วยกันแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรการของราชอาณาจักรไทยที่ต้องการอนุรักษ์การตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ เห็นได้ชัดว่ามีความเข้มข้นของมาตรการน้อยกว่าออสเตรเลียอย่างมาก เนื่องจากไทยนั้นบังคับใช้ส่วนกรอบความตกลงเฉพาะก็แค่เรื่องป้ายคำเตือน และใช้วิธีการเพิ่มขนาดเพื่อให้มีความรุนแรงขึ้น แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่มีการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้า สี พื้นผิว ของบรรจุภัณฑ์อย่างมีนัยสำคัญจนถึงขนาดทำให้เป็นบรรจุภัณฑ์แบบเรียบอย่างเช่นที่ออสเตรเลียได้ออกกฎหมายของตนตามที่ได้ศึกษามาในส่วนก่อนหน้านี้

ประกาศกระทรวงสาธารณสุขที่ได้นำเสนอมาข้างต้นนั้น จะต้องพึงระลึกไว้เสียก่อนว่าจะพิจารณาเฉพาะประกาศที่บังคับใช้ล่าสุด ณ ช่วงเวลาที่ได้มีการเขียนงานฉบับนี้ขึ้น เนื่องจากยังมีประกาศฉบับอื่นอีกเป็นจำนวนมากที่เป็นการกำหนดวิธีการสร้างบรรจุภัณฑ์ยาสูบที่ถูกพัฒนาเรื่อยมา โดยเฉพาะเรื่องของขนาดที่ได้นำเสนอไปก่อนหน้านี้แล้ว ทั้งนี้ยังมีการเปลี่ยนแปลงในรายละเอียดหลายส่วน เช่น ประเภทของข้อความ หรือ ภาพ เป็นต้น

⁴⁶ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การแสดงข้อความเกี่ยวกับพิษภัยและอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบในฉลากของบุหรี่ยาสูบ ตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ ค) พ.ศ. 2558 ข้อ 2 วรรคสอง

“ฉลากแสดงข้อความเกี่ยวกับพิษภัยและอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ ทั้ง 10 แบบ ปรากฏตามต้นแบบท้ายประกาศฉบับนี้ โดยต้นแบบฉลากแสดงข้อความเกี่ยวกับพิษภัยและอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ ทั้ง 10 แบบ คือ (1) ควันบุหรี่ยี่มีสารยาเบื้อหนุ (2) นิโคตินในบุหรี่ใช้ทำยาฆ่าแมลง (3) มีสารพิษ 250 ชนิดในควันบุหรี่ (4) ควันบุหรี่มีสารยาตองศพ (5) อยากเล็กตองไม่สูบในบ้าน (6) เป็นวัณโรคง่ายถ้าสูบบุหรี่ (7) สูบบุหรี่ในบ้านทำร้ายครอบครัว (8) สูบบุหรี่ทำให้เป็นมะเร็งตับ (9) 140 คนต่อวัน คนไทยตายจากบุหรี่ และ (10) พ่อแม่สูบ ลูกเลียนแบบ.”

⁴⁷ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงรูปภาพข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัย และช่องทางติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบ ในฉลากของบุหรี่ยาสูบ พ.ศ. 2556 ข้อ 2 “การแสดงฉลากรูปภาพ ข้อความคำเตือนถึงพิษภัยของบุหรี่ยาสูบและช่องทางติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้จัดพิมพ์ 10 แบบคละกันไป ในอัตรา 1 แบบต่อ 5,000 ซอง หรือภาชนะบรรจุบุหรี่ยาสูบ.”

(2) ข้อพิพาทในศาลยุติธรรมภายในรัฐ

ประกาศของกระทรวงสาธารณสุขในเรื่องการเปลี่ยนแปลงบรรจุภัณฑ์ให้ปรากฏข้อความคำเตือน รูปภาพ รวมไปถึงลักษณะความอันตรายของผลิตภัณฑ์ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องหลายฝ่ายได้รับผลกระทบ จึงได้มีการใช้สิทธิทางกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐเพื่อให้มีการพิจารณาประกาศฉบับดังกล่าว จากการค้นคว้าพบว่าปัจจุบันนี้กระทรวงสาธารณสุขถูกร้องคดีจากกลุ่มบุคคลทั้งหมด 3 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มแรก คือ กลุ่มบริษัทผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ยาสูบ ซึ่งเป็นภาคส่วนที่ได้รับผลกระทบโดยตรง เนื่องจากเป็นผู้เสียประโยชน์จากหลายด้าน จึงส่งผลให้มีการเรียกร้องการพิจารณาทบทวนมาตรการจากกฎหมายฉบับนี้ กลุ่มที่สอง คือ กลุ่มสมาคมผู้ค้ายาสูบไทยซึ่งเป็นการรวมตัวผู้ค้าทั้งรายปลีก และรายใหญ่เพื่อการในต่อต้านกฎหมายฉบับนี้ และ กลุ่มที่สาม คือ กลุ่มประชาชน 2 ราย ที่ได้มีการร้องคดีว่าประกาศฉบับนี้เป็นการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค เพราะเป็นการทำลายสุนทรียภาพในการบริโภคสินค้าบุหรี่ยุคใหม่ อย่างไรก็ตามในกรณีของบุคคลธรรมดาที่ศาลปกครองได้จำหน่ายคำฟ้องดังกล่าวไปเนื่องจากมิได้เป็นผู้เสียหายโดยตรง เพราะผลของประกาศกระทบต่อบริษัทผู้ผลิตยาสูบมิใช่ประชาชนทั่วไปที่เป็นเพียงผู้เสียหายทางอ้อมเท่านั้น

งานฉบับนี้จะขอกล่าวถึงการฟ้องคดีของกลุ่มผู้ผลิตยาสูบเป็นหลัก เนื่องจากเป็นศูนย์รวมของประเด็นการพิจารณาทางกฎหมาย โดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในช่วงเวลานั้นที่เกิดข้อพิพาทนั้น ได้แบ่งประเด็นแห่งการฟ้องออกเป็นสองลักษณะด้วยกัน คือ ลักษณะแรกเพื่อให้เพิกถอนของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงฉลากรูปภาพและข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องการติดต่อเพื่อเลิกยาสูบในฉลากของบุหรี่ยี่ห้อ กาเรต พ.ศ. 2556 ทั้งฉบับให้พ้นสภาพจากความเป็นกฎหมายสารบัญญัติ มีทั้งหมดสามคดีได้แก่ คดีหมายเลขดำที่ 1324/2556⁴⁸ โดยผู้ฟ้อง ฟิลลิป มอร์ริส (ไทยแลนด์) ลิมิเตด คดีหมายเลขดำที่ 1270/2556⁴⁹ โดยผู้ฟ้องบริษัท เจที อินเตอร์เนชั่นแนล (ไทยแลนด์) จำกัด และ คดีหมายเลขดำที่ 1362/2556⁵⁰ โดยผู้ฟ้องบริษัท บริติช อเมริกัน โทแบคโก (อินเวสเม้นท์) ลิมิเตด ซึ่งคดีทั้งหมดที่กล่าวถึงนั้นนับจนถึงวันที่ทำการสืบค้นยังไม่มีคำสั่งหรือคำพิพากษาใด ๆ จากศาลปกครอง

⁴⁸ คดีหมายเลขดำที่ 1324/2556, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/search.html?page=03suitdetail&ids=2-1-31200>.

⁴⁹ คดีหมายเลขดำที่ 1270/2556, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/search.html?page=03suitdetail&ids=2-1-31145>.

⁵⁰ คดีหมายเลขดำที่ 1362/2556, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/search.html?page=03suitdetail&ids=2-1-31239>.

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการพิจารณาคดีทั้งหมดข้างต้น สองในสามของผู้ฟ้องเห็นว่าประกาศของกระทรวงสาธารณสุขฉบับนี้ส่งผลกระทบต่อตนมาก จึงได้ยื่นคำฟ้องเพิ่มเติมจากคำฟ้องข้างต้น ทำให้เกิดประเด็นการฟ้องในลักษณะที่สอง คือ เพื่อให้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎ หรือ การขอคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมาย เนื่องจากบริษัทจะเกิดความเสียหายที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างใดอย่างหนึ่งในระหว่างการพิจารณาคดี เพราะเกรงว่าหากคำพิพากษามีผลออกมาไม่ตรงกับที่ตนปฏิบัติอาจจะต้องเสียหายจากต้นทุนในการปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีใหม่ในการผลิตสินค้า โดยทั้งสองคดีที่มีการฟ้องขึ้นมาใหม่นั้นศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งเห็นตามผู้ฟ้อง ในกรณี คำร้องที่ 719/2556 โดยผู้ฟ้อง คือ บริษัท เจที อินเตอร์เนชั่นแนล (ไทยแลนด์) จำกัด ที่ร้องให้มีการทุเลาการบังคับให้เป็นไปตามกฎ ส่วนคำร้องที่ 691/2556 โดยผู้ฟ้อง คือ ฟิลลิป มอร์ริส (ไทยแลนด์) ลิมิเตด ที่ร้องให้มีการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งในเวลาต่อมากระทรวงสาธารณสุขได้อุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดที่ได้มีคำสั่งออกมาแล้วทั้งสองกรณี ได้แก่ คำสั่งที่ 269/2557⁵¹ ระหว่าง บริษัท เจที อินเตอร์เนชั่นแนล (ไทยแลนด์) จำกัด กับพวกรวม 2 คน และ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข กับพวกรวม 2 คน และ คำสั่งที่ 234/2557⁵² ระหว่าง ฟิลลิป มอร์ริส (ไทยแลนด์) ลิมิเตด กับพวกรวม 2 คน และ กระทรวงสาธารณสุข กับพวกรวม 2 คน โดยในการนี้บริษัท บริติช อเมริกัน โทแบคโก (อินเวสเม้นท์) ลิมิเตด มีได้มีการร้องขอต่อศาลแต่อย่างใด

ข้อพิพาทของคำร้องทั้งสองนั้นมีประเด็นและการพิจารณาที่คล้ายคลึงกันอย่างยิ่ง เนื่องมาจากการตั้งประเด็นขอคำร้องนั้นเป็นเรื่องเดียวกันทั้งสองคดี ศาลปกครองสูงสุดได้พิเคราะห์สรุปข้อเท็จจริงแล้วว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศกระทรวงเพื่อให้มีการจัดทำป้ายคำเตือนสำหรับบรรจุภัณฑ์ยาสูบเป็นการส่งผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับกฎ และคุ้มครองชั่วคราวไปแล้วตามคำขอของผู้ฟ้องซึ่งก็คือบริษัทผู้ผลิตยาสูบ โดยต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าลักษณะของคำสั่งที่ออกมานั้นเป็นไปตามคำร้องที่ทนายความแต่ละฝั่งได้เลือกใช้ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็น การขอให้มีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับกฎ หรือการให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ผลทางกฎหมายก็เป็นไปในทิศทางอย่างเดียวกัน คือ เพื่อให้มีการระงับการบังคับกฎ (ประกาศกระทรวงสาธารณสุข) เอาไว้เสียก่อนจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีที่ร้องให้มีการเพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าว ในประเด็นนี้กระทรวงสาธารณสุขได้อุทธรณ์คำสั่งเช่นว่านั้นต่อศาลปกครองสูงสุด อันมีประเด็นพิจารณาดังต่อไปนี้

⁵¹ คำสั่งที่ 269/2557, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/admCase/Document/judgement/PDF/2556/01013-560719-2F-570529-0000130933.pdf>.

⁵² คำสั่งที่ 234/2557, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/admCase/Document/judgement/PDF/2556/01013-560691-2F-570516-0000131044.pdf>.

ประเด็นแรกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงฉลากรูปภาพและข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องการติดต่อเพื่อเลิกยาสูบในฉลากของบุหรี่ยี่ห้อเรต พ.ศ. 2556 นั้นไม่น่าจะเกินขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายควบคุมยาสูบ⁵³ ตามที่ผู้ฟ้องกล่าวอ้าง วัตถุประสงค์ของกฎหมายก็เพื่อการคุ้มครองประชาชนและเยาวชนจากการถูกชักจูงเข้ามาเพื่อบริโภคยาสูบ ซึ่งศาลเห็นว่าจากงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ว่ายาสูบเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของผู้บริโภคจริง ทั้งนี้แม้จะมีประเด็นอื่นที่อาจสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องเรื่องผลกระทบในด้านต่าง ๆ ซึ่งยังมิได้มีการศึกษา เช่น ผลกระทบจากการขยายพื้นที่คำเตือนว่ามาตราการเช่นนี้บรรล่วัตถุประสงค์ หรือได้สัดส่วนที่เหมาะสมหรือไม่นั้น ก็มีอาจเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจมีคำสั่งทุเลาการบังคับกฎหมายเช่นนั้น

ประเด็นที่สองแม้ว่าศาลจะอนุญาตให้ประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับในระหว่างรอคำสั่งศาลนั้น ผู้ฟ้องก็ได้เสียประโยชน์จนอาจเกินเยียวยาได้ แม้ในผลสุดท้ายศาลจะมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งอันมาจากประกาศฉบับดังกล่าวก็ตาม เพราะผู้ฟ้องคดียังสามารถจัดระบบการผลิตให้กลับมาเป็นเช่นเดิมได้โดยที่ไม่เสียหายเกินขนาด เพราะเป็นระบบการผลิตดั้งเดิมที่ผู้ฟ้องทำการผลิตมาเป็นเวลานาน พร้อมทั้งไม่กระทบต่อเครื่องหมายการค้าหรือสิทธิประโยชน์อื่นในภายหลัง จึงไม่เป็นภาระเกินสมควร⁵⁴ เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า มีหลายบริษัทผู้ผลิตยาสูบที่มิได้รับผลกระทบจากการที่มีการบังคับใช้ประกาศกระทรวงฉบับนี้ ดังนั้น การบังคับใช้ประกาศกระทรวงสาธารณสุขฯ จึงสามารถบังคับใช้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างพิจารณา และไม่เป็นการทำให้ผู้ฟ้องจะต้องเสียประโยชน์เกินสมควร หากในภายหลังได้มีการเพิกถอนประกาศฉบับนี้

ประเด็นที่สามการทุเลาการบังคับประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงฉลากรูปภาพและข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องการติดต่อเพื่อเลิกยาสูบในฉลากของบุหรี่ยี่ห้อเรต พ.ศ. 2556 ในระหว่างการพิจารณาคดีไม่มีผลกระทบต่อรัฐ และควรให้มีผลบังคับใช้ได้เนื่องจากไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย ทั้งนี้หากผลมีการเปลี่ยนแปลงคือจำเป็นต้องมีการเพิกถอนกฎดังกล่าวก็ไม่เกินกว่าที่จะเยียวยาได้ ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งว่าให้ทุเลาการบังคับประกาศฉบับดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นด้วย จึงมีคำสั่งกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น เพื่อเป็นการยกคำขอทุเลาการบังคับ⁵⁵ สำหรับคดีที่บริษัท เจที อินเทอร์เน็ตชั่นแนล (ไทยแลนด์) จำกัด เป็นผู้ฟ้อง ส่วนคดีที่ฟิลลิป มอริส (ไทยแลนด์) ลิมิเตดเป็นผู้ฟ้องศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเป็นการกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น⁵⁶

⁵³ คำสั่งที่ 269/2557, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น. 58.

⁵⁴ คำสั่งที่ 269/2557, อ้างแล้ว, น. 59.

⁵⁵ คำสั่งที่ 269/2557, อ้างแล้ว, น. 60.

⁵⁶ คำสั่งที่ 234/2557, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น. 58.

ประเด็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดของทั้งสองคดีข้างต้นพบว่า ศาลปกครองให้น้ำหนักความสำคัญไปที่สุขภาพของประชาชนภายในรัฐเพื่อรักษาไว้ซึ่งวัตถุประสงค์แห่งตัวพระราชบัญญัติควบคุมยาสูบอันเป็นกฎหมายแม่บทของประกาศฉบับนี้ โดยศาลเห็นว่าปัญหาเรื่องสุขภาพจากการบริโภคยาสูบนั้นสำคัญยิ่งไม่เฉพาะแต่ผู้ที่บริโภคยาสูบหรือผู้ใหญ่นั้น แต่ศาลยังให้ความสำคัญอย่างมากสำหรับนักสูบหน้าใหม่หรือเยาวชนที่อาจเข้ามาบริโภคได้จำนวนมากขึ้น หากไม่มีการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ นอกจากนี้ศาลยังมีความเห็นต่อไปว่าการบังคับใช้ประกาศดังกล่าวไม่เป็นการทำให้ผู้ผลิตได้รับความเสียหายอย่างถึงขนาดที่จะไม่สามารถเยียวยาได้หากมีการให้ยกเลิกประกาศดังกล่าว ทำให้คำสั่งที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งทั้งสองกรณีได้ตกไปตามผลแห่งคำสั่งศาลปกครองสูงสุดนี้

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดเป็นการกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งให้สมประโยชน์ดังที่ผู้ฟ้องต้องการ กลับกลายเป็นกระทรวงสาธารณสุขสามารถบังคับใช้ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงฉลากรูปภาพและข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องการติดต่อเพื่อเลิกยาสูบในฉลากของบุหรี่ยี่ห้อ พ.ศ. 2556 จากเหตุและผลที่ได้นำเสนอมา ทำให้เล็งเห็นแนวทางการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดว่า คำพิพากษาทั้งสามที่เหลือที่ผู้ฟ้องได้ประสงค์ให้มีการเพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าวนั้นอาจมีแนวโน้มที่จะไม่ประสบความสำเร็จ และประกาศฉบับนี้จะไม่ถูกเพิกถอน แต่จะมีผลบังคับใช้ต่อไปฐานะกฎหมายลูกของพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 เพราะ เหตุผลจากคำพิพากษาที่กล่าวไว้ ศาลปกครองสูงสุดนั้นให้ความสำคัญแก่ปัญหาในเรื่องสุขภาพของประชาชนภายในรัฐมากกว่าปัญหาในการดำเนินการผลิตของผู้ผลิตยาสูบ โดยเฉพาะนักสูบหน้าใหม่ที่เป็นเยาวชน อย่างไรก็ตามยังมีกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเขียนลงไปในคำสั่งว่ายังมีอีกหลายประเด็นที่ยังไม่ได้นำเสนอและจะต้องได้รับการพิจารณาเพื่อประกอบการออกคำสั่งจากคำฟ้องหลัก ได้แก่ การขยายขนาดป้ายคำเตือนเป็นร้อยละ 85 ตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ผลิตเกินสมควรหรือไม่ มาตรการดังกล่าวบรรลุวัตถุประสงค์อย่างแน่แท้หรือก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคคู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ผลิตอันเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมหรือไม่ และผลกระทบต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ทรงสิทธิมากเกินควรหรือไม่⁵⁷ จะเห็นได้ว่าประเด็นเรื่องสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตยาสูบที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมโดยการย่อขนาดให้เล็กลง ตามคำฟ้องของผู้ฟ้องนั้นได้มีการอ้างว่าลักษณะบ่งเฉพาะรวมถึงค่านิยมที่มาพร้อมกับลักษณะบ่งเฉพาะแห่งเครื่องหมายการค้าที่ตนเป็นเจ้าของได้รับความเสียหายและถูกทำลายลงไปในอีกนัยหนึ่งไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าดังที่ตนจดทะเบียนไว้ได้⁵⁸ ทั้งนี้ต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าคดีความทั้งหมดยังอยู่ในศาลปกครองชั้นต้นที่จะต้องมีการพิจารณาเป็นลำดับต่อไป

⁵⁷ คำสั่งที่ 269/2557, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น. 58.

⁵⁸ คำสั่งที่ 269/2557, เพิ่งอ้าง, น. 5-6.

(3) ข้อโต้แย้งของกระทรวงสาธารณสุข

กระทรวงสาธารณสุขในฐานะผู้ถูกฟ้องต่อศาลปกครองจากบริษัทผู้ผลิตยาสูบ ได้มีการโต้แย้งคำกล่าวอ้างของบริษัทยาสูบเอาไว้หลายประเด็นด้วยกัน เพื่อเป็นการแสดงจุดยืนว่าประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงฉลากรูปภาพและข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องทางการติดต่อเพื่อเลิกยาสูบในฉลากของบุหรี่ยี่ห้อ แรต พ.ศ. 2556 ที่ตราขึ้นนั้นมีความชอบธรรมในการบังคับได้ตามกรอบของกฎหมาย ซึ่งเป็นที่น่าสนใจและสมควรนำมาประกอบการศึกษากับกฎหมายควบคุมยาสูบของไทย สำหรับข้อมูลในส่วนนี้ จิระวัฒน์ อยู่สบาย นิติกรสำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุขได้นำเสนอไว้ ในการเสวนาเรื่อง “การค้าเสรีของ WTO และกฎเกณฑ์การควบคุมสินค้ายาสูบของ WHO FCTC: สิทธิของบริษัทบุหรี่ยี่ห้อ หรือ สิทธิของรัฐในการออกประกาศคำเตือนบนซองบุหรี่ยี่ห้อ” จัดโดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁵⁹

ประการแรกข้อกล่าวอ้างที่ว่า การออกประกาศฯ ออกโดยไม่มีอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่กฎหมายแม่บทกำหนด ตามมาตรา 12 ประกอบการอ้างรายละเอียดจากเรื่องเสร็จที่ 535/2547⁶⁰ ที่กรมควบคุมโรคยื่นให้คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยเกี่ยวกับการโฆษณาของผลิตภัณฑ์ยาสูบในประเด็นต่าง ๆ มีข้อความในคำวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติให้ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องแสดงฉลากที่หีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยมีหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแสดงฉลากและข้อความในฉลากเป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา แต่คำว่า “Mild seven” เป็นชื่อเครื่องหมายการค้าไม่ใช่ข้อความในฉลาก จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของประกาศกระทรวงสาธารณสุขที่ออกตามความในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535”⁶¹ กล่าวคือ มีการอ้างว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า เครื่องหมายการค้าไม่อยู่ภายใต้บังคับของประกาศฯ ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 12 ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับเครื่องหมายการค้าจึงเป็นเรื่องไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁵⁹ จิระวัฒน์ อยู่สบาย, บริษัทบุหรี่ยี่ห้อฟ้องร้องกระทรวงสาธารณสุข กรณี: ออกประกาศภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ยี่ห้อขนาด 85%, การเสวนาทางวิชาการ การค้าเสรีของ WTO และกฎเกณฑ์การควบคุมสินค้ายาสูบของ WHO FCTC: สิทธิของบริษัทบุหรี่ยี่ห้อ หรือ สิทธิของรัฐในการออกประกาศคำเตือนบนซองบุหรี่ยี่ห้อ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร. 2557.

⁶⁰ เรื่องเสร็จที่ 535/2547, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง “ปัญหาข้อกฎหมายตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง มาตรา 9 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535.”

⁶¹ เรื่องเสร็จที่ 535/2547, เพ็ญอ้าง, น. 6-7.

ข้อกล่าวอ้างนี้ไม่ถูกต้องเพราะ มาตรา 12 วรรค 2 บัญญัติให้อำนาจในการออกประกาศฉบับนี้ทำให้มีกฎหมายแม่บทรองรับแล้ว นอกจากนี้เรื่องเสรีที่ 535/2547 ที่มีการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าไม่อยู่ในบังคับของประกาศนั้นจะต้องมีการพิจารณาประกอบกับเรื่องเสรีที่ 435/2545⁶² ที่กรรมการแพทยหารือกับคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องการหาความหมายของคำว่า ฉลาก และหีบห่อ มีข้อความในคำวินิจฉัยว่า “ความหมายของฉลากก็เพื่อเตือนให้ผู้บริโภคเล็งเห็นพิษภัยของบุหรี ดังนั้น จึงสามารถที่จะแสดงออกมาเป็นรูป รอยประดิษฐ์ เครื่องหมาย หรือข้อความก็ได้ ซึ่งในความหมายของคำว่ารูปให้มีความหมายรวมถึงรูปภาพด้วย มิได้จำกัดว่าจะต้องแสดงเป็นข้อความอย่างเดียวเท่านั้น”⁶³ กล่าวคือ การอ้างเรื่องเสรีที่ 535/2547 เพื่อให้ประกาศฉบับนี้ขาดความชอบธรรมจึงไม่ถูกต้อง เพราะเป็นการใช้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาอย่างไม่ตรงประเด็น เนื่องจากประกาศฉบับดังกล่าวไม่ได้ออกมาเพื่อบังคับตัวเครื่องหมายการค้าโดยตรง แต่เพื่อใช้บังคับกับประกาศคำเตือนประกอบรูปภาพบนซองบุหรีเท่านั้นซึ่งก็ได้รับการยืนยันแล้วว่าจากคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วว่าคำเตือนนั้นให้หมายรวมถึงรูปภาพด้วยเช่นเดียวกัน

ประการที่สองข้อกล่าวอ้างที่ว่าการออกประกาศฉบับนี้ไม่เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 57 เฉพาะ วรรค 2 ความว่า “การวางแผนพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การวางผังเมือง การกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ที่ดิน และการออกกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ให้รัฐจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึงก่อนดำเนินการ” เพราะการออกประกาศไม่มีการจัดกระบวนการรับฟังความคิดเห็นประชาชน เมื่อพิจารณาประกอบกับ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 มาตรา 8 (3) ความว่า “ก่อนเริ่มดำเนินการ ส่วนราชการต้องจัดให้มีการศึกษาวิเคราะห์ผลดีและผลเสียให้ครบถ้วนทุกด้าน กำหนดขั้นตอนการดำเนินการที่โปร่งใส มีกลไกตรวจสอบการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนในกรณีที่เกิดผลกระทบต่อประชาชน ส่วนราชการต้องดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนหรือชี้แจงทำความเข้าใจเพื่อให้ประชาชนได้ตระหนักถึงประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับจากภารกิจนั้น” มาตรา 35 ความว่า “ส่วนราชการมีหน้าที่สำรวจ ตรวจสอบ และทบทวนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศ ที่อยู่ในความรับผิดชอบเพื่อดำเนินการยกเลิก ปรับปรุง หรือจัดให้มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศใหม่ขึ้นให้ทันสมัยและเหมาะสมกับสภาพการณ์ หรือสอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความสะดวกรวดเร็วและลดภาระของประชาชนเป็นสำคัญ”

⁶² เรื่องเสรีที่ 435/2545, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง “การแสดงฉลากและข้อความในฉลากของบุหรีซีกาแรตตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535.”

⁶³ เรื่องเสรีที่ 435/2545, เพ็ญอ้าง, น. 2-3.

ข้ออ้างข้างต้นมีการเน้นประเด็นการลดภาระให้กับประชาชนซึ่งเป็นหน้าที่สำคัญของหน่วยงานราชการนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากการอ้างรัฐธรรมนูญตามมาตรา 57 เฉพาะวรรค 2 จะต้องตีความร่วมกับวรรคแรกที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาต หรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว” ดังนั้น การออกประกาศฉบับนี้เป็นการออกตามประกาศที่รัฐโดยกระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจอยู่แล้ว ไม่ใช่เป็นเรื่องสาระสำคัญ (Mega Project) ตามวรรคหนึ่งดังเช่นที่บริษัทบุหรี่ยกอ้างที่จะต้องมีการสอบถามประชาชนตามมาตรา 57 วรรค 2 ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติฯ มาตรา 35 แสดงให้เห็นชัดแล้วว่ารัฐมีหน้าที่จะต้องทำกฎหมายให้ทันสมัย ซึ่งในกรณีนี้กระทรวงสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบซึ่งเป็นกฎหมายใหม่และทันสมัยเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนนั่นเอง

ประการที่สามข้อกล่าวอ้างที่ว่าประกาศฉบับนี้ขัดต่อกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า คือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ทั้งยังขัดต่อหลักการแบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า และ ทำให้เสื่อมซึ่งสิทธิในการใช้ประโยชน์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและจำเป็นของทรัพย์สินทางปัญญาเสียไป การเพิ่มภาพคำเตือนเป็นการลดส่วนประกอบของสินค้าและบริการลงไปอีกด้วยนั้นไม่ถูกต้อง เพราะ ศักดิ์ตามกฎหมายทั้งสองเป็นพระราชบัญญัติเหมือนกัน และวัตถุประสงค์ก็ได้ขัดแย้งกัน เพราะเป็นการคุ้มครองกันคนละมิติกันระหว่างสุขภาพ และสิทธิในเครื่องหมายการค้ามิให้ถูกละเมิด แสดงให้เห็นในทางปฏิบัติที่เป็นเพียงการย่อเครื่องหมายการค้าเท่านั้น โดยการย่อมิได้เป็นการจำกัดการใช้ทั้งหมด เพียงแต่เป็นการย่อส่วนให้จำกัดพื้นที่เฉพาะการนำเครื่องหมายการค้าไปใช้เท่านั้น จึงไม่ถึงขนาดที่ผู้บริโภคไม่สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการอันเป็นวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าได้ สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้ายังคงอยู่

ประการที่สี่ข้อกล่าวอ้างที่ว่าประกาศฉบับนี้สร้างภาระเกินสมควรแก่บริษัทบุหรี่ยกอ้างว่าจะจำเป็นต้องมีการใช้รูปภาพ 10 แบบต่อ 1 Carton และ บุหรี่ที่มีรูปแบบของบรรจุภัณฑ์เดิมจะอนุญาตให้ขายต่อได้เพียง 90 วันนั้น ไม่ถูกต้อง เพราะ ผลกระทบดังกล่าวไม่ทำให้บริษัทบุหรี่ยกเสียหาย ยังสามารถดำเนินกิจการของตนเองต่อไปได้ และในประเด็นระยะเวลา 90 วันบริษัทบุหรี่ยกสามารถกระทำได้โดยตลอดในการออกประกาศครั้งก่อน ๆ เพียงแต่มาทักท้วงในครั้งนี้นี้เท่านั้น

ประการที่ห้าข้อกล่าวอ้างที่ว่าประกาศมีแนวโน้มเอื้อผลประโยชน์ให้กับบุหรี่ยกอ้างว่าราคาประหยัด เนื่องส่วนพื้นที่แสดงยี่ห้อหรือน้อยลงทำให้ประชาชนไม่สามารถแยกแยะสินค้าได้ ความนิยมของประชาชนจึงมีแนวโน้มไปที่สินค้านั้นๆ นั้นไม่ถูกต้อง เพราะ ผู้บริโภคบุหรี่ยกมีความจงรักภักดีต่อตราการค้าในระดับที่สูงมาก (Brand Loyalty) ดังนั้น การเลือกซื้อทางปฏิบัติผู้บริโภคมักจดจำ และเลือกซื้อสินค้าจากยี่ห้อของสินค้าที่ตนเคยบริโภคเป็นประจำอยู่แล้วนั่นเอง

4.2.2.3 สหภาพยุโรป

(1) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

ข้อกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบรรจุภัณฑ์ยาสูบภายในสหภาพยุโรป สำหรับงานฉบับนี้ จะนำเสนอเพียงข้อกฎหมายที่ทางสหภาพตราขึ้นเพื่อเป็นภาพรวมในการศึกษา ซึ่งจะไม่มีการศึกษากฎหมายภายในแต่ละประเทศสมาชิกทั้งหมด โดยกฎหมายที่จะนำเสนอ คือ Directive 2014/40/EU ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นแทน Directive 2001/37/EC ฉบับเดิมที่วางมาตรการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้แต่ยังไม่ครบถ้วน เนื่องจากรัฐสมาชิกยังไม่สามารถใช้กฎหมายฉบับเดิมในการขยายป้ายคำเตือน หรือเพิ่มข้อความที่สร้างความตระหนักต่อสารอันตรายในผลิตภัณฑ์ยาสูบได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการทำให้กฎหมายภายในแต่ละรัฐสมาชิกสอดคล้องกันซึ่งแต่เดิมมีการบัญญัติเรื่องผลิตภัณฑ์ยาสูบแตกต่างกันไปทำให้มีผลกระทบต่อตลาดภายใน⁶⁴

Directive 2014/40/EU ก็เป็นการตราบทบัญญัติกฎหมายของสหภาพตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ⁶⁵ ประเด็นที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง คือ Directive 2014/40/EU ได้เขียนเอาไว้ในข้อ 114 (3) ของ Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU)⁶⁶ กำหนดว่าการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์นั้นเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงถึงเป็นอย่างมากเมื่อจะต้องมีการตรากฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบมีใช้สินค้าปกติและมีอันตรายเมื่อมีการบริโภคอย่างต่อเนื่องในระยะเวลาหนึ่ง ดังนั้นการลดปริมาณการบริโภคยาสูบจึงเป็นเรื่องสำคัญยิ่ง⁶⁷ จากบริบทข้างต้นทำให้เห็นว่ากฎหมายภายในของสหภาพแต่เดิมก็มีการรับรองประเด็นการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์เอาไว้อยู่แล้ว

⁶⁴ Directive 2014/40/EU, Whereas (3) and (4).

⁶⁵ Directive 2014/40/EU, Whereas (7).

⁶⁶ TFEU Article 114 (3), “concerning health, safety, environmental protection and consumer protection, will take as a base a high level of protection, taking account in particular of any new development based on scientific facts. Within their respective powers, the European Parliament and the Council will also seek to achieve this objective.”

⁶⁷ Directive 2014/40/EU, Whereas (8), “In accordance with Article 114(3) of the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU), a high level of health protection should be taken as a base for legislative proposals and, in particular, any new developments based on scientific facts should be taken into account. Tobacco products are not ordinary commodities and in view of the particularly harmful effects of tobacco on human health, health protection should be given high importance, in particular, to reduce smoking prevalence among young people.”

Directive 2014/40/EU ได้กำหนดมาตรการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบอยู่หลายประการด้วยกัน อาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายควบคุมยาสูบอย่างครบถ้วนสมบูรณ์มากที่สุดฉบับหนึ่งของสหภาพ สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบ บัญญัติไว้ใน ข้อ 8-13 ประกอบไปด้วยมาตรการป้ายคำเตือนและมาตรการห้ามโฆษณา ดังนี้

ประการแรกมาตรการป้ายคำเตือนของผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องปรากฏอยู่บนบรรจุภัณฑ์ภายนอกทั้งหมดสำหรับพื้นที่ได้มีการกำหนดไว้ตามกฎหมาย โดยจะต้องเห็นได้อย่างชัดเจนและไม่ถูกบดบังด้วยข้อความหรือสิ่งอื่นใด เช่น อาการแสดง⁶⁸ ทั้งนี้ข้อความคำเตือนทั่วไปกับข้อมูลจะต้องมีพื้นที่จะต้องมีขนาดร้อยละ 50 ของพื้นที่ที่ถูกพิมพ์ขึ้น⁶⁹ อย่างไรก็ตามพื้นที่ป้ายคำเตือนบนของบรรจุภัณฑ์เมื่อประกอบด้วยข้อความคำเตือนและรูปภาพแล้วจะต้องมีขนาดทั้งด้านหน้าและด้านหลังร้อยละ 65⁷⁰ ของบรรจุภัณฑ์ยาสูบ⁷¹

ประการที่สองมาตรการห้ามโฆษณากำหนดว่าป้ายผลิตภัณฑ์นั้นจะต้องไม่ปรากฏข้อความที่สนับสนุนหรือส่งเสริมให้มีการบริโภคยาสูบ อันเป็นการสร้างความเข้าใจผิดในตัวผลิตภัณฑ์ในเรื่องความอันตราย ลักษณะทางกายภาพ ผลกระทบต่อสุขภาพ หรือเป็นการแนะนำว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ก่อให้เกิดอันตรายจากการบริโภค หรือ มีคุณสมบัติในเชิงเป็นประโยชน์แต่อย่างใด เช่น ข้อความที่ว่ามีส่วนผสมของสมุนไพร ช่วยในการรักษาและฟื้นฟู ฯลฯ ทั้งนี้การปรากฏข้อความข้างต้นให้หมายรวมถึง รสชาติ รสสัมผัส กลิ่น หรือสารเติมแต่งอื่นใดที่ให้ผลเช่นเดียวกันอีกด้วย⁷² นอกจากนี้บทบัญญัติตามข้อ 13 พิจารณาแล้วมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของออสเตรเลียที่ได้นำเสนอไปส่วนก่อนนี้เป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นการประกอบไปด้วยมาตรการสองรูปแบบเช่นเดียวกัน ซึ่งแน่นอนว่า Directive ฉบับนี้มีการบัญญัติในส่วนของเครื่องหมายการค้าเช่นกันตามข้อ 13 (3)⁷³ ว่า “สิ่งใด ๆ ที่ถูกห้ามให้ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ตามที่กล่าวไว้ข้างต้นให้หมายรวมถึงแต่ไม่จำกัดอยู่ที่ ข้อความ สัญลักษณ์ ชื่อ เครื่องหมายการค้า รูปลักษณ์ หรือ สัญลักษณ์อย่างอื่นใด” หมายความว่าบทบัญญัติตามกฎหมายนี้มีความเข้มข้นในการบังคับใช้เช่นเดียวกับบรรจุภัณฑ์แบบเรียบอันเป็นมาตรการของออสเตรเลีย ซึ่งมีความเข้มข้นมากกว่ากฎหมายของราชอาณาจักรไทยที่บังคับใช้เฉพาะป้ายคำเตือน แต่ส่วนเครื่องหมายการค้าใช้วิธีการย่อนั่น

⁶⁸ Directive 2014/40/EU, Article 8 (3)-(4).

⁶⁹ Directive 2014/40/EU, Article 9 (3).

⁷⁰ Directive 2014/40/EU, Article 10 (c).

⁷¹ Directive 2014/40/EU, Article 11 (1).

⁷² Directive 2014/40/EU, Article 13 (a)-(c).

⁷³ Directive 2014/40/EU, Article 13 (3) “The elements and features that are prohibited pursuant to paragraphs 1 and 2 may include but are not limited to texts, symbols, names, trademarks, figurative or other signs.”

(2) ข้อพิพาทในศาลยุติธรรมภายในรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป

Directive 2014/40/EU ที่สร้างขึ้นมานั้นส่งผลให้รัฐสมาชิกภายในสหภาพยุโรปจะต้องดำเนินการบูรณาการกฎหมาย (Legal Harmonization) ภายในของตนให้มีความสอดคล้องกัน ส่งผลให้นำไปสู่การร้องคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐจากผู้ผลิตยาสูบ โดยในงานฉบับนี้จะนำเสนอข้อพิพาทในศาลปกครองของอังกฤษเพื่อเป็นตัวอย่างแห่งการศึกษาเนื่องจากมีประเด็นการวินิจฉัยที่น่าสนใจและสอดคล้องกับประเด็นที่งานฉบับนี้เสนอ ทั้งนี้ยังมีส่วนการวิเคราะห์แตกต่างจากศาลออสเตรเลียข้างต้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

สหราชอาณาจักรออกกฎหมายเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์ยาสูบชื่อว่า The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 ซึ่งเป็นการออกบทบัญญัติตาม Directive 2014/40/EU ของสหภาพข้างต้น ซึ่งย้อนไปถึงกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก สำหรับประเด็นเรื่องซองบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบและประเด็นเครื่องหมายการค้าอยู่ที่บทที่ 4 ว่าด้วยข้อกำหนดที่ใช้บังคับกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ ในข้อ 10 para. 2 ประกอบ para. 3 (5)⁷⁴ และเป็นที่แน่นอนว่าจะต้องมีการกำหนดเรื่องป้ายคำเตือนความอันตรายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ⁷⁵ ซึ่งมีข้อความคล้ายคลึงกับที่บัญญัติไว้ใน Directive ประเด็นที่กล่าวมานี้ไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือตราการค้า รวมไปถึงรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ยาสูบนั้นรัฐสภาของอังกฤษผู้ออกกฎหมายฉบับดังกล่าวได้นำเสนองานวิจัยที่ให้ผลตรงกันว่าสิ่งเหล่านี้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อพฤติกรรมและส่งเสริมให้มีการบริโภคสินค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องได้รับการแก้ไข เพื่อเป็นการสนับสนุนหลักเหตุผลรองรับในการออกกฎหมายฉบับนี้⁷⁶ โดยบทกฎหมายที่ว่านี้จะมีผลใช้บังคับวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2016

⁷⁴ The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015, Article 10 para. 2 (2) “The labelling of— (a) the packaging in which a tobacco product is, or is intended to be, presented for retail sale, or (b) the product itself, may not contain any element or feature falling within paragraph (3).

para. 3 (5) (5) The elements and features referred to in paragraphs (2) to (4) include (but are not limited to) texts, symbols, names, trade marks, figurative signs and other types of sign.”

⁷⁵ The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015, Article 3 para. 3.

⁷⁶ Summary of Judgment by Mr. Justice Green Queen’s Bench Division of the High Court Administrative Court, *British American Tobacco & Others v. Department of Health*, para. 1-2.

คดี *British American Tobacco & Others v. Department of Health*⁷⁷ เป็นคดีที่บริษัทสูบได้ร้องต่อกรมสาธารณสุขเกี่ยวกับกฎหมายควบคุมยาสูบ ซึ่งอยู่ในอำนาจศาลปกครองที่อยู่ภายใต้ศาลสูงแผนกควีนส์เบนช์ (Administrative Court under Queen's Bench Division of the High Court) เพราะเป็นการพิจารณากฎหมายหรือข้อบังคับตามกฎหมาย โดยผลแห่งคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายควบคุมยาสูบนั้นมีความเหมาะสมและได้สัดส่วนแล้ว (Suitable and Appropriate)⁷⁸ โดยศาลได้ปฏิเสธฟ้องของผู้ฟ้อง ได้แก่ (1) กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้สัดส่วนและมีความไม่เหมาะสม⁷⁹ ซึ่งศาลเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มีความเหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องสุขภาพของมนุษย์แล้ว⁸⁰ (2) กฎหมายดังกล่าวไม่มีความจำเป็นเนื่องจากสามารถหามาตรการที่มีความรุนแรงน้อยกว่าและบรรลุวัตถุประสงค์ที่ให้ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกันได้⁸¹ ซึ่งศาลเห็นว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เท่าเทียมกับกฎหมายฉบับนี้อีกแล้ว⁸² (3) ตามหลักความสมดุลระหว่างสิทธิของเอกชนในการใช้เครื่องหมายการค้าและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างอื่นกับประโยชน์ด้านสาธารณสุขนั้นในกรณีนี้ผู้ฟ้องเห็นว่าขาดสมดุลโดยตนเห็นว่าไม่เป็นธรรม⁸³ ซึ่งศาลเห็นว่ามีความสมดุลแล้วโดยการให้ความชอบธรรมแก่ผลประโยชน์ด้านสุขภาพโดยรวมมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงินของเอกชน⁸⁴ นอกจากนี้ผู้ฟ้องยังอ้างว่าตนถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนของทรัพย์สิน เฉพาะเจาะจงไปกว่านั้นสิทธิในเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และ กู้ดวิลล์ โดยผู้ฟ้องอ้างว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการเวนคืนสิทธิในทรัพย์สินของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีค่าตอบแทนอย่างเป็นธรรม⁸⁵ ซึ่งในประเด็นนี้เป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าผู้ฟ้องได้ยกเหตุผลประกอบการโต้แย้งตามหลักของสิทธิมนุษยชนภายใต้ European Convention on Human Rights, under the Fundamental Charter in EU Law และกฎหมาย Common Law ที่อยู่บนพื้นฐานของงานวรรณกรรมและการศึกษาช่วงศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา⁸⁶

⁷⁷ In the High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, Case No: CO/ 2322/ 2015, CO/ 2323/ 2015, CO/ 2352/ 2015, CO/ 2601/ 2015 & CO/2706/2015, *British American Tobacco & others v. Department of Health*.

⁷⁸ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 596.

⁷⁹ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 455.

⁸⁰ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 592.

⁸¹ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 662.

⁸² *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 679.

⁸³ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 186.

⁸⁴ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 711.

⁸⁵ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 712.

⁸⁶ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 12.

ประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนที่กล่าวถึง เป็นประเด็นสำคัญซึ่งงานฉบับนี้จะวิเคราะห์คำพิพากษากับหลักเหตุผลที่จะได้นำเสนอถึงความเชื่อมโยงในหัวข้อถัดไป กล่าวคือ ในคดีนี้ศาลได้ปฏิเสธคำฟ้องของผู้ฟ้องโดยให้เหตุผลว่ากฎหมายควบคุมยาสูบไม่ได้พรากสิทธิในทรัพย์สินไปจากผู้ฟ้องแต่อย่างใด ประการสำคัญ คือ ศาลได้มีการยอมรับว่ากฎหมายควบคุมยาสูบเป็นการจำกัดและกักต (Limit and Restrict) การใช้สิทธิในทรัพย์สินจริง แต่อย่างไรก็ตามการกระทำเช่นนี้ได้นำมาโดยเหมาะสมและชอบด้วยกฎหมายแล้ว เพราะ หากพิจารณาถึงหลักความสมดุลกฎหมายฉบับนี้ก็เป็นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินและผลประโยชน์ของสังคมด้านสาธารณสุข โดยได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน เนื่องจากเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเอกชนเชิงพาณิชย์และผลประโยชน์มหาชนเชิงสาธารณสุข ศาลจึงขอปฏิเสธที่จะให้รัฐจ่ายค่าชดเชยใด ๆ ให้แก่ผู้ฟ้อง เนื่องจากศาลไม่เห็นว่ามีเหตุผลที่รัฐจะต้องรับผิดชอบในมาตรการที่ตนสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ด้านสุขภาพให้แก่ประชาชนภายในรัฐ⁸⁷ ทั้งนี้ศาลยังได้วิเคราะห์เพิ่มเติมอีกว่าการควบคุมยาสูบของอังกฤษมีความชอบธรรมในการบัญญัติทุกประการไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในประเทศ กฎหมายสหภาพยุโรป หรือแม้กระทั่งกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก⁸⁸

กล่าวโดยสรุปการศึกษาส่วนข้อกฎหมายและคำพิพากษาของศาลปกครองนี้จะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่ากฎหมายดังกล่าวยังไม่มีสภาพบังคับใช้ ณ วันที่มีคำพิพากษา ทำให้ลักษณะของมาตรการยังไม่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของ The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 สามารถพิจารณาได้ว่าแนวทางการสร้างกฎหมายของอังกฤษและสหภาพยุโรปประสงค์ให้ผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องเป็นบรรจุภัณฑ์แบบเรียบเช่นเดียวกับออสเตอร์เลียซึ่งมีการจำกัดสิทธิการใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้นแนวทางการสร้างกฎหมาย จึงมีความเข้มข้นในการบังคับมากกว่าในราชอาณาจักรไทย ที่เน้นการบัญญัติเฉพาะเรื่องป้ายคำเตือนเท่านั้น รายละเอียดของคำพิพากษานี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมีประเด็นของผู้ฟ้องที่สามารถเทียบเคียงกับประเด็นที่งานฉบับนี้ต้องการนำเสนออยู่หลายส่วนทั้งในบริบทของหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก และข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมไปถึง เรื่องสิทธิมนุษยชนที่มีได้ถูกนำมาวิเคราะห์เสียเท่าใดนักทั้งในการรื้อคดีทั้งต่อกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐ หรือองค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ทั้งนี้ประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีพัฒนาการมาจากลักษณะความเป็นเจ้าของตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่ได้นำเสนอมาแล้วทั้งในส่วนภาคประวัติศาสตร์ และปรัชญาของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของสิทธิที่สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน คือ สิทธิในการใช้ และ สิทธิเชิงปฏิเสธ

⁸⁷ British American Tobacco v. Department of Health, *Ibid.*, para. 785, 824 and 857.

⁸⁸ Summary of Judgment by Mr. Justice Green, *supra* note 76, para. 15.

คำพิพากษานับนี้มีความแตกต่างจากคำพิพากษา JT International SA และ British American Tobacco Australia Limited & Others ในศาล The Commonwealth of Australia ซึ่งในคดีของออสเตรเลียได้มีการอ้างถึงประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน ในลักษณะการแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน ในการตรึงกันห้ามการพิจารณาของศาล ออสเตรเลียได้มีการพิจารณาให้เหตุผลเรื่องการเวนคืนทรัพย์สินในลักษณะที่ว่าเมื่อรัฐมิได้ผลประโยชน์จากการเวนคืน ย่อมไม่เป็นการเวนคืนทรัพย์สินและสิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นสิทธิเชิงปฏิเสธในการห้ามบุคคลอื่นเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของตนเท่านั้น เมื่อรัฐมิได้เข้ามาใช้เครื่องหมายของผู้ผลิตยาสูบจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งงานฉบับนี้ได้ทำการตั้งข้อสังเกตไปพร้อมกับคำพิพากษาของศาลออสเตรเลียแล้ว

คำพิพากษาของศาลปกครองอังกฤษได้ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของ ประโยชน์สาธารณะที่แสดงให้เห็นผ่านบทสรุปแห่งคำพิพากษาที่ศาลยืนยันว่าเมื่อพิจารณาเหตุผล แห่งการคุ้มครองสิทธิเอกชนในด้านความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นการสร้างผลกำไรเชิงธุรกิจนั้น ไม่ อาจเทียบกับประโยชน์ด้านสาธารณสุขได้เลย ดังนั้นการจำกัดและจำกัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมาย การค้าในการใช้เพียงบางส่วนออกไปทั้งที่เครื่องหมายการค้ายังสามารถทำหน้าที่ของตนอยู่ได้จึงเป็น การได้สัดส่วนตามหลักการสร้างความสมดุลแล้ว นอกจากนี้ในส่วนสาระสำคัญที่คำพิพากษานับนี้ได้ นำเสนอ คือศาลปกครองอังกฤษได้มีการยอมรับอย่างชัดแจ้งในคำพิพากษาว่าลักษณะของมาตรการ บรรจุภัณฑ์ที่สร้างขึ้นเป็นการจำกัดการใช้สิทธิในการใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าที่อยู่ในฐานะ สิทธิเหนือทรัพย์สินอันจัดอยู่ในหมวดหมู่ของสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง ดังนั้นจึงอนุมานได้ว่าศาล ปกครองอังกฤษได้มีการยอมรับความมีอยู่ของสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา และใน กรณีนี้สิทธิดังกล่าวถูกจำกัดจากกฎหมายบรรจุภัณฑ์ยาสูบจริง แต่การจำกัดการใช้เช่นนี้ว่าเป็นเรื่องที่ ยอมรับได้ เพราะบทกฎหมายมีความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของ มนุษย์ที่มีสัดส่วนอย่างเหมาะสมตามหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาและผลประโยชน์สาธารณะ โดยมีเหตุผลและกฎหมายบัญญัติให้การรับรอง ในส่วนของ หลักเกณฑ์ทางการค้าที่ศาลเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นมาตรการที่มีความจำเป็น ศาลได้อ้างถึงข้อ 8 (1) ความตกลงทริปส์⁸⁹ เพื่อเป็นการสนับสนุนความชอบธรรมของกฎหมายฉบับดังกล่าว ส่วนเหตุผล ชุดนี้เองที่แตกต่างกับคำพิพากษาของศาลออสเตรเลียอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากศาลออสเตรเลียพิจารณา ว่าบรรจุภัณฑ์แบบเรียบไม่เป็นการละเมิดสิทธิเครื่องหมายการค้า เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเชิง ปฏิเสธตามกฎหมายบัญญัติที่มีได้ถูกละเมิดโดยรัฐซึ่งเป็นการนำเสนอลักษณะของสิทธิเพียงด้านเดียว ดังนั้น คำพิพากษาของศาลปกครองอังกฤษจึงมีการแสดงข้อความคิดในการวิเคราะห์อย่างครบถ้วน ตรงตามเหตุผลและข้อมูลที่งานฉบับนี้ได้นำเสนอ

⁸⁹ British American Tobacco v. Department of Health, *supra* note 77, para. 916.

4.2.3 ข้อพิพาทเรื่องบรรจุภัณฑ์ยาสูบในองค์การการค้าโลก

เมื่อรัฐออสเตรเลียได้อนุมัติการและบังคับใช้กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ โดยบัญญัติกฎหมายภายในชื่อว่า Tobacco Plain Packaging Act 2011 รัฐผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบจึงได้มีการร้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก เพื่อให้พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการดังกล่าว ซึ่งประเด็นพิพาทสำคัญที่ถูกหยิบยกขึ้นเพื่อโต้แย้งมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบของออสเตรเลียส่วนใหญ่เน้นไปที่หลักเกณฑ์ทางการค้าที่ได้นำเสนอไปในบทก่อนหน้านี้แล้ว ทั้งนี้เพื่อเป็นการย้ำประเด็นทางกฎหมาย ข้อโต้แย้งอาจแบ่งแยกเพื่อการพิจารณา ได้แก่ (1) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ในประเด็นพิพาทเกี่ยวกับ หลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทางการค้าที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในข้อ 1 รวมถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ข้อ 15, 16 และ 20 (2) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ในประเด็นเรื่องมาตรการที่กีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝงในข้อ 2 และ (3) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าในประเด็นพิพาทเกี่ยวกับหลักการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองใน ข้อ 3

ปัจจุบันนี้ข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการของผลิตภัณฑ์ยาสูบที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาขององค์กรระงับข้อพิพาทมีทั้งหมด 5 ข้อพิพาทด้วยกัน โดยประเด็นในการร้องนั้นมีความคล้ายคลึงกันตามที่สรุปไปสามหัวข้อในย่อหน้าที่แล้ว ดังนั้นความแตกต่างของแต่ละข้อพิพาท คือ รัฐผู้ร้อง ในทางตรงกันข้ามรัฐผู้ถูกร้องเรียนมีเพียงรัฐเดียว คือ ออสเตรเลีย⁹⁰ ซึ่งในส่วนต่อไปนี้จะได้นำเสนอถึงรายละเอียดของข้อพิพาทเรียงตามลำดับวันที่มีการร้อง และสถานการณ์ล่าสุดในกระบวนการพิจารณาของแต่ละข้อพิพาท ดังนี้⁹¹

ข้อพิพาทหมายเลข DS434 Australia — Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (ผู้ร้อง: ยูเครน) ร้องเมื่อวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 2012 ข้อพิพาทนี้ยูเครนได้ร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 2015 ให้ระงับการพิจารณาคำร้องของตน เนื่องจากทางยูเครนมีความประสงค์ที่จะหาทางออกโดยการตกลงกับออสเตรเลียเป็นการเฉพาะ ซึ่งออสเตรเลียก็เห็นด้วยกับวิธีการดังกล่าว ส่งผลให้เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 2015 คณะกรรมการข้อพิพาทได้แจ้งให้องค์กรระงับข้อพิพาททราบว่าได้อนุมัติตามความประสงค์ของยูเครนแล้ว⁹²

⁹⁰ ออสเตรเลียยังเป็นผู้ถูกฟ้องรัฐเดียวในฐานะผู้อนุมัติการกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบต่อองค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2559.

⁹¹ World Trade Organization Dispute Settlement Cases. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

⁹² Case DS434, Panel and Appellate Body Proceedings Summary. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm.

ข้อพิพาทหมายเลข DS435 Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (ผู้ร้อง: ฮอนดูรัส) ร้องเมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 2012 สำหรับข้อพิพาทนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้แจ้งต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 2016 ว่าจะออกคำวินิจฉัยภายในสิ้นปี ค.ศ. 2016⁹³

ข้อพิพาทหมายเลข DS441 Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (ผู้ร้อง: สาธารณรัฐโดมินิกัน) ร้องเมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 2012 สำหรับข้อพิพาทนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้แจ้งต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 2016 ว่าจะออกคำวินิจฉัยภายในสิ้นปี ค.ศ. 2016⁹⁴

ข้อพิพาทหมายเลข DS458 Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (ผู้ร้อง: คิวบา) 3 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 สำหรับข้อพิพาทนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้แจ้งต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 2016 ว่าจะออกคำวินิจฉัยภายในสิ้นปี ค.ศ. 2016⁹⁵

ข้อพิพาทหมายเลข DS467 Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (ผู้ร้อง: อินโดนีเซีย) 20 กันยายน ค.ศ. 2013 สำหรับข้อพิพาทนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้แจ้งต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 2016 ว่าจะออกคำวินิจฉัยภายในสิ้นปี ค.ศ. 2016⁹⁶

ข้อพิพาทเรื่องบรรจุกัญชาสูบทั้งหมด 5 ข้อพิพาทที่ออสเตรเลียถูกร้องนับถึงวันที่สืบค้นข้อมูลเพื่อประกอบงานฉบับนี้เหลือข้อพิพาททั้งหมด 4 ข้อพิพาท เนื่องจากยูเครนประสงค์จะตกลงกับออสเตรเลียเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามข้อพิพาทที่เหลือทั้งหมดนั้นคาดการณ์ว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทภายในสิ้นปี ค.ศ. 2016 ซึ่งจะให้เห็นแนวทางการให้เหตุผลทางกฎหมายต่อบรรจุกัญชาแบบเรียบขององค์การการค้าโลกชัดเจนยิ่งขึ้น

⁹³ Case DS435, Panel and Appellate Body Proceedings Summary. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm.

⁹⁴ Case DS441, Panel and Appellate Body Proceedings Summary. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds441_e.htm.

⁹⁵ Case DS458, Panel and Appellate Body Proceedings Summary. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds458_e.htm.

⁹⁶ Case DS467, Panel and Appellate Body Proceedings Summary. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds467_e.htm.

4.3 ความสัมพันธ์ระหว่างองค์การอนามัยโลกกับองค์การการค้าโลก

4.3.1 ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างองค์การระหว่างประเทศ

มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบที่ก่อให้เกิดประเด็นพิพาทระหว่างกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบโดยองค์การอนามัยโลกกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าโดยองค์การการค้าโลกนั้นมีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังหมายรวมไปถึงสนธิสัญญาระดับอื่นขององค์การการค้าโลกด้วย ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ซึ่งประเด็นปัญหาข้างต้นนั้นเป็นการพิพาทกันระหว่างสนธิสัญญาที่บัญญัติภายใต้องค์การระหว่างประเทศ ดังนั้น เพื่อทราบแนวทางการวินิจฉัยปัญหาที่ถูกต้องจึงจำเป็นต้องศึกษาประเด็นว่าด้วยการใช้และการตีความกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อมีบทบัญญัติที่พิพาทที่บัญญัติภายใต้องค์การระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน

องค์การอนามัยโลกและองค์การการค้าโลกทั้งมีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ โดยทั้งสององค์การจัดตั้งอยู่ภายใต้องค์การสหประชาชาติ แต่แตกต่างกันตรงที่องค์การอนามัยโลกอยู่ในฐานะทบวงชำนาญพิเศษ (Specialized Agency) เพราะองค์การอนามัยโลกมีธรรมนูญก่อตั้งของตนเอง โดยทบวงชำนาญพิเศษมีคุณสมบัติ 3 ประการได้แก่ (1) มีสภา (Assembly) หรือที่ประชุม (Conference) ซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนจากประเทศภาคีทั้งหมดบนพื้นฐานหลัก “หนึ่งรัฐต่อหนึ่งเสียง” (2) มีสมัชชา (Council) หรือคณะกรรมการ (Board) จะประกอบไปด้วยผู้แทนจากรัฐภาคีบางรัฐที่ได้รับการแต่งตั้งโดยสภา (3) มีเลขาธิการ (Secretariat) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยสภา ซึ่งองค์การการค้าโลกไม่ได้อยู่ในฐานะดังกล่าว เนื่องจากองค์การการค้าโลกขาดคุณสมบัติข้างต้นได้แก่ส่วนประกอบของสภา หรือที่ประชุม ทั้งนี้ องค์การการค้าโลกก็มิได้มีกฎหมายก่อตั้งเป็นธรรมนูญก่อตั้งอีกด้วย อย่างไรก็ตามองค์การการค้าโลกก่อตั้งโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เปิดโอกาสให้ทุกรัฐได้เข้าร่วมลงนามเป็นภาคีสมาชิกโดยไม่จำเป็นต้องเป็นภาคีขององค์การสหประชาชาติ ส่งผลให้องค์การการค้าโลกมีสถานะเป็น “องค์กรที่เกี่ยวข้อง (Related Organization)” เท่านั้น⁹⁷ ในการนี้ทำให้เกิดความแตกต่างที่จะต้องพิจารณาในประเด็นการบังคับใช้สนธิสัญญาที่ออกโดยองค์การทั้งสองว่ามีลักษณะการปรับใช้และอนุวัติการกฎหมายอย่างไร ในส่วนนี้จะนำเสนอในหัวข้อถัดไป

⁹⁷ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 48-49; โปรตดู, เอกสุตา สารากรบริรักษ์, “ความตกลงขององค์การการค้าโลกกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 18-19.

4.3.2 แนวทางการอนุวัติการสนธิสัญญาสำหรับรัฐภาคีสมาชิก

สำหรับแนวทางอนุวัติการสนธิสัญญาอันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การอนามัยโลก ได้แก่อกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ และองค์การการค้าโลกซึ่งมีสนธิสัญญาภายในนั้นหลายฉบับด้วยกัน เพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดประเด็นพิพาทที่กฎหมายอาจสร้างความขัดแย้ง อาจเป็นการบูรณาการกฎหมายให้เกิดความสอดคล้องกันมากที่สุดจำเป็นจะต้องอ้างหลักการใช้และการตีความสนธิสัญญาตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพื่อวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว ประเด็นนี้วิทยานิพนธ์ของ วศิน พิพัฒน์ฉัตร ได้นำเสนองานของ เอกสุตา สารากรบริรักษ์⁹⁸ ซึ่งได้ให้ความเห็นไว้ว่า ในเรื่องของความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ 2 ฉบับเมื่อจะต้องมีการปรับใช้อนุวัติการกฎหมาย สามารถนำอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 30 (3) มาใช้อธิบายเพื่อแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งได้ โดยในกรณีที่รัฐสมาชิกหนึ่งเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ ได้แก่

(1) กรณีประเทศที่เข้าเป็นภาคีของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบก่อน และต่อมาได้เข้าเป็นภาคีขององค์การการค้าโลก รัฐสมาชิกสามารถระบุให้ชัดเจนว่าจะให้สนธิสัญญาฉบับใดมีผลใช้บังคับ โดยไม่เป็นการขัดกับสนธิสัญญาฉบับก่อนหรือหลัง ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 30 (3) หรือ ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี โดยใช้หลักกฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป และหลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะไม่เป็นการขัดแย้งระหว่างกัน

(2) กรณีประเทศที่เข้าเป็นภาคีขององค์การการค้าโลกก่อน และต่อมาได้เข้าเป็นภาคีของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ เช่น ราชอาณาจักรไทยซึ่งเอกสุตา สารากรบริรักษ์ ให้ความเห็นว่าการปรับใช้ในบริบทนี้ไม่ก่อให้เกิดปัญหาแต่อย่างใด ทั้งนี้อ้างถึง อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 30 (3)⁹⁹ ความว่า “ในกรณีที่รัฐภาคีทั้งปวงซึ่งเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญาฉบับก่อนต่างก็เป็นภาคีของสนธิสัญญาฉบับหลัง โดยที่สนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นยังไม่สิ้นผลบังคับหรือถูกระงับไปด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามข้อ 59 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ให้สนธิสัญญาฉบับก่อนมีผลบังคับใช้เพียงเท่าที่บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาฉบับหลัง”

⁹⁸ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, *เพ็ญอ้วง*, 2556, น.126-127; โปรตดู, เอกสุตา สารากรบริรักษ์, *เพ็ญอ้วง*, น. 20-22.

⁹⁹ VCLT 1969 Article 30 (3), “When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.”

บทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายให้ความสำคัญกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศมากกว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ดังนั้นไม่ว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศจะมีเหตุให้ต้องสิ้นผลไปหรือจะต้องระงับการใช้สนธิสัญญานั้นไว้ชั่วคราวตามข้อ 59 หรือไม่ สนธิสัญญาระหว่างประเทศก็จะนำมาใช้บังคับขัดกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่ได้ คงใช้ได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น หรือในกรณีที่สนธิสัญญาทั้งสองฉบับเกิดขัดกันอย่างชัดเจน แต่ไม่ถึงขนาดที่ทำให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศสิ้นสุดลงตามข้อ 59¹⁰⁰ ได้ก็ต้องถือว่าสนธิสัญญาทั้งสองฉบับยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ทั้งคู่ โดยถือว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นข้อยกเว้นของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

การพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาจากทั้งสององค์การระหว่างประเทศ จะมุ่งพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างสนธิสัญญาของทั้งสององค์การที่พิพาทกันเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ เป็นการมุ่งวิเคราะห์ว่ากฎหมายมีข้อความสอดคล้อง หรือมีข้อความขัดแย้งกันหรือไม่ที่จำเป็นต้องอาศัยการพิจารณาบริบทของทั้งสองกฎหมายอย่างละเอียด ในการนี้ วศิน พิพัฒน์ฉัตร¹⁰¹ ได้นำเสนอ 5 ปัจจัยจากข้อบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อแสดงว่าสนธิสัญญาของทั้งสององค์การระหว่างประเทศมีความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบและความตกลงแกตต์ไม่มีความขัดแย้งกันได้แก่ (1) สนธิสัญญาทุกฉบับไม่มีการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากการบังคับใช้กับผู้ผลิตยาสูบทั้งหมดอย่างเท่าเทียมกัน (2) สนธิสัญญาขององค์การการค้าโลกได้เปิดช่องให้มีการออกกฎหมายยกเว้นเพื่อเป็นการรับรองการคุ้มครองสาธารณสุข เช่น ความตกลงทริปส์ ข้อ 8 (1)¹⁰² (3) โครงสร้างของกฎหมายมีความยืดหยุ่นสามารถปรับใช้ได้กับทุกสถานการณ์อย่างเป็นพลวัตร (4) กฎหมายควบคุมยาสูบมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับในหลักการและเหตุอย่างครบถ้วนถึงอันตรายของผลิตภัณฑ์ (5) มาตรการที่สร้างขึ้นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ และไม่สามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนได้

อย่างไรก็ตามประเด็นที่ได้นำเสนอข้างต้นนั้นเป็นการวิเคราะห์เรื่องการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายของผู้ผลิตยาสูบ ดังนั้น งานฉบับนี้จะได้ทำการวิเคราะห์ในส่วนบริบทดังกล่าว โดยใช้ข้อมูลที่ได้เสนอมาก่อนหน้านี้สำหรับมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ ประกอบการวิเคราะห์เพื่อแสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วแนวทางการให้เหตุผลของกฎหมายของทั้งสององค์การฯ ทั้งสองฉบับมีความขัดหรือแย้งกันหรือไม่ และประการสำคัญในกรณีที่ไม่มี ความขัดแย้ง กฎหมายถูกที่สร้างขึ้นมีความชอบด้วยหลักการเบื้องหลังของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่

¹⁰⁰ มาตรา 59 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสิ้นผลของสนธิสัญญาโดยปริยายโดยความยินยอมของประเทศภาคีของสนธิสัญญา; เอกสุตา สารากรบริหาร, *เพ็งอ้วง*, 2545, น. 20-22.

¹⁰¹ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, 2556, น. 128-129.

¹⁰² TRIPs Article 8 (1) “Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition..., provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.”

4.4 บทบาทของแนวคิดสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์

แนวความคิดเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้นมีรากฐานมาจากข้อคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน เนื่องจากมนุษย์ย่อมมีสิทธิอย่างเด็ดขาดในชีวิตและสุขภาพของตนมิให้ถูกละเมิด ซึ่งแนวคิดข้างต้นนี้เป็นที่ยึดโดยไม่มีข้อโต้แย้งแต่ประการใด สาเหตุที่แนวคิดนี้ได้รับการนิยามว่าเป็นสิทธิมนุษยชนก็เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่แสดงออกมาโดยสัญชาตญาณโดยตัวเองซึ่งส่งผลให้ในเวลาต่อมานักกฎหมายจะต้องสร้างระบบกฎหมายเพื่อรับรองแนวคิดดังกล่าวเอาไว้ให้เป็นสิทธิทางกฎหมาย แนวคิดข้างต้นเป็นไปในทิศทางเดียวกับลักษณะการแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับการพัฒนามาตั้งแต่อดีตจากทรัพย์สินมีรูปร่างไปจนถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งถูกนิยามว่าเป็นสิทธิมนุษยชนเช่นกัน อย่างไรก็ตามสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นสามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วนจึงอาจก่อให้เกิดความสับสนในความเข้าใจ ทำให้ต้องมีการอธิบายในรายละเอียดเพื่อให้เห็นว่าเหตุใดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน โดยหัวข้อนี้จะนำเสนอถึงบทบาทของสิทธิมนุษยชนที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายในสองบริบทที่ทำหน้าที่คุ้มครองแนวคิดที่มีรากฐานเป็นเรื่องเดียวกันสามส่วน ได้แก่ ความหมายของสิทธิมนุษยชน ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิมนุษยชน และ แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลต่อสังคม เพื่อเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่องการให้เหตุผลของกฎหมายคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เพื่อยกเว้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในบทต่อไป

4.4.1 ความหมายของสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) แต่เดิมมิได้มีการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมในสังคม เนื่องจากในสมัยก่อนบุคคลยังมีลำดับศักดิ์ และได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่น ในยุโรปโบราณ ชนชั้นกษัตริย์และอัศวินจะเป็นผู้ปกครองชนชั้นล่างหรือพวกทาส ชาวไร่ โดยชนชั้นล่างจะต้องอยู่ภายใต้ของชนชั้นปกครอง ทั้งนี้ผู้ได้ปกครองก็ไม่อาจถือครองทรัพย์สินได้ เพราะสิ่งเหล่านั้นตกเป็นของชนชั้นปกครอง ทำให้การปฏิบัติต่อบุคคลในยุคนั้นเป็นไปอย่างไม่เท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามมนุษย์นั้นมีสิ่งหนึ่งที่เป็นที่ยอมรับมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้วว่าเป็นสิ่งที่นำทางมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันได้ในสังคมอย่างสงบสุข คือ ศีลธรรม (Morals) ซึ่งอาจหมายถึงความรับรู้ผิดชอบชั่วดีของมนุษย์ที่มาจากจิตใต้สำนึกซึ่งน่าเชื่อได้ว่าเป็นสิ่งที่ยึดเหนี่ยวจิตใจมนุษย์ให้ห้ามกระทำการบางอย่างที่จิตใต้สำนึกนั้นบอกว่าสิ่งเหล่านี้ไม่สามารถกระทำได้¹⁰³ เช่น การฆ่าทำร้าย หรือการขโมย เป็นต้น

¹⁰³ นพนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน แนวคิดและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549), น. 4-7.

แนวคิดทางศีลธรรมได้พัฒนาก่อตัวขึ้นเป็นรูปร่างเป็นแนวคิดทางกฎหมาย (Legal Concepts) รูปแบบหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเคารพในสิทธิของบุคคลอื่น เช่นว่า ศีลธรรมของมนุษย์ทุกคนเห็นว่ามนุษย์สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ตนสร้างขึ้นมาได้โดยไม่ถูกแทรกสอดจากผู้อื่น ดังนั้นในอีกด้านหนึ่งมนุษย์ไม่สมควรที่จะเข้าไปละเมิดความเป็นเจ้าของดังกล่าวเช่นกัน ซึ่งทำให้มนุษย์ต้องเคารพสิทธิของมนุษย์คนอื่นซึ่งกันและกัน การพัฒนาจากศีลธรรมไปสู่แนวคิดทางกฎหมายนี้ นักคิดจากหลายสำนักเห็นว่าสิทธิมนุษยชนนี้เป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ความหมายของธรรมชาตินี้ หมายถึง ธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ (Nature of Humanity)¹⁰⁴ กล่าวคือมนุษย์มีธรรมชาติอย่างไร อย่างนั้นอาจถูกพิจารณาเป็นสิทธิได้นั่นเอง เช่น มนุษย์ทุกคนย่อมหวงแหนชีวิตของตนเองและต้องการใช้ชีวิตของตน ดังนั้นมนุษย์ควรมีสติในชีวิตซึ่งเป็นธรรมชาติทั่วไป ในเวลาต่อมาสิทธิตามธรรมชาติจึงได้ถูกเปลี่ยนชื่อมาเป็นสิทธิมนุษยชนที่บังคับกันจนมาถึงปัจจุบัน นอกจากนี้การยอมรับว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันโดยปราศจากลำดับศักดิ์เท่ากับเป็นการยอมรับว่าทุกคนมีสิทธิเสรีภาพอย่างเสมอภาคกัน โดยอีกบุคคลอื่นไม่สามารถเข้ามาก้าวล่วงละเมิดได้ ในการนี้เองนอกเหนือไปจากสิทธิในชีวิต ร่างกายแล้ว ลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์อีกประการหนึ่งที่สำคัญ คือ การหวงกันทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของ กล่าวคือ แนวคิดเรื่องความเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งเป็นการแสดงลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์จึงได้รับการยอมรับจากเรื่องสิทธิมนุษยชน โดยหากพิจารณาแล้วจะพบว่าประเด็นนี้เป็นการพัฒนาของสิทธิมนุษยชนตั้งแต่ยุคโบราณกาลที่ชนชั้นล่างที่มีลำดับศักดิ์ต่ำจะไม่มีโอกาสได้ครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นคนชนชั้นปกครอง ซึ่งเป็นอดีตไปแล้ว ปัจจุบันนี้มนุษย์มีสิทธิถือครองเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้อย่างอิสระอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

สิทธิมนุษยชนแปลงอย่างตรงตัวแล้ว คือ สิทธิของมนุษย์ที่มีแนวคิดทางกฎหมายอยู่เบื้องหลัง อาจมาได้จากแนวคิดเรื่อง ปรัชญาที่แสดงถึงสิทธิตามธรรมชาติ ศาสนาที่อบรมสั่งสอนเรื่องความดี และแนวคิดที่นำเสนอเรื่องปัจเจกบุคคล (Individual) ซึ่งแต่แรกนั้นจะมีแนวคิดเรื่องความเชื่อในพระเจ้าเป็นเจ้าของที่นำเสนอว่าสิทธิของบุคคลนั้นเกิดมาจากการที่พระเจ้าสร้างมนุษย์ขึ้นมาทำให้ไม่มีใครเหนือกว่าใคร¹⁰⁵ บุคคลทุกคนย่อมอยู่ภายใต้กฎของพระเจ้า แนวคิดข้างต้นนั้นเริ่มก่อตัวในสังคมมนุษย์ และได้มีการแสดงออกให้เห็นถึงการเรียกร้องสิทธิ เนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันที่สังคมในยุคนั้นปรากฏให้เห็นเป็นเรื่องปกติ ประชาชนจึงลุกขึ้นต่อต้านเมื่อได้เรียนรู้ว่าสิทธิของตนนั้นถูกละเมิดด้วยความไม่เท่าเทียม ตนอาจลุกขึ้นเพื่อเรียกในความเท่าเทียมกันซึ่งทุกคนสามารถทำได้ ส่งผลให้ผู้กดขี่ข่มเหงในทุกยุคสมัยจำต้องล่าถอยไป เพราะไม่อาจต้านทานอำนาจจากธรรมชาติของมนุษย์ผู้ประสงค์จะร่วมกันสร้างการปกครองอย่างเท่าเทียมได้

¹⁰⁴ นพนิธิ สุริยะ. คำบรรยายและเอกสารประกอบการสอนในชั้นเรียน วิชา สิทธิมนุษยชน (น.746). หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. บรรยายเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556. เรียบเรียงและสรุปคำบรรยายโดย ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา.

¹⁰⁵ นพนิธิ สุริยะ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 103, น. 10.

ปัจจุบันนี้สิทธิมนุษยชนปรากฏอยู่ในหลายรูปแบบ แต่ที่สำคัญ คือส่วนที่ปรากฏในรูปแบบของกฎหมาย เพราะเป็นเครื่องมือในการรักษาและยืนยันสิทธิดังกล่าวว่ามีอยู่จริง แต่กฎหมายนั้นไม่ว่าที่ปรากฏเป็นกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แม้จะมีการบัญญัติคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้ แต่มิได้ปรากฏคำจำกัดความเอาไว้แต่อย่างใดเพียงแต่บอกเอาไว้ว่ามีเรื่องประเภทใดบ้างที่จัดเป็นสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิในชีวิต และร่างกาย สิทธิในสุขภาพ สิทธิในการถูกรับพิจารณาในกระบวนการยุติธรรม และ สิทธิในการถือครองแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน¹⁰⁶ สิทธิเหล่านี้กฎหมายยอมรับว่าเป็นสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้คำจำกัดความนั้นมิได้ปรากฏแต่อาจสังเคราะห์เป็นความเข้าใจได้จากทฤษฎี และตัวอย่างจากกฎหมายที่กำหนดเอาไว้ ภายใต้กรอบแนวคิดที่ว่าทุกคนนั้นเกิดมาอย่างเท่าเทียมกัน และทุกคนย่อมมีความสามารถในการอ้างสิทธิของตนมิให้บุคคลอื่นมาล่วงละเมิด ในทางตรงกันข้ามบุคคลนั้นย่อมไม่อาจใช้สิทธิของตนในการล่วงละเมิดผู้อื่นได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าสิทธิในชีวิต และสุขภาพนั้นเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งที่ได้การยอมรับจากทุกรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายเพื่อเป็นการเคารพการมีอยู่ของสิทธิดังกล่าวด้วย

4.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิมนุษยชน

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากที่ได้นำเสนอแล้วว่าสามารถจัดอยู่ในหมวดของสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งได้ในแง่ของความหวงกันในความเป็นเจ้าของอันเป็นลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ อย่างไรก็ตามสิทธิแห่งทรัพย์สินทางปัญญานั้นมิได้มีเพียงด้านแห่งสิทธิมนุษยชนเพียงด้านเดียว กลับกันสิทธิที่ถูกสร้างมาใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาประกอบไปด้วยหลายภาคส่วนประกอบเข้าด้วยกันไม่ว่าจะเป็นการแสดงความเป็นเอกลักษณ์ในธุรกิจการค้า การพัฒนานวัตกรรม สิ่งประดิษฐ์ หรือแม้กระทั่งการเรียกร้องความชอบในการได้รับส่วนแบ่งจากการเผยแพร่ผลงานของตนสู่สังคม ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าภาคส่วนประกอบอื่นที่มีมาทางประวัติศาสตร์และปรัชญาแตกต่างกันออกไป ทำให้เกิดความสับสนในการใช้และบังคับสิทธิกันเป็นอย่างมาก

เมื่อลักษณะของสิทธิเป็นเช่นนี้จึงทำให้ในหลายกรณีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเข้ามาพิพาทกับสิทธิมนุษยชนอยู่บ่อยครั้ง เพราะวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปเพื่อรักษาผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเชิงเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการหาผลประโยชน์ทางธุรกิจและการค้า ในทางตรงกันข้ามสิทธิมนุษยชนเป็นไปเพื่อรักษาสิทธิที่เป็นรากฐานของความเป็นมนุษย์ทุกคนในสังคม จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ทั้งสองสิทธิจะมีความขัดแย้งและโต้เถียงกันมานานนับศตวรรษ¹⁰⁷

¹⁰⁶ นพนิต สุริยะ, *เฟื่องอ้าง*, น. 11-12.

¹⁰⁷ วิมล สิทธิโอสง, “การบังคับใช้มาตรการยึดหยุ่นของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าในประเทศกำลังพัฒนา: ศึกษากรณีสิทธิบัตรยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554), น. 38.

การรักษาระดับของทั้งสองสิทธิให้เกิดความสมดุลจึงเป็นเรื่องสำคัญยิ่ง โดยนักกฎหมายได้เลือกเอาหลักการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคมมาบังคับใช้ในการชั่งน้ำหนักกันระหว่างกัน อันเกิดเป็นการสร้างข้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามากมาย ตามที่เคยปรากฏมาแล้วในอดีตไม่ว่าจะเป็น ประเด็นสุขภาพ กับสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยาโรค หรือประเด็นด้านสิทธิในการเข้าถึงการศึกษา กับสิทธิในสื่อการเรียนรู้ ล้วนเป็นตัวอย่างในการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ ในส่วนงานที่จะนำเสนอต่อไปนี้สรุปมาจากงานของ วิลม ลิทธีโอสธ ที่อธิบายเรื่องแนวทางการแก้ไขปัญหาในกรณีเมื่อทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิมนุษยชนพิพาทกัน เพื่อประกอบการวิเคราะห์ปัญหาที่งานฉบับนี้มุ่งนำเสนอ¹⁰⁸ จาก Laurence R. Helfer¹⁰⁹ เห็นว่าเมื่อมีการขัดแย้งกันเกิดขึ้น แนวทางการแก้ไขปัญหาสามารถทำได้สองวิธี คือ (1) สิทธิมนุษยชนและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีพื้นฐานขัดแย้งกัน และไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้ ดังนั้น เมื่อเกิดการพิพาทซึ่งกันละกันจะต้องเลือกเอาสิทธิมนุษยชนมาก่อน แนวคิดนี้ถูกนำเสนอตามที่คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชน (U.N. Sub-Commission) ได้กล่าวอ้างว่ารัฐบาลต้องให้ความสำคัญกับการกิจด้านสิทธิมนุษยชนเหนือนโยบายหรือข้อตกลงทางเศรษฐกิจ¹¹⁰ และข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (High Commissioner of Human Rights) ยังได้เตือนประเทศต่าง ๆ ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นความรับผิดชอบที่รัฐบาลจะต้องให้ความสำคัญเป็นลำดับแรก¹¹¹ (2) สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิมนุษยชนสามารถอยู่ด้วยกันและสามารถหาจุดร่วมกันได้ โดยการกำหนดขอบเขตอำนาจเด็ดขาดที่ใช้สร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้สร้างสรรค์ให้มีความเหมาะสมในขณะที่ต้องคำนึงถึงผู้บริโภคในสังคมที่จะเข้าถึงผลงานทางปัญญาได้อย่างเพียงพอ นอกจากนี้องค์การการค้าโลกยังได้กล่าวไว้ว่าควรให้ความสำคัญถึงการอยู่ร่วมกันระหว่างสิทธิ โดยการให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนพร้อมกับสร้างความสมดุลอย่างเหมาะสมในระบบของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา¹¹²

¹⁰⁸ วิลม ลิทธีโอสธ, *เพ็งอ้าง*, น. 58.

¹⁰⁹ วิลม ลิทธีโอสธ, *เพ็งอ้าง*, น. 58; see also, Laurence R. Helfer, “Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?,” *5 MINN INTELL. PROP. REV.*, p. 48-49.

¹¹⁰ วิลม ลิทธีโอสธ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 107*, น. 58; see also, Sub-Commission on Human Rights Resolution. “Intellectual Property Rights and Human Rights.”. http://www.aaas.org/sites/default/files/SRHL/PDF/IHRDArticle15/E-CN_4-SUB_2-RES-2000-7_Eng.pdf, December 30 2013.

¹¹¹ Peter K. Yu, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework,” *U.C. Davis Law Review*, Vol. 40, 2007, *Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-01*, p. 1041.

¹¹² วิลม ลิทธีโอสธ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 107*, น. 59.

ในประเด็นข้างต้นนั้นเป็นเรื่องของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีส่วนของสิทธิมนุษยชนพิพาทกัน ในส่วนต่อไปนี้จะนำเสนอแนวทางการแก้ไขกรณีของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ทับซ้อนกับสิทธิมนุษยชนพิพาทกัน มีสองกรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง แยกสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานออกจากส่วนที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน หากเกิดความขัดแย้งระหว่างสิทธิทั้งสองการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานควรเป็นรองสิทธิมนุษยชนประเภทอื่น ๆ (Principle of Human Rights Primacy)¹¹³ และในกรณีที่สอง หากเป็นการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิมนุษยชนด้วยกัน กล่าวคือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานขัดกับสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหานี้ Peter K. Yu ได้นำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหานี้เอาไว้ในงานวิจัยเอาไว้ทั้งหมด 3 วิธี ได้แก่

(1) หลักการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสม (The Just Remuneration Approach)¹¹⁴ หลักนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนที่ยอมรับเมื่อบุคคลใช้ความรู้และวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานของตนขึ้นมา บุคคลนั้นย่อมต้องมีสิทธิใช้ประโยชน์จากงานนั้น และเมื่อการใช้เช่นว่าถูกกีดกันด้วยเหตุผลสิทธิมนุษยชนที่เหนือกว่าย่อมจะต้องมีการชดเชยสำหรับการกีดกันเช่นนั้นด้วย นอกจากนี้หากพิจารณาเพิ่มเติมอีกมุมมองหนึ่งจะเห็นได้ว่าบางกรณีประชาชนก็ได้รับผลกระทบจากการใช้สิทธิประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกกีดกันด้วย

(2) หลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำที่ควรให้การคุ้มครอง (The Core Minimum Approach)¹¹⁵ เป็นข้อพิจารณาที่สนับสนุนให้รัฐกำหนดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาเท่าที่จำเป็นในระดับขั้นต่ำ โดยคำนึงถึงหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ เช่น สิทธิด้านสุขภาพ การศึกษา ฯลฯ อย่างไรก็ตามสิทธิขั้นต่ำในทรัพย์สินทางปัญญานั้นกำหนดได้ยาก เพราะความเป็นพลวัตรของตัวสิทธิ

(3) หลักการตระหนักถึงความก้าวหน้า (The Progressive Realization Approach)¹¹⁶ เป็นการพิจารณาที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์มากขึ้นควบคู่ไปกับการพัฒนาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กรอบของสิทธิมนุษยชนโดยการสร้างความสมดุลต่อสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ และคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ ที่สำคัญจะต้องตระหนักถึงความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมในภายหน้าอีกด้วย

วิธีการแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาข้างต้นนี้เพื่อสร้างความสมดุลจะต้องแยกลักษณะแห่งสิทธิให้มีประเภทที่ตรงกันเสียก่อนที่จะมีการเปรียบเทียบและชั่งน้ำหนักกันทางกฎหมาย

¹¹³ วิมล สิทธิโอสถ, *เพ็งอ้าง*, น. 61-62; see also, Peter K. Yu, *supra* note 111, p. 1039-1040.

¹¹⁴ Peter K. Yu, *Ibid.*, p. 1091-1092.

¹¹⁵ Peter K. Yu, *Ibid.*, p. 1105-1106.

¹¹⁶ Peter K. Yu, *Ibid.*, p. 1113-1114.

4.4.3 แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลต่อสังคม

แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลต่อสังคมเป็นส่วนหนึ่งของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน สาเหตุที่แนวคิดนี้ได้ถูกอ้างถึงเพื่ออธิบายควบคู่กับเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาก็เนื่องมาจากหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิที่ประสงค์จะจำกัดอำนาจของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญามีให้มากเกินไปจนสมควรอันเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมโดยการสร้างข้อกีดขวางทางกฎหมาย

การสร้างข้อกีดขวางทางกฎหมายที่มีพัฒนาการอย่างเป็นพลวัตทำให้เกิดแนวคิดใหม่ ๆ เพื่อเข้ามายกเลิกหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าจะเป็นการนำสิ่งที่มีอยู่แล้วแต่เดิมกลับมาให้มีคำอธิบายใหม่หรือสร้างสิ่งใหม่ขึ้นมาเพื่อประกอบการอธิบาย ประเด็นเรื่องการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ก็เป็นหนึ่งในสิ่งที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว แต่มีการนำเอาทฤษฎีมาขยายการอธิบายเพื่อสร้างความเข้าใจให้มากขึ้น ซึ่งแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังเรื่องการปกป้องเรื่องสาธารณสุขคือเรื่องสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน ในส่วนต่อไปนี้จะนำเสนอถึงแนวคำอธิบายรูปแบบหนึ่งที่เข้ามาเป็นพื้นฐานสนับสนุนการให้เหตุผลเรื่องข้อกีดขวางทรัพย์สินทางปัญญา คือ แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลต่อสังคมภายใต้หลักการของสิทธิมนุษยชน

แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบนี้ได้มีการสังเคราะห์ออกมาจากแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายว่าด้วยเรื่อง สิทธิและเสรีภาพ อันเป็นคำอธิบายพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน โดยอธิบายว่าเมื่อบุคคลมีสิทธิของตนแล้วบุคคลสามารถอ้างสิทธิของตนเพื่อมิให้ถูกบุคคลอื่นเข้ามาล่วงละเมิดได้ในทางตรงกันข้ามบุคคลนั้นย่อมจะต้องเคารพสิทธิของบุคคลอื่นที่เขาพึงมีโดยไม่สามารถไปละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นได้เช่นเดียวกัน ซึ่งแนวคิดนี้ภายหลังจากที่สิทธิมนุษยชนได้ก่อตัวขึ้นในสังคมมนุษย์และได้รับการยอมรับในฐานะกฎหมายทั้งในรูปแบบสารบัญญัติและหลักการเบื้องหลังทางกฎหมายทำให้สังคมมนุษย์ต้องยอมรับเอาหลักการที่ว่าไปนี้ไปบังคับใช้ด้วย กล่าวโดยสรุปคือ เมื่อกฎหมายกำหนดให้บุคคลมีความสามารถในการใช้และอ้างถึงสิทธิและเสรีภาพของตนได้ ในขณะเดียวกันบุคคลผู้มิสิทธินั้นย่อมต้องแสดงความรับผิดชอบต่อตนที่จะใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเช่นเดียวกัน ซึ่งในส่วนนี้เสมือนเป็นการสร้างข้อจำกัดให้แก่เจ้าของสิทธิไม่ให้ใช้สิทธิของตนเพื่อสร้างความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น ยกตัวอย่างเช่น ในกฎหมายที่ดินวางหลักไว้ว่าเจ้าของที่ดินจะใช้ที่ดินของตนได้ภายใต้ความรับผิดชอบต่อเพื่อนบ้าน และสาธารณชนอื่นเพื่อมิให้ได้รับความเสียหายจากการใช้ที่ดินของตนด้วย¹¹⁷ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดดังกล่าวนี้สามารถถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเป็นข้อสนับสนุนต่อหลักการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับผลประโยชน์ของสังคมได้เช่นเดียวกัน

¹¹⁷ เอกกรินทร์ วิริโย, “เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับบทบาทความรับผิดชอบต่อสังคม,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 43, ฉบับที่ 4, 2557, 917-940.

แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคม เมื่อถูกพิจารณาในบริบทของทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว จะสามารถอธิบายได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นมิได้คำนึงถึงเฉพาะแต่สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของสิทธิ หรือเป็นการกำหนดหน้าที่ของบุคคลอื่นไม่ให้ละเมิดเจ้าของสิทธิเท่านั้น หากแต่เป็นการกำหนดให้เจ้าของสิทธิต้องดูแลไม่ใช่เฉพาะแต่ผลประโยชน์โดยชอบธรรมของตนเองตามกฎหมาย แต่จะต้องคำนึงด้วยว่าการใช้สิทธิของตนจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อบุคคลอื่นและสร้างผลกระทบต่อสังคม¹¹⁸ ประเด็นดังกล่าว Madhavi Sunder กล่าวว่า มีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักทฤษฎีใหม่มาสร้างความสมดุลในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือจำกัดขอบเขตของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม¹¹⁹ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่ได้กล่าวในทำนองเดียวกันว่า เจ้าของสิทธินั้นควรจะมีสิทธิและความรับผิดชอบต่อสังคมไปพร้อม ๆ กัน ทั้งนี้ความรับผิดชอบดังกล่าวจะเป็นการเปิดโอกาสสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าของสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมอีกด้วย ซึ่งจากที่ได้ศึกษามาก่อนหน้านี้แล้วว่า การปล่อยให้เจ้าของสิทธิมีสิทธิมากเกินไปจนเกินไปจะทำให้เป็นอันตรายต่อสังคม ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลต่อสังคมแล้ว พบว่า หลักการที่นำมาอธิบาย คือ เรื่องสิทธิมนุษยชนว่าด้วยเรื่องการเคารพสิทธิระหว่างกัน สังคม ส่งผลให้การวิเคราะห์หลักการยังคงเป็นเช่นเดิม คือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องมีการสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าของสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมที่เป็นหลักการพื้นฐาน กล่าวคือ แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมเป็นการอธิบายประกอบเพิ่มเติมความหลักความสมดุลระหว่างสิทธิ มิใช่เป็นการสร้างสรรค์หลักการใดขึ้นมาใหม่แต่อย่างใดซึ่งก็มีการเกิดขึ้นมาก่อนหน้านี้แล้ว เช่น กรณีของสิทธิบัตรที่ผู้ทรงสิทธิต้องรับผิดชอบต่อสังคมในการสละสิทธิของตน อย่างไรก็ตามการสละสิทธิเช่นว่านี้ก็ในช่วงระยะเวลาหนึ่งอย่างจำกัดและจะต้องมีค่าตอบแทนให้ตามกฎหมาย

แนวคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมกับหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธินี้ มีความสอดคล้องกันอย่างยิ่ง เนื่องจากหลักแนวคิดของความเป็นเจ้าของทรัพย์สินมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของมนุษย์เป็นหลักในเรื่องความเป็นเจ้าของซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง และสิทธิเชิงเศรษฐกิจรวมไปถึงประเภทอื่นที่สกัดออกมาจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น กฎหมายสร้างขึ้นมาก็ย่อมจะต้องมีการจำกัดและกำกวมการใช้สิทธิบางส่วนเพื่อรักษาความสมดุล กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิจะต้องมีความรับผิดชอบในการใช้สิทธิของตนไม่ให้ทำร้ายสังคม ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิมนุษยชนนั้นสามารถอยู่ร่วมกันได้โดยไม่เป็นการขัดแย้งกัน แม้แต่กรณีที่มีความขัดแย้งกันทั้งสองกฎหมายก็มีแนวทางและหลักการแก้ไขปัญหาย่างครบถ้วน ประเด็นสำคัญคือปัญหาที่สร้างขึ้นนั้นสำหรับงานวิจัยฉบับนี้ คือ มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบนั้นเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์แล้ว จะทำให้มาตรการมีความชอบธรรมหรือไม่

¹¹⁸ เอกรินทร์ วิริโย, *เพ็ญอ้วง*, น. 928.

¹¹⁹ เอกรินทร์ วิริโย, *เพ็ญอ้วง*, น. 928-929; โปรดดู, Madhavi Sunder, "IP3," *Stanford Law Review*, Vol. 59 Issue 2, 2006, p. 332.

บทที่ 5

การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ

กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกถูกอนุวัติการอย่างแพร่หลายจากรัฐต่าง ๆ ทั้งนี้ก็เพราะพันธกรณีที่แต่ละรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่องค์การระหว่างประเทศได้สร้างขึ้น อย่างไรก็ตามบทบัญญัติที่สนธิสัญญากำหนดขึ้นมานั้นก็เปิดโอกาสให้แต่ละรัฐสามารถตีความบังคับใช้เพื่อให้เหมาะสมตามสภาพการณ์ของแต่ละรัฐเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการบังคับใช้กฎหมาย จึงส่งผลให้มาตรการที่ตราขึ้นมานั้นมีความแตกต่างกันไป แม้ว่าจะเป็นรายละเอียดเพียงเล็กน้อยที่ไม่ใช่สาระสำคัญ แต่ก็อาจส่งผลกระทบต่อการวินิจฉัยประเด็นปัญหาได้ ยกตัวอย่างเช่น การอนุวัติการกฎหมายควบคุมยาสูบของออสเตรเลียที่แสดงออกมาในรูปแบบบรรจุภัณฑ์แบบเรียบที่มีการกระทบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้าของผู้ทรงสิทธิ ในทางตรงกันข้ามการอนุวัติการกฎหมายของราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันเป็นเพียงการสร้างป้ายคำเตือนซึ่งส่งผลเพียงให้มีการย่อเครื่องหมายไปเท่านั้น ซึ่งในส่วนนี้จะได้นำเสนอให้เห็นถึงความแตกต่างในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามหลักการแห่งกฎหมายที่ได้ศึกษามาในงานฉบับนี้ รวมไปถึงนำเสนอถึงแนวทางการออกกฎหมายของรัฐอื่นโดยสังเขปไปพร้อมกัน

สำหรับประเด็นการตอบปัญหาเรื่องการให้เหตุผลทางการกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องหรือสุขภาพของมนุษย์ในบริบทที่แนวคิดดังกล่าวถูกนำไปใช้ยกเว้นหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในงานฉบับนี้ได้นำเสนอออกเป็นสามภาคส่วนใหญ่ ได้แก่ ภาคส่วนที่หนึ่งว่าด้วยหลักการของทรัพย์สินทางปัญญาที่ปรากฏในรูปแบบของสิทธิตามกฎหมาย ภาคส่วนที่สองว่าด้วยหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกในมิติเชิงการค้าเสรีเศรษฐกิจรวมไปถึงข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ดังกล่าว และ ภาคส่วนที่สามหลักการของสิทธิมนุษยชนอันประกอบไปด้วยแนวคิดต่าง ๆ ที่เป็นจุดเชื่อมโยงประเด็นปัญหาที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ในบทวิเคราะห์ของงานฉบับนี้ จะนำเสนอการตอบปัญหาแยกออกแต่ละภาคส่วนจากข้อมูลที่ได้ทำการศึกษาและเรียบเรียงเสนอมานี้ ในบทก่อนหน้านี้ คือ การสร้างข้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้แนวคิดของความจำเป็นในการปกป้องหรือสุขภาพของมนุษย์ เรื่อยมาจนถึงกฎหมายควบคุมยาสูบ และสุดท้ายสำหรับมาตรการที่สร้างขึ้นจากกฎหมายดังกล่าว โดยในแต่ละส่วนงานฉบับนี้จะได้นำเสนอถึงแนวคิด หลักการและเหตุผลเพื่อประกอบ การอธิบายตามปัญหาพิพาท เพื่อสร้างความรู้ ความเข้าใจในการให้เหตุผลทางกฎหมายเพื่อยกเว้นหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

5.1 ภาพรวมมาตรการทางกฎหมายของรัฐจากการอนุวัติการกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

สมาคมมะเร็งแห่งแคนาดา (Canadian Cancer Society)¹ ซึ่งเป็นองค์กรที่รวบรวมอาสาสมัครเพื่อวัตถุประสงค์ในการกำจัดโรคมะเร็งและเพิ่มคุณภาพการใช้ชีวิตของผู้ที่ประสบภัยจากโรคมะเร็ง ได้มีการบันทึกสถานการณ์ปัจจุบันที่สำคัญทั่วโลกในเรื่องการอนุวัติการกฎหมายเอาไว้ เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015 ทั่วประเทศดังนี้²

(1) ไอร์แลนด์ กฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบบัญญัติเมื่อวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2015 และมีผลบังคับใช้วันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2016³

(2) นอร์เวย์ กฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบกำลังอยู่ในระหว่างการดำเนินการร่างแก้ไข เมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 2016⁴

(3) ฮังการี ได้เสนอร่างกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ เมื่อวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 2015⁵

(4) ฝรั่งเศส ได้เสนอร่างกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2015⁶ นอกเหนือจากนี้ฝรั่งเศสยังจัดให้มีการประชุมระหว่างรัฐมนตรีอีก 10 ประเทศเพื่อหารือเกี่ยวกับการออกกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบให้เป็นรูปธรรมเพื่อสร้างมาตรฐานเดียวกันในการควบคุมยาสูบ

¹ Also known in French as “Société Canadienne du Cancer”.

² Société Canadienne du Cancer or Canadian Cancer Society, Plain Packaging International Overview, 25 May 2016, <https://www.cancer.ca/~media/cancer.ca/CW/for%20media/Media%20releases/2015/plain-packaging-overview.pdf>.

³ Public Health (Standardised Packaging of Tobacco) Bill 2014, Bill Number 54 of 2014.

⁴ Draft Amendments to Act No. 14 of 9 March 1973 Relating to Prevention of the Harmful Effects of Tobacco (Standardised Packaging) and Draft Amendment to Regulations no 141.

⁵ Amendment to Government Decree 39/2013 of 14 February 2013 on the Manufacture, Placement on the Market and Control of Tobacco Products.

⁶ Decree on the Conditions of Neutrality and Standardisation for the Packaging and Paper of Cigarettes and Rolling Tobacco (Draft).

(5) นิวซีแลนด์ ได้เสนอร่างกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบให้รัฐสภาพิจารณา เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 2014⁷

(6) สวีเดน รัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขได้ประกาศเมื่อวันที่ กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2015 ว่า คณะกรรมการกำลังตรวจสอบการปรับใช้มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบตาม EU Directive⁸

(7) สิงคโปร์ ประกาศว่ากำลังพิจารณาเรื่องบรรจุภัณฑ์แบบเรียบภายในปี 2015⁹

(8) ตุรกี มีแผนพัฒนาชาติเรื่องมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบในปี ค.ศ. 2015-2018¹⁰

(9) แอฟริกาใต้ ได้เสนอร่างกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบให้รัฐสภาพิจารณา เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 2015¹¹

(10) แคนาดา มีจดหมายของนายกรัฐมนตรีส่งถึงรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขระบุให้ เรื่องบรรจุภัณฑ์แบบเรียบเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการเป็นลำดับต้น¹²

อนึ่งข้อมูลในส่วนนี้มีการบันทึกไว้เมื่อ เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015 ซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้ อย่างไรก็ตามจากแนวโน้มของทั่วโลกจะเห็นได้ว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายและมีการบังคับใช้อย่างจริงจังจากรัฐสมาชิกขององค์การอนามัยโลก ซึ่งในส่วนนี้อาจเป็นผลมาจากการพ่ายแพ้ของกลุ่มบริษัทผู้ผลิตยาสูบในกระบวนการยุติธรรมต่อหน่วยงานของรัฐในการบัญญัติกฎหมายควบคุมยาสูบให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด โดยแต่ละการพิจารณาคดีของศาลภายในก็ได้มีการนำเสนอเหตุผลเพื่อประกอบการอธิบายว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นมีความชอบธรรมตามหลักการและหลักเกณฑ์ของกฎหมาย รวมไปถึงความได้สัดส่วนและความเหมาะสมในการสร้างข้อยกเว้นในเรื่องสาธารณสุขอีกด้วย

⁷ Smoke Free Environments (Tobacco Plain Packaging) Amendment Bill, Bill 186-1.

⁸ Radio Sweden, “A Smoke Free Sweden by 2025?”, Includes Audio of Interview with Minister of Public Health Gabriel Wikström.

⁹ Parliamentary Secretary to the Minister of Health, Statement in Singapore Parliament, March 12, 2015.

¹⁰ Government of Turkey, Turkish National Tobacco Control Program and Plan of Action 2015-2018, p.27, item 1.1.

¹¹ The Minister of Health made this statement at the 16th World conference on Tobacco or Health held in Abu Dhabi, United Arab Emirates, March 18, 2015.

¹² Prime Minister Justin Trudeau, Letter to Dr. Jane Philpott, Minister of Health, November 13, 2015 (Minister of Health Mandate Letter).

5.2 การให้เหตุผลทางกฎหมายของมาตรการบรรจุกฎเกณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องในบริบทของหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

การเรียบเรียงแนวคิดและเนื้อหาของทรัพย์สินทางปัญญาที่ปรากฏอยู่ในบทที่ 2 นั้นผ่านการสืบค้นแนวคิดทางประวัติศาสตร์และปรัชญา ได้นำเสนอถึงการก่อกำเนิดของทรัพย์สินทางปัญญาไปจนถึงพัฒนาการที่มีเรื่อยมาจากสังคมมนุษย์ที่ช่วยกันพัฒนาทั้ง ลักษณะแห่งสิทธิและองค์ประกอบทางกฎหมาย รวมไปถึงการสร้างข้อยกเว้นที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา การนำเสนอข้างต้นยังมิได้ถูกนำมาสร้างเป็นทฤษฎีให้เป็นรูปธรรม ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะขอลำถึงรูปแบบของทฤษฎีที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อนำมาปรับใช้ในการอธิบายแนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นผ่านบทเรียนทางประวัติศาสตร์และปรัชญาให้เห็นภาพได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งงานฉบับนี้จะขออ้างอิงถึงงานเขียนของ ดร. ภูมิทร์ บุตรอินทร์ เรื่อง “ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดเศรษฐศาสตร์การเมือง”¹³ ที่มีการเรียบเรียงข้อความคิดทั้งหมดให้อยู่ในรูปแบบของทฤษฎีอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อประกอบการอธิบายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยจะนำเอาหลักทฤษฎีที่สังเคราะห์ออกมาพิจารณากับมาตรการบรรจุกฎเกณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องว่ามีความสอดคล้องกับหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่แฝงตัวอยู่ในประเภทที่แตกต่างกัน นอกจากนี้จะหมายรวมถึงประเด็นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่เป็นแนวคิดพื้นฐานของปัญหาพิพาทระหว่างสิทธิในความเป็นเจ้าของกับการปกป้องเรื่องสาธารณสุขด้วย

5.2.1 หลักเศรษฐศาสตร์การเมืองกับทรัพย์สินทางปัญญา

การที่จะทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ นอกเหนือจากการศึกษาแนวคิดจากประวัติศาสตร์และปรัชญาของกฎหมายแล้ว จะต้องวิเคราะห์ข้อมูลจากการศึกษาให้เห็นถึง “บ่อเกิดของกฎหมาย” ซึ่งคำว่า บ่อเกิดของกฎหมายแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะคือ บ่อเกิดที่เป็นประวัติศาสตร์ข้อเท็จจริง บ่อเกิดที่เป็นประวัติศาสตร์ข้อความคิด และบ่อเกิดที่เป็นประวัติศาสตร์ข้อกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น ประวัติศาสตร์ข้อความคิดจึงเปรียบเสมือนเงาสท้อนประวัติศาสตร์ข้อเท็จจริงที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ ซึ่งข้อความคิดที่กล่าวมาทั้งหมด ได้มีการแบ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่ออธิบายออกเป็น 4 ทฤษฎีหลัก โดยเป็นการแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงระหว่างทฤษฎีทางกฎหมายและประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

¹³ เนื้อหาในหัวข้อนี้เรียบเรียงจาก ภูมิทร์ บุตรอินทร์, “ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดเศรษฐศาสตร์การเมือง,” รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557, น. 179-210.

5.2.1.1 ทฤษฎีสติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Law)

จอห์น ล็อกได้นำเสนอทฤษฎีแรงงานที่แสดงให้เห็นว่าเมื่อบุคคลสร้างสิ่งใดขึ้นมา ก็ตาม บุคคลนั้นย่อมมีความชอบธรรมตามลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่จะอ้างความเป็นเจ้าของในสิ่งที่ตนสร้างสรรค์และถือครอง กล่าวคือ มนุษย์มีลักษณะทางธรรมชาติที่ต้องมีการหวงกันหรือแสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของตน¹⁴ ซึ่งต่อมาได้รับการพัฒนาเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเรียกว่า หลักกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล (Private Property) ที่มีการยอมรับและนำมาเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชนตลอดมา อย่างไรก็ตามดังที่ได้อธิบายไปแล้วในส่วนก่อนหน้านี้ หลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์ทางกฎหมายที่ล็อกได้สร้างขึ้นมานั้นยังมีข้อจำกัดเมื่อนำไปปรับใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ส่งผลให้เกิดข้อบกพร่องบางประการ

การปฏิวัติฝรั่งเศสและการปฏิวัติอุตสาหกรรมเป็นช่วงที่เกิดปัญหาการบังคับใช้สิทธิอย่างชัดเจนซึ่งเกิดมาจากหลายปัจจัยด้วยกัน หนึ่งในนั้น คือ “การปฏิวัติศิลปิน” ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มนักคิด กลุ่มนักเขียน ศิลปินนักแสดงผู้มีความรู้และบทบาทในการถ่ายทอดวิธีคิดใหม่สู่สังคม กลุ่มศิลปินได้แสดงพลังและเรียกร้องสิทธิอันพึงได้รับความคุ้มครองจากรัฐในฐานะที่งานสร้างสรรค์ทางปัญญาเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ เนื่องจากผู้สร้างสรรค์ถูกบีบบังคับให้งานที่ต้องสร้างขึ้นจะต้องโอนสิทธิไปยังนายทุนโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในลักษณะเดียวกับการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเกิดความไม่เป็นธรรมในหลายแง่คิด เช่น งานวรรณกรรมที่ถูกสร้างขึ้นนายทุนอาจนำไปเปลี่ยนแปลงชื่อผู้แต่ง หรือ ดัดแปลงให้ผิดแปลกไปจากของเดิม นอกจากนี้นายทุนยังเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์ทั้งหมดจากงานดังกล่าวอย่างต่อเนื่องด้วยลักษณะความไม่มีรูปร่างของทรัพย์สิน การเรียกร้องจากกลุ่มนักศิลปินจึงนำไปสู่การสร้างหลักกรรมสิทธิ์ (Moral Rights) ในที่สุด ดังนั้น การเกิดขึ้นของความคุ้มครองสิทธิชนิดใหม่ที่เน้นการคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิ และสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) โดยเฉพาะการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์นั้นถูกพัฒนาก่อนในลักษณะของ “สิทธิสัมปทานจากรัฐแบบผูกขาด” ซึ่งมีขึ้นมาก่อนแล้วในอังกฤษจากกฎหมายชื่อ The Stationer’s Copyright ซึ่งมีที่มาจากการรวมตัวกันของผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมที่เรียกร้องผลประโยชน์ของตนเองในทางเศรษฐกิจต่อเจ้าของสำนักพิมพ์ เนื่องจากกลุ่มเจ้าของสำนักพิมพ์นิยมกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมให้เหล่าผู้สร้างสรรค์โอนงานของตนอย่างเด็ดขาด อันส่งผลให้ผู้สร้างสรรค์งานที่แท้จริงได้รับผลประโยชน์จากงานที่ตนสร้างสรรค์อย่างไม่เป็นธรรม¹⁵

¹⁴ Karen I. Vaughn, “John Locke and the Labor Theory of Value,” *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 2, No. 4, p. 312.

¹⁵ Bently Lionel, Uma Suthersanen and Paul Torremans, *Global Copyright: Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, (Cheltenham UK, Northampton MA: Edward Elgar, 2010), p. 83-85.

5.2.1.2 ทฤษฎีการแลกเปลี่ยน (Quid Pro Quo)

การสร้างสรรค์สิ่งใหม่ของมนุษย์ย่อมแบ่งประโยชน์ออกได้เป็นสองส่วน ในส่วนแรกนั้นเป็นที่แน่นอนว่าผู้ได้รับผลประโยชน์หลัก คือ ผู้สร้างสรรค์ด้วยลักษณะความเป็นเจ้าของที่มีขึ้นทันทีโดยมิต้องรับมอบมาจากผู้ใด อย่างไรก็ตามสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นก็เป็สิทธิในการใช้โดยชอบธรรมเท่านั้น มิได้เป็นการป้องกันการถูกล่วงละเมิดจากบุคคลอื่น ในทางตรงกันข้ามสังคมก็ได้รับผลประโยชน์อีกด้านจากงานที่ถูกผลิตสร้างสรรค์ออกมา ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายจึงเล็งเห็นแนวทางการสร้างหลักการทางกฎหมายเพื่อกำหนดว่าหากผู้เป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์ต้องการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายก็ต้องยอมสละสิทธิของตนเองตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ

หลักความสมดุลระหว่างสิทธิอาจกล่าวได้ว่าพัฒนาขึ้นมาจากเหตุการณ์การให้สิทธิบัตรเพื่อผลิตและจำหน่ายไฟของนาย Darcy¹⁶ นำไปสู่การตั้งคำถามถึงขอบเขตของ “สิทธิผูกขาด” ผลของคำวินิจฉัยคดีนี้สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาการให้สิทธิผูกขาดอย่างไม่มีขอบเขตและไม่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะที่ส่งผลให้เป็นการใช้สิทธิทางกฎหมายในการทำร้ายสังคมทางอ้อม ประเด็นทั้งหมดนี้สามารถอ้างอิงจากการกล่าวอ้างของโจทก์ และคำให้การของจำเลยที่มีน้ำหนักเป็นอย่างยิ่ง ส่งผลให้มีการออกกฎหมายสำคัญชื่อ The Statute of Monopolies 1623 และนักกฎหมายที่ยิ่งใหญ่ท่านหนึ่งที่มีส่วนร่วมสำคัญในการยกร่างและพัฒนาคือ Sir Edward Coke หลักกฎหมายที่เพิ่มความชัดเจนในเรื่องขอบเขตแห่งสิทธิก็คือ เรื่อง การกำหนดเวลาผูกขาดสิทธิไว้จำกัดเพียง 14 ปี ส่วนงานที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นสิทธิของผู้ประดิษฐ์ที่แท้จริง และการประดิษฐ์จะต้องเป็นสิ่งใหม่ ซึ่งสิ่งเหล่านี้เองเป็นเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีหลายภาคส่วนซึ่งทำหน้าที่แตกต่างกันออกไป¹⁷ แต่โดยสรุปความแล้วก็ถูกกำหนดให้อยู่ในรูปแบบของข้อยกเว้นทางกฎหมายเป็นส่วนใหญ่ และหลักการกฎหมายเป็นส่วนน้อย ซึ่งในปัจจุบันนี้กฎหมายได้พัฒนาขึ้นไปกว่าแต่เดิม ทำให้มีหลักการ และข้อยกเว้นทางกฎหมายมากมายที่ถูกนิยามขึ้นใหม่เพื่อตอบสนองหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิให้มีความมั่นคงมากขึ้นนั่นเอง สำหรับแนวคิดเรื่องการแลกเปลี่ยนที่ได้นำเสนอมาธิบิทธิพลมาจาก อัดัม สมิธ (Adam Smith) ซึ่งเขาได้ขยายขอบเขตสิทธิเสรีภาพด้านการเมืองที่ลือกอธิบายเรื่องสิทธิตามธรรมชาตินำไปสู่สิทธิในทางเศรษฐกิจ ในหนังสือเรื่อง “The Wealth of Nations”¹⁸ ของเขาได้ส่งผลต่อการตีความเรื่องระบบแลกเปลี่ยนในกฎหมายสิทธิบัตร และเรื่องการหมุนเวียนของระบบเศรษฐกิจ แนวคิดของเขาเริ่มแพร่หลายอย่างมากในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรมในอังกฤษ

¹⁶ The Case of Monopolies, Darcy v. Allin, 1572.

¹⁷ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 187.

¹⁸ Adam Smith, *The Wealth of Nations*, (London: Everyman's Library, 1991), Print, Book1 Ch.2.

สมิธได้ชี้ให้เห็นในประเด็นเรื่องการแลกเปลี่ยนที่ทำให้มนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์เศรษฐกิจมีความแตกต่างจากสัตว์ที่ไม่มีความสามารถในการแลกเปลี่ยน โดยการแลกเปลี่ยนของบุคคลดังกล่าวเกิดขึ้นจากความรักตัวเองและคำนึงถึงคุณค่าของการแลกเปลี่ยน เพราะการที่มนุษย์เข้ามาแลกเปลี่ยนสิ่งใดระหว่างกันก็เป็นไปเพื่อความอยู่รอดและได้รับสิ่งของที่ตนต้องการมากขึ้นนั่นเอง ด้วยทฤษฎีเช่นนี้ทำให้แนวคิดเรื่องการแลกเปลี่ยนมีผลอย่างมากต่อแนวคิดของสิทธิบัตร เพราะกฎหมายต้องการให้สังคมอยู่ร่วมกันได้โดยพึ่งพาอาศัย และรักษาสมดุลร่วมกัน อย่างไรก็ตามการตีความเจตนารมณ์กฎหมายของสมิธจึงเท่ากับว่าเป็นการให้คุณค่ากับ “ทุน” (บริบทนี้คืองบประมาณที่ใช้ลงทุนค้นคว้าวิจัยหรือวัตถุดิบในการประดิษฐ์นวัตกรรม) มากกว่า “แรงงาน” (บริบทนี้คือความสามารถของผู้ประดิษฐ์คิดค้น หรือผู้สร้างสรรค์ รวมไปถึงการใช้ความคิดให้เกิดงานทรัพย์สินทางปัญญา) ดังนั้นแนวความคิดนี้จึงไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่อง “ความเป็นเจ้าของสิทธิของแรงงาน” เพราะเป็นการคุ้มครองทางเศรษฐกิจหรือทุนที่ใช้สร้างผลงานแทน¹⁹ ส่งผลให้ความเป็นเจ้าของสิทธิของผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์ผลงานที่แท้จริงจึงสามารถโอนสิทธิเปลี่ยนมือในทางเศรษฐกิจได้เสมอซึ่งจะแตกต่างกับเจตนารมณ์ตามธรรมชาติของล๊อค

5.2.1.3 ทฤษฎีการสร้างแรงจูงใจหรือการให้รางวัลกับผู้สร้างสรรค์ผลงานผู้ประดิษฐ์คิดค้น (Reward Theory และ Incentive to Invent Theory)

งานอันมีลักษณะเป็นทรัพย์สินทางปัญญานั้นปฏิเสธไม่ได้เลยว่าเป็นการสร้างสรรคผลประโยชน์ต่อสังคมมนุษย์เป็นอย่างยิ่ง ซึ่งหากยึดลักษณะการอธิบายตามแนวคิดทฤษฎีแลกเปลี่ยนข้างต้น จะเห็นได้ว่าผลประโยชน์ครั้งหนึ่งจะตกเป็นของสังคมด้วยการใช้ และรับรู้ถึงแนวคิดการประดิษฐ์ใหม่ ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสิทธิบัตร ในทางตรงกันข้ามกฎหมายก็มุ่งคุ้มครอง รับรองความเป็นเจ้าของสิทธิ และเพื่อรักษาผลประโยชน์ให้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ สาเหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะหากไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิเลย งานที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นก็จะถูกละเมิดได้โดยง่าย ซึ่งหากไม่แก้ไขสถานการณ์เช่นนี้ผู้สร้างสรรค์งานก็จะขาดแรงบันดาลใจที่จะผลิตงานสร้างสรรค์ออกมา ทำให้สังคมขาดการพัฒนาและหยุดนิ่งไปในที่สุด แนวคิดข้างต้นในการถือครองทรัพย์สิน (บริบทนี้คือทรัพย์สินทางปัญญา) และการอธิบายเรื่องเสรีภาพด้วยหลักแห่งประโยชน์ (Principle of Utility) ได้รับอิทธิพลทางความคิดจาก เจเรมี เบนแทม (Jeremy Bentham)²⁰ ที่นำเสนอว่าอิทธิพลของการปฏิวัติอุตสาหกรรมที่มุ่งให้รางวัลแก่ผู้ประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ ณ เวลานั้น ประกอบกับการเติบโตทางเศรษฐกิจที่ส่งผลให้เกิดทุนนิยมเสรีในลักษณะของลัทธิพาณิชย์นิยมได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายที่แม้แต่สหรัฐอเมริกาเองก็ได้รับอิทธิพลดังกล่าว แสดงให้เห็นว่ามีการกำหนดกรอบของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศซึ่งใช้บังคับในปี ค.ศ. 1787 ที่กลายเป็นกรอบพื้นฐานของการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจนถึงปัจจุบัน

¹⁹ Adam Smith, *Ibid.*, Book1 Ch.4.

²⁰ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 189.

เบนแฮมแสดงความคิดเห็นว่าปัจเจกชนควรมีสติในทรัพย์สิน แต่ก็แตกต่างจากล็อกเพราะเขาไม่ได้อ้างเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ แต่อ้างหลักแห่งประโยชน์ หมายถึง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นสิ่งจูงใจในการทำงาน (Incentive) ระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้คนมั่นใจว่าเขาจะได้รับผลความพยายามตามความสามารถของตน ทำให้คนขยันทำงาน ทำให้ผลิตผลของส่วนรวมในสังคมก็จะเพิ่มขึ้น ด้วยวิธีการคือแสดงให้ปัจเจกชนรู้ว่าการละเมิดกฎหมายนั้นจะต้องถูกลงโทษ²¹ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เบนแฮมเชื่อว่าการผสมผสานผลประโยชน์ในสังคม ต้องใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือห้ามการกระทำบางอย่างของปัจเจกชนและต้องมีการลงโทษด้วย อันเป็นการสร้างระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกให้ได้รับความเป็นธรรมนั่นเอง ในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าหลักแห่งประโยชน์ของเบนแฮม แม้จะให้เหตุผลสนับสนุนเสรีภาพแต่ก็เป็นเหตุผลที่ไม่เหมือนกับของล็อก เนื่องจากเขาให้ความสำคัญกับผลประโยชน์มากกว่าสิทธิความเป็นเจ้าของจากแรงงานที่เปรียบเสมือนเป็นการแสดงเสรีภาพที่จัดเป็นสิทธิเด็ดขาดของปัจเจกชน โดยรัฐไม่สามารถละเมิดได้ ซึ่งมาจากเหตุผลที่ล็อกพยายามสร้างขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐให้อยู่ในกรอบการเคารพสิทธิของปัจเจกชน การอ้างสนับสนุนเสรีภาพด้วยสิทธิธรรมชาติเป็นลักษณะความคิดทางการเมืองในระยะปฏิวัติที่ปัจเจกชนต้องการเรียกร้องเสรีภาพโดยเด็ดขาดล้มล้างระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ขณะที่การอ้างสนับสนุนเสรีภาพด้วยหลักแห่งประโยชน์เป็นลักษณะความคิดทางการเมืองในช่วงปกติ²²

5.2.1.4 ทฤษฎีการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แบ่งย่อยเป็น 3 ลักษณะ คือ

(1) ทฤษฎีการคุ้มครองผู้บริโภคและป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Theory of Unfair Competition) นั้นมีความพิเศษเป็นอย่างยิ่ง เพราะมิได้เป็นการคุ้มครองเจ้าของสิทธิเพียงด้านเดียว ในทางตรงกันข้ามความคุ้มครองนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์โดยรวมของสังคม สาเหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะ ลักษณะแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าบังคับให้นักกฎหมายต้องเข้ามามีบทบาท เนื่องจากวัฒนธรรมการบริโภคของมนุษย์ (Consumerism) จาก “การปฏิวัติอุตสาหกรรม” ซึ่งมีกระบวนการผลิตแบบมหภาค และ “สิทธิพาณิชย์นิยม” ที่ขยายตัวในสังคมการค้าและพาณิชย์ให้ครอบคลุมและกว้างขวางมากกว่าแต่ก่อน ดังนั้น การนำกฎหมายมาคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเพื่อมาประกันคุณภาพสินค้าก็เป็นเงาสะท้อนของการเกิดขึ้นของลัทธิบริโภคนิยมของมนุษย์ กล่าวคือ เมื่อมีการบริโภคมากขึ้นความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดสินค้าและความเป็นเจ้าของสินค้าที่แท้จริงย่อมมีมากขึ้นตามไปด้วย ยิ่งไปกว่านั้นความสามารถในการทำกำไรที่สูงของตัวสินค้าย่อมจูงใจให้ผู้ค้าขายรายอื่นสนใจในการลอกเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของเจ้าของสินค้าที่ได้รับความนิยมนั้น เพื่อแสวงประโยชน์โดยมิชอบอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

²¹ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *เฟื่องอ้าง*, น. 190.

²² ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐศาสตร์การเมือง*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), น. 92-93.

ทฤษฎีส่วนนี้จึงถูกสร้างขึ้นเพื่ออธิบายเจตนารมณ์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มุ่งคุ้มครองโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะตัวเช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่น โดย ดร. ภูมิทร์ได้นำเสนอเหตุผลในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเอาไว้สามประการได้แก่²³ ประการแรกเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้ทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าโดยไม่สับสนหลงผิดในเรื่องแหล่งกำเนิดของสินค้านั้นหรือความเป็นเจ้าของสินค้านั้น เพราะผู้บริโภคย่อมต้องการสินค้าที่มีคุณภาพเชื่อมโยงกับแหล่งกำเนิดหรือ การประกันคุณภาพจากเจ้าของสินค้าที่รู้จัก

ประการที่สองเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการไม่ให้ผู้อื่นฉวยโอกาสจากความเป็นเจ้าของสิทธิด้วยการใช้วิธีที่ไม่สุจริตในรูปแบบต่าง ๆ โดยมีกลไกทางกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น หลักกฎหมายเรื่องการลงขาย (Passing Off) แต่ก็มีกลไกอื่น ๆ มารักษาสมดุลด้วย เช่น หลักการคุ้มครองผู้สุจริตในกรณีที่มีสิทธิใช้ชื่อดังกล่าวที่เป็นส่วนตัว เช่น ชื่อตัวหรือชื่อสกุลเหมือนกับชื่อเครื่องหมายของสินค้า อย่างไรก็ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากลุ่มนี้เริ่มถูกผันแปรไปสู่เจตนารมณ์ของการคุ้มครองทางเศรษฐกิจมากขึ้น เพราะมูลค่าแลกเปลี่ยนในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้มีมากมายมหาศาล

ประการที่สามเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการไม่ให้ผู้อื่นฉวยโอกาสจากค่าผลิตที่เพิ่มพูนขึ้นที่มูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญาที่สะสมมาจากแรงงานเดิมของผู้ประกอบการหรือทุนที่มีการลงทุนสะสมไว้ เช่น ค่าแห่งความภักดีในตัวสินค้า (Brand Loyalty) หรือ ชื่อเสียงความนิยมในตัวสินค้า (Goodwill) เป็นต้น ทั้งนี้แรงงานเดิมที่สะสมจนเป็นค่าผลิตของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทเหล่านี้ เป็นตัวกำหนดมูลค่าแลกเปลี่ยน (Exchange Value) ของสินค้า

(2) ทฤษฎีการป้องกันประโยชน์สาธารณะทางเศรษฐกิจจากการผูกขาดตลาด (Theory of Antitrust) เนื่องจากการผูกขาดเป็นเรื่องอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจและการตลาดเป็นอย่างยิ่ง เพราะ การผูกขาดตลาดย่อมก่อให้เกิดการจำกัดจำนวนหน่วยของสินค้าเพื่อเพิ่มประโยชน์หน่วยสุดท้าย ราคาขายของสินค้าก็จะแพงขึ้นมาก ทำให้รายรับและกำไรสูงขึ้น การกระทำเช่นนี้ทำให้มีการผลิตสินค้าชนิดที่ถูกผูกขาดในปริมาณที่น้อยกว่าที่ควรจะเป็น และเพิ่มกำไรต่อหน่วยผลิตได้เสมอ²⁴ ลักษณะของการผูกขาดข้างต้นสามารถเกิดขึ้นได้หลายบริบท โดยบริบทของทรัพย์สินทางปัญญา การผูกขาดตลาดจะก่อให้เกิดการขูดรีดแรงงานการผลิตทรัพย์สินทางปัญญา

²³ ภูมิทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 191.

²⁴ Oser Jacob, *The Evolution of Economic Thought*. (New York: Harcourt, 1963), P. 217-219 and 221; see also, Heimann Eduard, *History of Economic Doctrines: an Introduction to Economic Theory*, (London, New York etc: Oxford University Press), 1945, p.186.

การผูกขาดทรัพย์สินทางปัญญาเกิดมาจากระบบทะเบียนที่กฎหมายสร้างขึ้นเพื่อให้ผู้ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ โดยขั้นตอนเหล่านี้เองเป็นส่วนที่จะต้องเสียงบประมาณทางธุรกรรมพอสมควร เช่น ระบบจดทะเบียนที่ต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียม ในเวลาเร่งด่วนที่ต้องรับนำสิทธิไปจดทะเบียนคุ้มครองตามประเทศต่าง ๆ ภายในระยะเวลาผ่อนผัน (Grace Period) จึงอาจส่งผลให้ผู้สร้างสรรค์ได้ที่ลงแรงงานของตนไปไม่สามารถลงทุนพัฒนาได้เองส่งผลให้ต้องขายแรงงานในรูปแบบผลผลิตทางปัญญาให้กับผู้ที่มีทุนในการบริหารจัดการมากกว่า ผู้ผลิตในหลายกรณีจึงมีอำนาจเหนือตลาดเนื่องจากตนได้ซื้อผลผลิตทางปัญญาทั้งหมดรวมไว้ที่บุคคลเดียว (Monopolist) ในทางตรงกันข้ามที่มีผู้เสนอขายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นจำนวนมาก ดังนั้นเมื่อมีการผูกขาดก็จะเป็นการขูดรีดในการจ้างแรงงานพร้อมกันไปด้วย²⁵ โดยปัญหาเรื่องการผูกขาดตลาดนี้ก่อให้เกิดปัญหารูปแบบใหม่ต่อระบบการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ปัญหาเรื่องใครควรเป็นเจ้าของสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอันมีมูลค่ามหาศาล ระหว่างนายจ้างและผู้ว่าจ้าง กับ ลูกจ้างและผู้รับจ้างทำของ หรือปัญหาที่ว่าปัญหาเรื่องสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างควรมีขอบเขตการคุ้มครองเพียงเท่าใด ซึ่งการอธิบายในหัวข้อทฤษฎีการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของปัจเจกชนจะเป็นการเติมเต็มปัญหาดังกล่าวต่อไป

(3) ทฤษฎีการรักษาสดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชน (Theory of Public Economic) ในส่วนทฤษฎีการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิ นับว่าเป็นทฤษฎีที่เป็นหัวใจของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ตามที่ได้ศึกษาในงานฉบับนี้มาแล้วในส่วนต้นว่าด้วยการนิยามและแนวคิดของคำว่า “ความสมดุล” ที่แฝงตัวอยู่ในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทที่จะต้องมีการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายเพื่อยกเว้นสิทธิของเจ้าของมิให้มากเกินไปเกินสมควรมิเช่นนั้นสิทธิที่ว่าจะเป็นอันตรายต่อสังคมซึ่งจะเกิดสภาวะการณ์ไม่สมดุลระหว่างสิทธิ

สำหรับประเด็นของแนวคิดเรื่องดังกล่าวมาจากการนำเสนอจากประเด็นเรื่องหลักการค้าแบบเสรีนิยม เพราะเป็นแนวคิดที่เป็นพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจ การค้าและการตลาดซึ่งจะเป็นการเพิ่มเติมจากที่ได้นำเสนอไปในส่วนต้นว่าด้วยเรื่องการจำกัดสิทธิโดยข้อยกเว้นเพื่อสร้างความสมดุลด้วยเหตุผลจากทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างไม่สามารถใช้หลักกรรมสิทธิ์ได้ ในประเด็นนี้ ดร. ภูมิรินทร์กล่าวว่าความคิดแบบเสรีนิยมที่ประสงค์ให้มีการค้าเสรีนั้นจะต้องให้รัฐเข้ามาแทรกแซงให้น้อยที่สุด และปล่อยให้มีการประกอบกิจการอย่างเสรีที่สุด กลไกตลาดจะทำงานได้เมื่อทุกคนมีสิทธิทำธุรกรรมอย่างเสรี²⁶ อย่างไรก็ตามเมื่อการค้าถูกผูกขาดทำให้แนวคิดดังกล่าวได้สิ้นประโยชน์ไป เหล่านักคิด นักนิติศาสตร์จึงต้องเข้ามามีบทบาทในการอธิบาย และนำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งสำนักอธิบายที่ ดร. ภูมิรินทร์ได้เลือกนำเสนอในงานเขียนมีสองสำนัก ได้แก่ สำนักนีโอคลาสสิก และ สำนักมาร์กซ์ซิส

²⁵ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น. 133-134.

²⁶ ภูมิรินทร์ บุตรอินทร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 199.

1. สำนักนีโอคลาสสิก (Neoclassicism) กล่าวว่าพฤติกรรมของสัตว์เศรษฐกิจ อย่างเช่นมนุษย์ คือ การเลือกอย่างมีเหตุมีผลตามกลไกของตลาด ดังนั้น กลไกตลาดจะทำงานได้ดีก็ต่อเมื่อมีการแข่งขันกันในตลาดอย่างสมบูรณ์ แม้บางกรณีอาจมีความจำเป็นของรัฐที่ต้องเข้าไปแทรกแซงเพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาด เนื่องจากการผูกขาดตลาดย่อมทำให้ผู้ผูกขาดกำหนดราคาและปริมาณสินค้าเองและย่อมกีดกันการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีอันนำไปสู่การล้มเหลวของตลาด (Market Failure) ส่งผลให้การจัดสรรทรัพยากรก็จะมีประสิทธิภาพ ศาสตราจารย์โรนัลด์ โคส (Ronald Coase) เคยกล่าวไว้ว่า “เป็นที่ชัดเจนว่ากลไกตลาดจะทำงานได้นั้น จำเป็นต้องมีกฎหมายมากำหนดสิทธิและหน้าที่ของหน่วยธุรกิจที่เข้ามาทำธุรกรรมอยู่ในตลาดเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการแลกเปลี่ยนนั้นจำเป็นต้องมีระบบกฎหมาย”²⁷ จากคำกล่าวนี้ หมายความว่ากลไกตลาดจะทำงานได้ดีจะต้องมีกฎหมายมากำหนดสิทธิและหน้าที่ของแต่ละฝ่ายและต้องมีองค์กรมากำหนดสิทธิด้วย อย่างไรก็ตามการแทรกแซงโดยรัฐต้องทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้นเพื่อให้กลไกตลาดเป็นไปตามปกติ โดยเฉพาะการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์อธิบายได้ว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้เป็นประเภทหนึ่งของสินค้าสาธารณะ เนื่องจากการบริโภคของผู้ใช้คนหนึ่งไม่ได้ทำให้อุปทานของผู้ใช้คนอื่นลดน้อยถอยลง นอกจากนี้ลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างย่อมไม่อาจกีดกันการใช้จากผู้อื่นได้ ถ้ารัฐไม่เข้ามาแทรกแซงด้วยการออกกฎหมาย ทุกคนก็จะเข้ามาแย่งชิงการใช้ประโยชน์จนเกิดข้อพิพาท แต่รัฐก็ต้องแทรกแซงด้วยการออกกฎหมายที่ไม่ผูกขาดสิทธิในการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากเกินไป มิเช่นนั้นแล้วก็จะทำให้กลไกตลาดล้มเหลวได้ การแทรกแซงเพื่อสร้างสมดุลนี้รัฐสามารถทำได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก บัญญัติกฎหมายมหาชนที่ห้ามการใช้สิทธิในทางเศรษฐกิจ เฉพาะเรื่องการทำธุรกรรม เช่น บัญญัติลักษณะที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าห้ามผูกขาดการใช้สิทธิไว้ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การห้ามทำข้อตกลงผูกขาดตลาดในลักษณะต่าง ๆ ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา หรือ กรณีที่สอง บัญญัติกฎหมายมหาชนที่ห้ามการใช้สิทธิในทางเศรษฐกิจในเรื่องขอบเขตการใช้สิทธิของเจ้าของสิทธิ และ ขอบเขตด้านเวลาการใช้สิทธิ

สำหรับประเด็นขอบเขตในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประเภทต่าง ๆ ได้มีการคิดค้นข้อจำกัดขึ้นมาแยกออกตามแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากแนวคิดที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามก็ยังมีบางทฤษฎีที่สามารถปรับใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาได้มากกว่าหนึ่งประเภท เพราะมีจุดร่วมในการก่อตัวของทฤษฎีเดียวกัน ซึ่งสามารถแยกออกเป็นหัวข้อได้ ดังต่อไปนี้²⁸

²⁷ Coase R. H., “The Firm, the Market, and the Law,” Chicago: University of Chicago Press, 1988; โปรตดู, ศักดา ธนิตกุล, แนวคิดหลักกฎหมายและคำพิพากษา: กฎหมายกับธุรกิจ, (กรุงเทพ: นิติธรรม 2551), น. 2.

²⁸ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 200-201.

1.1 หลักสูญเสียไปซึ่งสิทธิ (Exhaustion of Rights)

1.2 หลักการใช้ที่เป็นธรรมในกฎหมายลิขสิทธิ์ (Fair Use)

1.3 มาตรการบังคับใช้สิทธิในกฎหมายสิทธิบัตร (Compulsory Licensing)

1.4 กฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Law)

1.5 หลักการแบ่งผลประโยชน์ให้ชุมชน และ สิทธิของเกษตรกรในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช (Benefit Sharing and Farmer Rights)

1.6 ข้อจำกัดของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท สามารถแยกอธิบาย ได้แก่ กรณีกฎหมายเครื่องหมายการค้า เช่น ถูกควบคุมโดยกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, บางประเทศไม่คุ้มครองไปถึงเครื่องหมายสามมิติ กลิ่น เสียง, ไม่คุ้มครองซ้ำซ้อนกับสิทธิในการออกแบบผลิตภัณฑ์ หรือถ้าเจ้าของละเลยให้คนเรียกกันจนเป็นคำสามัญก็จะทำให้เครื่องหมายดังกล่าวเป็นของสาธารณะไปเช่นกัน กรณีกฎหมายสิทธิบัตร เช่น ค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนสูง มีข้อจำกัดไม่คุ้มครองไปถึงสัตว์ พืช และกรรมวิธีทางการแพทย์ กรณีกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น มีข้อจำกัดไม่คุ้มครองการใช้เพื่อการศึกษาวิจัย และ กรณีกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า ถ้าความลับนั้นถูกค้นพบวิธีเช่นเดียวกันนั้น ย่อมทำให้สิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้าอีกต่อไป

สำหรับประเด็นขอบเขตในด้านของเวลาการใช้สิทธิ ทรัพย์สินทางปัญญามีอายุการใช้งานที่จำกัด เช่น การคุ้มครองสิทธิบัตรมีระยะเวลาคุ้มครองเพียง 20 ปี หรือการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่มีระยะเวลาคุ้มครองเพียง 12-27 ปี ยกเว้นบางประเภท เช่น กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีข้อจำกัดในกฎหมายเหล่านี้ กล่าวคือ กฎหมายเครื่องหมายการค้าจำกัดขอบเขตด้านเวลาเมื่อเจ้าของสิทธิไม่ใช้เครื่องหมายดังกล่าวย่อมทำให้หมดสิทธิหากันและเครื่องหมายการค้านั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครองอีกเลย ส่วนกฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้า ถ้าถูกเปิดเผยย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป²⁹

การจำกัดสิทธิเพื่อสร้างสมดุลหากพิจารณาจากทฤษฎีราคาของสมิธ ก็ทำให้เข้าใจได้ว่าโดยทั่วไปราคาตลาดจะโน้มเอียงเท่ากับราคาตามธรรมชาติ หรืออีกมุมหนึ่งปัจจัยการผลิตจะเคลื่อนย้ายเสรีจากอุตสาหกรรมที่ให้ค่าตอบแทนจากต่ำไปสูง แต่บางกรณีระบบเศรษฐกิจก็ไม่อยู่ในสภาพอุดมคติที่ตั้งไว้ เช่น การผูกขาดตลาดโดยสิทธิบัตร ผู้ผูกขาดจะจำกัดอุปทานให้น้อยอยู่เสมอ ทำให้ขายสินค้าได้ในราคาที่สูงกว่าในปริมาณที่น้อยกว่าปกติ ดังนั้นการจำกัดก็มีขึ้นเพื่อให้ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจมากเกินไปเกินสมควรในมิตินี้ก็หมายถึงอำนาจที่สร้างอันตรายต่อเศรษฐกิจในสังคม

²⁹ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, เพิ่งอ้าง, น. 201.

2. สำนักมาร์กซ์ซิส จากสำนักนีโอคลาสสิกได้อธิบายกลไกทางกฎหมายที่สร้างขึ้นเพื่อรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์ของสังคม แต่เนื่องจากในปัจจุบัน เมื่อระบบตลาดผูกติดกับลักษณะที่เป็นระบบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การพยายามรักษาคุณภาพของตลาดกลับไม่เป็นดังที่กล่าวมาเสียทีเดียว โดยเฉพาะเรื่องการแสวงประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาในระบบสารสนเทศ เนื่องจากชุดความรู้และชุดข้อมูลข่าวสารที่เป็นของสาธารณะกำลังจะถูกทำลายและถูกกีดกันให้กลายเป็นความรู้และข้อมูลข่าวสารของคนเฉพาะกลุ่มเท่านั้น และคนเฉพาะกลุ่มที่ควบคุมชุดความรู้และข้อมูลข่าวสารจะเป็นผู้ที่บิดเบือนกลไกตลาดเพื่อให้ได้กำไรสูงสุด ประเด็นนี้มีนักวิชาการที่ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวเพื่อประกอบคำอธิบาย ดังนี้ ศาสตราจารย์ปีเตอร์ ดราฮอร์ส (Peter Drahos), ราช ปาเทล (Raj Patel) และ ลอว์เรนซ์ เลกซิก (Lawrence Lessig)³⁰

ศาสตราจารย์ปีเตอร์ ดราฮอร์ส (Peter Drahos) เห็นว่าปัญหาหรืออันตรายของทรัพย์สินทางปัญญาจะเกิดขึ้นจาก “การใช้ (Utilization)” ทรัพย์สินทางปัญญาในสังคมสมัยใหม่ที่มีการอันตรายที่เกิดจากการผูกขาดสิทธิมากขึ้นซึ่งมาจากสังคมที่พัฒนาก้าวหน้าไปมากขึ้นนำไปสู่การผลักดันการสร้างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญารูปแบบใหม่ที่เป็นการผูกขาดสิทธิที่มากยิ่งขึ้นกว่าเดิมถึงขนาดมีการผูกขาดในระดับนานาชาติ

ลักษณะที่เป็นนามธรรมของทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ขอบเขตของสิทธิผูกขาดกว้างขวาง และเมื่อสิทธิผูกขาดที่ว่าได้มีการขยายขอบเขตออกไปจนสามารถผูกขาดในระดับนานาชาติแล้ว สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้เปลี่ยนบทบาทจากการมีส่วนก่อให้เกิดเสรีภาพมาเป็นการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนในสังคม ในกรอบของดราฮอร์ส สิทธิในทรัพย์สินที่มีรูปร่างนั้นสามารถมีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาด กล่าวคือมีลักษณะเป็นกรรมสิทธิ์เหนือตัวทรัพย์สิน เพราะสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินที่มีรูปร่างดังกล่าวต้องผูกมัดกับทรัพย์สินตลอดเวลา ดังนั้น การวิเคราะห์เชิงมหภาคจะมองสิทธิเด็ดขาดที่เกิดจากทรัพย์สินที่มีรูปร่างนั้นเป็นอันตรายต่อสังคมเช่นกัน แต่เป็นอันตรายในระดับที่สามารถยอมรับได้และควบคุมขอบเขตได้พอสมควร ในทางตรงกันข้ามสังคมที่ยอมให้สิทธิเด็ดขาดในลักษณะเดียวกับสิทธิในทรัพย์สินที่มีรูปร่างเกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างหรือสิ่งที่เป็นนามธรรมอย่าง “สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา” ระดับของอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับสังคมหรือสาธารณะย่อมรุนแรงมากกว่าอันตรายของสิทธิเด็ดขาดจากทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เพราะสิทธิดังกล่าวไม่ผูกติดอยู่ที่ตัวทรัพย์สินเลย ดังนั้นการสร้างสิทธิผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมาต้องผูกติดกับสิ่งที่เป็นหน้าที่ด้วย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องเป็นสิทธิผูกขาดที่ผูกกับหน้าที่³¹ ซึ่งตรงกับแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลต่อสังคมในภาคสิทธิมนุษยชน

³⁰ Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, (Dartmouth Publishing Company Limited, 1996), p. 57-58.

³¹ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 202.

ราช ปาเทล (Raj Patel) นักวิชาการอีกท่านหนึ่งได้กล่าวไว้ในหนังสือเรื่อง “มูลค่าของความว่างเปล่า (The Value of Nothing)” ว่า “อนาคตที่ยั่งยืนจะต้องมีตลาด หากแต่เป็นตลาดที่ถูกกำกับให้อยู่ในพื้นที่ของตัวเราอย่างมั่นคง หากไม่แล้วแรงจูงใจความหลงใหล และทรัพยากรที่คนไม่กี่คนได้รับจากตลาดจะหักหลังสังคมและดาวเคราะห์ดวงนี้ต่อไป”³² แนวความคิดนี้สอดคล้องกับปรัชญาเศรษฐกิจของฟรีดริช ฮาเย็ค (Friedrich Hayek) ที่บอกว่าราคาคือหน่วยปลาหมึกที่สื่อสารความต้องการและความจำเป็น แต่ลักษณะของตลาดทุกวันนี้คือ การแลกเปลี่ยนที่ไม่ได้เดินด้วยความจำเป็นหากแต่เดินด้วยกำไร ธุรกิจผูกขาดมีอำนาจสูงเสียจนไม่ต้องแข่งขันในตลาด เพราะสามารถกำหนดราคาที่ต้องการขายและปริมาณสินค้าที่จะขาย เช่น ในแอฟริกาใต้ องค์การสังคมสงเคราะห์หลายแห่งแจกจ่ายโปรแกรมระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ฟรียี่ห้อลินุกซ์ (OS Linux) แต่ไม่มีใครซอฟต์แวร์เห็นว่าเรื่องนี้คุกคามสถานะผู้นำธุรกิจใแอฟริกา ดังนั้นจึงขาย “โปรแกรมระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์วินโดวส์” (OS Windows) หลายพันชุดในราคาเพียงสามเหรียญสหรัฐในประเทศยากจนเหล่านั้น ไม่ใครซอฟต์แวร์ไปไกลถึงขนาดพยายามกีดกันองค์กรฯ ที่แจกโปรแกรมระบบปฏิบัติการลินุกซ์เพื่อหลีกเลี่ยงสภาวะการผูกขาดตลาด นักคิดร่วมสมัยบางกลุ่มจึงได้นำเอาแนวคิดที่คำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะร่วมอยู่ด้วย เรียกว่า “Creative Commons”³³

ศาสตราจารย์ลอว์เรนซ์ เลกซิก ผู้ให้กำเนิดแนวคิดเรื่องงานสร้างสรรค์สาธารณะได้อธิบายแนวความคิดของตนในหนังสือเรื่อง Code Version 2.0 เพื่อเสนอประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพที่ถูกจำกัดในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะนำไปสู่การใช้อำนาจเหนือตลาดควบคุมทุกสิ่งทุกอย่าง เขาอธิบายแนวคิดและโครงสร้างพื้นฐานของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งได้รับการออกแบบมาให้มีการถ่ายทอดและแลกเปลี่ยนข้อมูลได้อย่างเสรีและไม่ถูกควบคุม เขาโต้แย้งอีกว่าในทางปฏิบัติ ระบบตลาดทุนนิยมอย่างที่เป็นอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบกับระบบการบัญญัติกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ไม่เหมาะสมโดยหน่วยงานของรัฐได้ก่อให้เกิดลักษณะของการคุกคามซึ่งเกิดจากการพยายามเข้าไปควบคุมหรือมีอำนาจเหนือระบบโครงสร้างของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อสร้างสิทธิผูกขาดให้กับองค์กรภาคเอกชนขนาดใหญ่เฉพาะราย³⁴ หนังสือ “The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World” ของเขานำเสนอเรื่องของเทคโนโลยีที่ถูกพัฒนาไปเพื่อเอื้อต่อระบบธุรกิจซึ่งมุ่งที่จะเข้าถือสิทธิผูกขาดรูปแบบต่าง ๆ มากขึ้นตามลำดับ ข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปมีผลต่อการออกแบบโครงสร้างของเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยทำให้เกิดอำนาจในการควบคุมเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดทุกรูปแบบอันอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณะ

³² Raj Patel, *The Value of Nothing: How to Reshape Market Society and Redefine Democracy*, (New York: Picador, 2009), p. 8.

³³ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 202.

³⁴ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *เพ็งอ้าว*, น. 203.

นอกจากนี้หนังสือเรื่อง “Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity” ได้กล่าวถึงปัญหาของกลุ่มธุรกิจสื่อขนาดใหญ่เหล่านี้ได้ใช้อำนาจผูกขาดในการครอบครองตลาดและกีดกันคู่แข่งรายอื่น ๆ ออกจากตลาดเพื่อให้ได้มาซึ่งกำไรสูงสุดจากการทำกำไรต่อหน่วยที่สูงขึ้น และเมื่อมีอำนาจผูกขาดในชุดข้อมูลย่อมมีอำนาจต่อรองทางการเมืองในการบัญญัติกฎหมายจากภาครัฐ คำว่า “Permission Culture” ในความหมายของเลกซิกหมายถึงอำนาจต่อรองทางการเมืองในการบัญญัติแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ ตามความต้องการของกลุ่มธุรกิจสื่อขนาดใหญ่เหล่านี้เพื่อหมายที่จะรวมระบบตลาดทุนและการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีให้เกิดระบบสังคมผูกขาด ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการเกิดงานสร้างสรรค์ใหม่ในสังคมและประโยชน์ต่อสาธารณะ สังคมผูกขาดที่กล่าวมานี้ตรงข้ามกับคำว่า “Free Culture” ในความหมายของเลกซิกซึ่งหมายถึง “สังคมที่มีเสรีภาพ”³⁵

ในผลสุดท้ายเลกซิกเสนอให้ทุกคนใช้บทบาทเชิงรุกให้มากขึ้น ดังเช่นกรณีศึกษา ได้แก่ ก) โครงการ GNU/Linux กำหนดให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในระบบปฏิบัติการนี้สามารถได้รับการปรับปรุงและส่งต่อไปให้ผู้อื่นได้โดยการเปิดเผยส่วนที่เป็นรหัสภาษา (Source Code) ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้สามารถเข้าถึงได้ทั่วไป ซึ่งทุกคนสามารถนำไปพัฒนาต่อยอดได้เอง และ ข) โครงการ Creative Commons ซึ่งเป็นสัญญากำหนดรูปแบบการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์หลายรูปแบบไว้ให้เจ้าของงานลิขสิทธิ์สมัครใจเลือกใช้รูปแบบการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานแต่ละแบบ อาจจะมีขอบเขตการอนุญาตที่มากน้อยแตกต่างกันออกไป เจ้าของงานลิขสิทธิ์ที่ต้องการจะจำกัดสิทธิบางส่วนของตนก็สามารถเลือกรูปแบบของลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้และระบุไว้ในงานลิขสิทธิ์ของตน³⁶

จากเหตุผลทั้งมวลของทั้งสองสำนักคิดที่ได้กล่าวไปนั้น ดร. ภูมิรินทร์ ได้แสดงถึงแนวคิดและการเชื่อมโยงกันในประเด็นการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิ อันเป็นการเติมเต็มงานฉบับนี้ที่นำเอาประเด็นดังกล่าวมาศึกษาเป็นหลักเพื่อตอบปัญหาในเรื่อง เหตุผลที่ชอบด้วยหลักการและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้โดยตรง หากพิจารณาจากข้อมูลที่ได้นำเสนอไปจะเห็นได้ว่าการสร้างความสมดุลนั้น มิได้ถูกจำกัดเพียงแต่การสร้างข้อยกเว้นตามกฎหมายสารบัญญัติเพียงอย่างเดียว แต่กลับมีวิธีอื่นมากมาย เช่น การสร้างแนวคิดเรื่องงานสร้างสรรค์สาธารณะ การกำหนดเรื่องการจำกัดสิทธิเข้าไปในบริบทของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายระยะเวลาการคุ้มครองที่จำกัด รวมไปถึงการยกเว้นการคุ้มครองในบางกรณีที่มีความจำเป็น ฯลฯ ซึ่งล้วนเป็นการสนับสนุนหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

³⁵ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา,” (ดุชนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 116-119.

³⁶ ภูมิรินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 203-204.

5.2.2 ตารางเปรียบเทียบทฤษฎีของสิทธิและข้อยกเว้นของทรัพย์สินทางปัญญา

ตารางเปรียบเทียบ (ตารางที่ 5.1) เป็นการสรุปให้เห็นแนวทฤษฎีที่สร้างสิทธิทางกฎหมายให้แก่ผู้ทรงสิทธิและข้อยกเว้นทางกฎหมายของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท จากข้อมูลที่ได้ศึกษามาทั้งหมด อย่างไรก็ตามตารางที่จะนำเสนอต่อไปนี้เป็นเพียงการสรุปเนื้อหาโดยสังเขปเพื่อให้เห็นภาพรวมของแนวคิดที่ได้อ้างอิงบทบัญญัติจากความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า จึงไม่อาจบันทึกรายละเอียดได้อย่างครบถ้วน โดยเฉพาะประเด็นเล็กน้อยที่แต่ละรัฐอาจอนุวัติการจากความตกลงระหว่างประเทศแตกต่างกันไป เช่น อายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่บางรัฐอาจให้มากกว่ามาตรฐาน 50 ปี หรือ การสร้างข้อยกเว้นในกฎหมายสิทธิบัตรที่บางรัฐเลือกจะให้ความคุ้มครองหรือไม่ให้ความคุ้มครองกับลักษณะบางสิ่งบางประเภทที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามประเด็นที่ว่านี้มีใช้สาระสำคัญในการวินิจฉัยปัญหาที่งานฉบับนี้นำเสนอเนื่องจากเป็นเพียงส่วนรายละเอียดที่ไม่ส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญถึงหลักการเบื้องหลังทางกฎหมาย โดยการอธิบายจะเน้นไปที่ทฤษฎีที่ให้ความคุ้มครองอันเป็นการก่อสร้างสิทธิทางกฎหมายและแนวคิดการสร้างข้อยกเว้นของสิทธิเช่นนั้นขึ้น เพื่อสรุปสาระสำคัญในทฤษฎีของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตารางที่ 5.1 ตารางเปรียบเทียบทฤษฎีของสิทธิและข้อยกเว้นของทรัพย์สินทางปัญญา

ประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา	ทฤษฎีการคุ้มครองและสิทธิทางกฎหมาย	ข้อยกเว้นทางกฎหมาย	อายุการคุ้มครอง
ลิขสิทธิ์	- ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ	- หลักการสูญเสียไปซึ่งสิทธิ - หลักการใช้ที่เป็นธรรม	50 ปี หลังจากผู้สร้างสรรค์เสียชีวิต และไม่สามารถต่ออายุได้
	- สิทธิมนุษยชนในการแสดงความเป็นเจ้าของและใช้ประโยชน์โดยชอบธรรม	- การกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร	
	- ธรรมสิทธิสำหรับการแสดงความเป็นเจ้าของงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น - สิทธิในการปฏิเสธผู้อื่นเข้ามาทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ งานของตนสู่สาธารณชน	- ข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การศึกษาวิจัย การใช้ในห้องสมุดซึ่งกระทำโดยบรรณารักษ์ เป็นต้น	

สิทธิบัตร	- ทฤษฎีการสร้างแรงจูงใจหรือการให้รางวัลแก่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์คิดค้น - ทฤษฎีการแลกเปลี่ยน	- หลักการสูญเสียไปซึ่งสิทธิ - มาตรการบังคับการใช้สิทธิ	20 ปี และไม่อาจต่ออายุได้
	- สิทธิมนุษยชนในการแสดงความเป็นเจ้าของและใช้ประโยชน์โดยชอบธรรม	- ข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การกระทำเพื่อการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัย	
	- สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้า	- การถูกบังคับให้ละสิทธิของตนบางส่วนในบางสถานการณ์ที่จำเป็นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง	
เครื่องหมายการค้า	- ทฤษฎีการคุ้มครองผู้บริโภคและป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม - ทฤษฎีการป้องกันประโยชน์สาธารณะทางเศรษฐกิจจากการผูกขาดตลาด - ทฤษฎีการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชน	- การล้อเลียน (บทบัญญัติยกเว้นที่บางรัฐกำหนดไว้) - การใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่เป็นธรรม - ข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด	10 ปี และสามารถต่ออายุได้อย่างไม่จำกัด
	- สิทธิมนุษยชนในการแสดงความเป็นเจ้าของและใช้ประโยชน์โดยชอบธรรม		
	- สิทธิที่จะได้รับการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม - สิทธิในการปฏิเสธบุคคลอื่นที่เข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าหรือบริการของตนที่ได้จดทะเบียนไว้ - การได้รับความคุ้มครองจากการลอกขโมย		

5.2.3 วิเคราะห์มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้อง

5.2.3.1 ความเหมาะสมตามหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

การวิเคราะห์ลักษณะแนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญาทั้งเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญาโดยการสังเคราะห์ออกมาเป็นทฤษฎีนั้นตามที่ได้นำเสนอไปข้างต้น แสดงให้เห็นสาระสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญา คือ ประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดแยกออกจากกันอย่างชัดเจน และการนำหลักการและข้อยกเว้นมาเปรียบเทียบกับกันนั้นย่อมไม่สามารถทำได้ในสาระสำคัญ โดยส่วนที่เหมือนหรือคล้ายกันที่พอจะเปรียบเทียบกันได้นั้นมี 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกที่ว่าด้วยความเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจับต้องได้ซึ่งจำเป็นต้องมีการสร้างสิทธิประเภทใหม่รองรับเนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินมีรูปร่างไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และส่วนที่สองว่าด้วยการแสดงความหวงกันและความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นตามลักษณะแห่งธรรมชาติของมนุษย์อันเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง สองส่วนนี้เนื่องจากเป็นแนวคิดพื้นฐานที่รองรับความเป็นทรัพย์สินชนิดใหม่นักกฎหมายจึงได้หมายรวมเอาไว้ในนิยามใหม่เดียวกัน คือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น ระบบกฎหมายของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดจึงมีความแตกต่างกันออกไปอย่างสิ้นเชิงอันมีสาเหตุมาจากแนวคิดที่สร้างขึ้น ไม่ว่าจะเป็น องค์ประกอบของวัตถุที่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย สิทธิเด็ดขาด อายุการคุ้มครอง การละเมิด รวมไปถึงการสร้างข้อยกเว้น ซึ่งแน่นอนว่าความแตกต่างยังหมายรวมไปถึงแนวทางและรูปแบบของการให้เหตุผลประกอบคำอธิบายแต่ละเรื่องอีกด้วย

ทฤษฎีทางกฎหมายทั้งหมดที่ได้นำเสนอไปในหัวข้อก่อนหน้านี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับภาคส่วนการศึกษาเชิงปรัชญาและประวัติศาสตร์ตามบทที่ 2 ของงานฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทอาจตกอยู่ หรือ อาจไม่ตกอยู่กับทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งนั้น อาจแสดงออกมาด้วยกฎหมายสารบัญญัติ และระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติในส่วนการยอมรับความเป็นเจ้าของถูกยอมรับในหลักการของทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภททั้ง ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า แต่เป็นที่น่าสนใจว่าการแสดงความเป็นเจ้าของนี้ เมื่อมีการสร้างเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายสารบัญญัติมีเพียงแต่กฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้นที่ยอมรับว่าเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถแสดงสิทธิของตนได้หากงานของตนไม่ได้รับการอ้างอิงหรือถูกเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ ซึ่งในทางกฎหมายเรียกว่า “ธรรมสิทธิ” เช่น ผู้วาดภาพงานศิลปกรรมมีธรรมสิทธิในการห้ามบุคคลอื่นในการดัดแปลงงานของตนไปในทางที่ส่งผลให้ผู้วาดงานนั้นได้รับความเสียหาย นอกเหนือไปจากนี้ธรรมสิทธิตามกฎหมายก็มีการบัญญัติว่า แม้ผู้สร้างสรรค์จะโอนลิขสิทธิ์ของตนไปให้ผู้อื่นอย่างเด็ดขาดแล้วก็ตาม แต่ธรรมสิทธิก็จะตกอยู่กับผู้สร้างสรรค์งานเสมอไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนไปให้แก่บุคคลอื่นได้ เท่ากับว่าบทกฎหมายดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเคารพความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เป็นอย่างดี ในทางตรงกันข้ามหลักการเรื่องธรรมสิทธินี้มิได้มีการบัญญัติในกฎหมายเครื่องหมายการค้าเหมือนกับลิขสิทธิ์ แต่ก็มีใช้ว่าหลักการความเป็นเจ้าของนี้ไม่มีปรากฏอยู่ในหลักการเบื้องหลังของเครื่องหมายการค้า

ทฤษฎีแลกเปลี่ยนในมุมมองหนึ่งก็ถูกยอมรับในประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท แต่ก็ด้วยลักษณะของลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้าที่จำเป็นต้องเปิดเผยรายละเอียดทั้งหมดให้สังคมรับทราบเพื่อวัตถุประสงค์ของตนอยู่แล้วส่งผลให้มีได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวเอาไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ เช่น งานวรรณกรรมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งสังคมได้รับประโยชน์จากงานนั้นด้วยการนำไปอ่านหรือศึกษาอยู่แล้ว หรือเครื่องหมายการค้าก็เป็นการช่วยเหลือสังคมในการแยกแยะสินค้าหรือบริการ ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าลักษณะของงานจะต้องเป็นการเปิดเผยต่อสาธารณชนอยู่แล้ว ในทางตรงกันข้ามสิทธิบัตรมีที่ลักษณะแตกต่างไปจากลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าที่ใครเป็นผู้คิดค้นจะต้องรักษาข้อมูลและรายละเอียดที่ตนได้คิดค้นขึ้นเป็นความลับที่สุด เพื่อมิให้บุคคลอื่นมาเลียนแบบและใช้งานของตนได้ เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์สูงสุดจากงานที่ตนได้คิดค้นขึ้น จึงมีการบัญญัติรองรับเอาทฤษฎีแลกเปลี่ยนเข้าไปในกฎหมายสิทธิบัตรที่กำหนดว่าผู้ประสงค์จะขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรจะต้องมีการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์โดยสมบูรณ์เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนให้สังคมได้เรียนรู้และนำงานที่นำไปพัฒนาต่อยอดได้ แม้กระทั่งทฤษฎีคุ้มครองผลประโยชน์ทางสังคมที่เป็นแนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าที่กฎหมายต้องการคุ้มครองสังคมให้ปราศจากการสับสนหลงผิดในการเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการ ซึ่งน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งว่าการคุ้มครองนี้มาจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เป็นเรื่องส่วนเอกชนด้วยกัน แต่ส่งผลกระทบกว้างใหญ่ไปในสังคม นอกจากนี้ทฤษฎีคุ้มครองประโยชน์สาธารณะยังไปถึงภาคส่วนที่ต้องมีการรักษาความสมดุลระหว่างสิทธิที่แฝงตัวอยู่เบื้องหลังทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิดทั้งส่วนที่เป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายบัญญัติ และแนวคิดการยกเว้นอื่น ๆ ที่อาจมีขึ้นได้ตามพลวัตรแห่งสังคม

การวิเคราะห์มาตรการการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้อง ในบริบทของการยกเว้นเครื่องหมายการค้านั้นเห็นได้อย่างชัดเจนว่า หลักการของเครื่องหมายการค้าเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิและสังคมเพื่อมิให้เกิดความสับสนในภาคส่วนต่าง ๆ ของสินค้าหรือบริการผ่านเครื่องหมายที่ทำหน้าที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่าง ดังนั้น มาตรการการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องที่สร้างขึ้นมานั้นมิได้มีส่วนที่ทำให้วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองเสียไปแต่อย่างใด เพราะเจ้าของเครื่องหมายยังมีสิทธิในการใช้เครื่องหมาย เพื่อการจำแนกแยกแยะสินค้าของตนจากสินค้าของผู้อื่น เช่น เครื่องหมายการค้า Marlboro ที่ถูกเปลี่ยนรูปแบบของอักษร สี สัน และรูปประดิษฐ์ก็ยังสามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายได้ อย่างไรก็ตามปฏิเสธไม่ได้เลยว่าเครื่องหมายดังกล่าวถูกจำกัดให้มีประสิทธิภาพลดลง แต่การจำกัดเช่นนั้นก็เพื่อการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ และเมื่อพิจารณาแล้วเป็นเรื่องที่ได้สัดส่วนและควรยอมรับให้กระทำได้ เพราะ ผลประโยชน์แห่งสังคมเรื่องสาธารณสุขย่อมเหนือกว่าผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนในด้านธุรกิจ โดยพิจารณาประกอบกับคดีของศาลปกครองอังกฤษที่น่าเสนอไปก่อนหน้านี้³⁷

³⁷ Please see information in Case British American Tobacco v. Department of Health, para. 785, 824 and 857.

การศึกษาถึงที่มาของความแตกต่างในจุดกำเนิดของสิทธิและข้อยกเว้นในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทก็เพื่อเป็นการตอบข้อกล่าวอ้างที่ว่า การสร้างข้อยกเว้นสำหรับเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่มีการเปลี่ยนแปลงรูปร่างของเครื่องหมาย ซึ่งตามงานฉบับนี้ คือ มาตรการบรรจุกุณัตที่เรียบนั้นมีความรุนแรงและไม่ได้สัดส่วนที่เหมาะสมตามหลักความสมดุลระหว่างสิทธิ โดยอ้างถึงข้อยกเว้นของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นเข้ามาพิจารณา โดยเฉพาะมาตรการบังคับใช้สิทธิของกฎหมายสิทธิบัตร อาจเป็นข้อกล่าวอ้างที่ไม่สมบรูณ์นัก เพราะดังที่กล่าวไปแล้วว่า แนวทางการสร้างสิทธิและข้อยกเว้นของแต่ละประเภทนั้นแตกต่างกัน สำหรับประเด็นโต้แย้งนี้ก็มี การอธิบายว่ามาตรการบังคับใช้สิทธินั้นแม้จะถึงขนาดที่บังคับให้ผู้ทรงสิทธิบัตรจะต้องยอมสละสิทธิของตนก็ตาม แต่ก็เพียงระยะเวลาที่จำกัดและรัฐจะต้องมีค่าชดเชยให้ด้วยนั้น แนวคิดเช่นว่านี้ หากมาใช้กับมาตรการบรรจุกุณัตแบบเรียบหรือมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นก็มักอ้างว่าจะต้องมีการบังคับใช้ระยะเวลาที่จำกัดและรัฐจะต้องมีค่าชดเชยให้ด้วยเช่นกัน ซึ่งการเปรียบเทียบเช่นนี้อาจมีข้อบกพร่องได้ เนื่องจากความคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตรนั้นมีระยะเวลาที่จำกัด (20 ปีสำหรับสิทธิการประดิษฐ์) ในการสร้างประโยชน์ ทำให้เมื่อผู้ทรงสิทธิถูกมาตรการบังคับก็จำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์ระยะเวลาที่จำกัดและมีค่าชดเชย ในทางตรงกันข้ามกฎหมายเครื่องหมายการค้ามิใช่การคุ้มครองที่ไม่จำกัด ดังนั้น การจำกัดสิทธิบางส่วนโดยมีเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์แห่งสาธารณะก็สมควรให้กระทำได้ กล่าวคือ ระยะเวลาทำให้สิทธิบัตรมีคุณค่าน้อยลง แต่ทำให้เครื่องหมายการค้ามีคุณค่ามากขึ้น ทั้งนี้หลักการแห่งเครื่องหมายการค้าก็ได้ถูกทำลายลงไป เพราะเจ้าของสิทธิยังสามารถใช้สิทธิตามเครื่องหมายของตนได้อย่างเต็มที่ สิทธิของตนไม่ได้ถูกพรากไปเช่นเดียวกับกรณีของมาตรการบังคับการใช้สิทธิบัตรอีกด้วย ทั้งสองกรณีจึงไม่อาจใช้แนวคิดเดียวกันในการพิจารณาได้

นอกจากนี้มาตรการบรรจุกุณัตแบบเรียบที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรจุกุณัตนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรม ซึ่งแม้การกระทำเช่นนั้นจะมีได้เป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนอันเป็นการกระทำละเมิดกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การกระทำเช่นนั้นอาจกระทบหลักกฎหมายเรื่องธรรมชาติที่เปลี่ยนแปลงลักษณะแห่งงานอันเป็นการกระทบต่อเจ้าของสิทธิได้ ซึ่งจากข้อมูลที่ได้ศึกษามาในงานฉบับนี้พบว่า ลักษณะที่มาตรการบรรจุกุณัตแบบเรียบหรือมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ใช้อย่างเครื่องหมายการค้าเท่านั้น มิได้หมายรวมถึงการใช้อย่างลิขสิทธิ์ทั่วไปที่ผู้ทรงลิขสิทธิ์มีสิทธิทางกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงไม่น่าจะกระทบกับธรรมชาติของผู้ทรงลิขสิทธิ์ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงจะมีขึ้นเฉพาะในกรณีที่ใช้อย่างเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตามหากพิจารณาว่าการเปลี่ยนแปลงทำให้ผู้ทรงธรรมชาติเสียหายก็ต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่กำหนดว่าการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าหลักการสร้างความสมดุลนั้น จะส่งผลให้ข้ออ้างที่รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมเรื่องสาธารณสุขมีมากกว่าผลประโยชน์ของเอกชนในเรื่องทางธุรกิจซึ่งมีน้ำหนักน้อยกว่า

อย่างไรก็ตามก็ต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าธรรมสิทธิตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์มีแนวคิดมาจากเรื่องสิทธิมนุษยชนในบริบทของการแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของที่เมื่อมี บริบทพิพาทกับสิทธิมนุษยชนประเภทอื่นแล้วก็สามารถแก้ไขปัญหามุ่งการพิพาทได้ ซึ่งแนวทางการ แก้ไขปัญหาก็เป็นเช่นเดียวกับหลักการของเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของเครื่องหมายมีสิทธิในความเป็น เจ้าของเพื่อแสวงประโยชน์จากทรัพย์สินของตนที่เป็นบริบทมาจากพื้นฐานแนวคิดเช่นเดียวกัน แสดง ให้เห็นถึงความสอดคล้องของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนที่แฝงตัวอยู่ในสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทาง ปัญญาด้วย ทั้งนี้วิธีการแก้ไขปัญหาล้วนจะได้นำเสนอไปพร้อมกันในหัวข้อถัดไป

5.2.3.2 ความสอดคล้องภายใต้หลักสิทธิมนุษยชนและทรัพย์สินทางปัญญา

การนำเสนอในส่วนนี้จะแสดงให้เห็นถึงการให้เหตุผลทางกฎหมายของ มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องในบริบทของการขยายความหลักการ ปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งที่เป็นส่วนเข้าไปพิพาทในสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญา ในประเด็นนี้ได้มีการนำเสนอเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญานั้นไว้แล้วในบทก่อนหน้านี้ว่า ลักษณะแห่งความสัมพันธ์สามารถแบ่งออกเป็น สองแนวคิด ได้แก่ (1) สิทธิมนุษยชนและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีพื้นฐานขัดแย้งกัน และไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้ ดังนั้น เมื่อเกิดการพิพาทซึ่งกันละกันจะต้องเลือกเอาสิทธิมนุษยชนมาก่อนเสมอ โดยไม่จำเป็นต้องกลับไปพิจารณาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเลย³⁸ และ (2) สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิมนุษยชนสามารถอยู่ด้วยกันและสามารถหาจุดร่วมกันได้ โดยการกำหนดขอบเขตอำนาจ เด็ดขาดที่ใช้สร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้สร้างสรรค์ให้มีความเหมาะสมในขณะที่ต้องคำนึงถึงผู้บริโภคใน สังคมที่จะเข้าถึงผลงานทางปัญญาได้อย่างเพียงพอซึ่งเป็นการยึดเอาแนวคิดจากหลักการสร้างความ สมดุลระหว่างสิทธิ³⁹ ในการพิจารณาส่วนนี้จากข้อมูลที่ได้ศึกษามานั้น แนวความเห็นที่ (2) เป็นแนวที่ มีหลักเหตุผลที่สนับสนุนได้มากกว่า เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีส่วนที่ว่าด้วยลักษณะ การแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนลักษณะหนึ่ง ในทางตรงกันข้ามการถือตาม ความคิดเห็นที่ (1) อาจจะมีข้อบกพร่องที่นำเอาสิทธิมนุษยชนเหนือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเสมอ เพราะจะไม่มี การพิจารณาบริบทความเป็นเจ้าของที่ผู้ทรงสิทธิทรัพย์สินทางปัญญามีและยึดเอาสิทธิ มนุษยชนด้านอื่น ๆ เป็นใหญ่กว่าซึ่งเป็นเรื่องที่สามารถโต้แย้งขึ้นได้หากเกิดข้อพิพาท

³⁸ Peter K. Yu, “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework,” U.C. Davis Law Review, Vol. 40, 2007 Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-01, p. 1041.

³⁹ วิมล สิทธิโอสถ, “การบังคับใช้มาตรการยึดหยุ่นของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าในประเทศกำลังพัฒนา: ศึกษากรณีสิทธิบัตรยา,” (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554), น. 59.

เมื่อยึดถือตามแนวคิดที่ (2) แล้ว ประเด็นต่อมาคือแนวทางการแก้ไข ปัญหาเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิมนุษยชน ซึ่งวิธีการแก้ไขแยก พิจารณาได้ออกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง แยกสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสิทธิมนุษยชนเป็น พื้นฐานออกจากส่วนที่สิทธิที่ไม่มีพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน และเมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างสิทธิทั้ง สองการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานควรต้องเป็นรองสิทธิ มนุษยชนประเภทอื่น ๆ⁴⁰ จากการนำเสนอกรณีหนึ่งที่หนึ่งจะเห็นได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาสามารถแบ่ง ออกเป็นสองส่วน คือ สิทธิส่วนที่มีสิทธิมนุษยชนเป็นฐาน และสิทธิส่วนที่ไม่มีสิทธิมนุษยชนเป็น พื้นฐานหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายบัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ทรง สิทธิ ซึ่งหมายถึงรวมถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย โดยตัวกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้น นอกจากนั้นน้ำหนักรightsจะต่ำกว่าสิทธิมนุษยชนแล้ว บริบทของกฎหมายเองก็เปิดช่องว่างให้มีการ ตีความเพื่อสร้างข้อยกเว้นให้เป็นการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนที่หมายถึงหลักการปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์อันเป็นรากฐานของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องอีก ด้วย กล่าวคือ สิทธิเชิงเศรษฐกิจและการค้าที่มุ่งคุ้มครองเอกชนในเชิงพาณิชย์ธุรกิจ จะมีน้ำหนัก ความชอบธรรมน้อยกว่าสิทธิมนุษยชน ดังนั้น สิทธิในส่วนที่กฎหมายมอบให้ไม่จำเป็นต้องนำมา พิจารณากับสิทธิมนุษยชนเลยด้วยความเป็นรองทางน้ำหนักตามที่อธิบายข้างต้น และตัวบทบัญญัติ ของกฎหมายก็ยินยอมให้มีการสร้างข้อยกเว้นเพื่อรองรับเรื่องสิทธิมนุษยชนด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ในส่วน สิทธิที่กฎหมายบัญญัติขึ้นจะได้วิเคราะห์ให้ละเอียดในส่วนถัดไป

กรณีที่สอง หากเป็นการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิมนุษยชนด้วยกัน กล่าวคือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานขัดกับสิทธิมนุษยชนด้วยกัน ซึ่งตาม ข้อมูลที่ศึกษามานั้นสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานสำคัญ คือ ลักษณะทาง ธรรมชาติในการแสดงความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สิน ซึ่งในประเด็นนี้หากมีประเด็นพิพาทกับสิทธิ มนุษยชนลักษณะอื่น ตามกรณีนี้คือ ประเด็นที่ว่าด้วยชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้น จะมีแนวทางการ แก้ไขปัญหาโดยการอ้างอิงถึงงานเขียนทางวิชาการของ Peter K. Yu ได้นำเสนอแนวทางการแก้ไข ปัญหากรณีพิพาทกันระหว่างสิทธิมนุษยชนเอาไว้ในงานวิจัยของเขาไว้ทั้งหมด 3 วิธี ได้แก่ (1) หลักการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสม (The Just Remuneration Approach)⁴¹ (2) หลักการกำหนด สิทธิขั้นต่ำที่ควรให้การคุ้มครอง (The Core Minimum Approach)⁴² (3) หลักการตระหนักถึง ความก้าวหน้า (The Progressive Realization Approach)⁴³

⁴⁰ วิมล สิทธิโอสถ, *เพ็ญอ้าง*, น. 61-62; see also, Peter K. Yu, *supra* note 38, p. 1039-1040.

⁴¹ Peter K. Yu, *Ibid.*, p. 1091-1092.

⁴² Peter K. Yu, *Ibid.*, p. 1105-1106.

⁴³ Peter K. Yu, *Ibid.*, p. 1113-1114.

แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทั้งสามประการข้างต้นก่อนที่จะไปพิจารณาเรื่องมาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง เบื้องต้นจะขอเสนอตัวอย่างการปรับใช้แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวกับกรณีมาตรการบังคับการใช้สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตร เพราะเป็นมาตรการที่มีประเด็นวินิจฉัยเรื่องสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน กล่าวคือ รัฐที่ใช้มาตรการบังคับสิทธิจะใช้อำนาจของตนบังคับกับผู้ทรงสิทธิบัตรให้มีการยินยอมสละสิทธิของตนในบางสถานการณ์ที่สำคัญและจำเป็น เช่น เมื่อเกิดสภาวะโรคระบาด รัฐสามารถบังคับเอาผลิตภัณฑ์ที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองจากผู้ทรงสิทธิมาผลิตแจกจ่ายให้กับประชากรภายในรัฐได้ จากสถานการณ์เช่นนี้เท่ากับว่ารัฐได้มีการพรากสิทธิความเป็นเจ้าของและการใช้ประโยชน์มาจากผู้ทรงสิทธิบัตร ทำให้ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถใช้ประโยชน์ตามสิทธิของตนได้ ดังนั้น เมื่ออาจมีกรณีที่สิทธิความเป็นเจ้าของสิทธิบัตรถูกพรากออกไปจึงเป็นการกระทบกันระหว่างสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนไปกับพิพาทกับสิทธิมนุษยชนเรื่องอื่น โดยในกรณีนี้ได้แก่เรื่องของสาธารณสุข ซึ่งตามแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ได้นำเสนอข้างต้น สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

(1) ตามหลักการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสม การบังคับสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้น เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของสถานการณ์ที่กฎหมายกำหนด รัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร เพื่อวัตถุประสงค์ คือ เป็นการชดเชยสิทธิที่ถูกพรากไปในช่วงเวลาดังกล่าว

(2) ตามหลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำที่ควรให้การคุ้มครอง มาตรการบังคับการใช้สิทธิเป็นการบังคับเพียงระยะเวลาช่วงหนึ่งตามสถานการณ์ที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นมิใช่เป็นการบังคับสิทธิตลอดไป โดยสถานการณ์เช่นว่านั้นก็มิใช่สถานการณ์โดยทั่วไปที่เกิดขึ้นได้ในชีวิตประจำวัน ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นสถานการณ์ที่สำคัญและมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพรากเอาสิทธิบัตรดังกล่าวมาใช้เพื่อระงับปัญหาที่เกิดขึ้น กล่าวคือ แม้ว่ารัฐจะพรากสิทธิดังกล่าวไปแต่ก็เป็นช่วงเวลาจำกัด ดังนั้น สิทธิขั้นต่ำที่สุดของสิทธิบัตร คือ การคงสถานะความเป็นเจ้าของสิทธิบัตรจึงยังคงได้รับความคุ้มครองเช่นเดิม สิทธิของผู้ทรงสิทธิไม่ได้ถูกพรากไปอย่างถาวรโดยรัฐเพื่อประโยชน์ทางสาธารณะบางประการที่มีความจำเป็นยิ่ง จึงสามารถพิจารณาได้ว่ามาตรการบังคับใช้สิทธิ รัฐได้กำหนดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาเท่าที่จำเป็นในระดับขั้นต่ำ โดยคำนึงถึงหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิแล้ว

(3) ตามหลักการตระหนักถึงความก้าวหน้า มาตรการบังคับการใช้สิทธิเกิดขึ้นได้เพราะมีเหตุผลที่สำคัญในการสนับสนุน คือ ผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติและเรื่องของสาธารณสุข ดังที่ยกตัวอย่างไปแล้ว ได้แก่ สภาวะเกิดโรคระบาด กล่าวคือ การระงับสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรเป็นการชั่วคราวเพื่อรักษาผลประโยชน์แห่งส่วนรวมนั้นเป็นการปฏิบัติตามหลักการสร้างความสมดุล ที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์มากขึ้นควบคู่ไปกับการพัฒนาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กรอบของสิทธิมนุษยชนโดยการสร้างความสมดุลต่อสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ และคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ

สำหรับกรณีปัญหาเรื่องมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายควบคุมยาสูบ ในประเด็นนี้จะพิจารณาทั้งส่วนกฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กันในหลายภาคส่วน ได้แก่

ส่วนแรกความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นพิเคราะห์แล้วไม่พบว่ามีการพรากสิทธิไปแต่อย่างใด เพราะ ผู้ทรงสิทธิยังสามารถแสดงความเป็นเจ้าของและใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายของตนได้อย่างเต็มที่ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าสิทธิในการใช้ประโยชน์ในเครื่องหมายการค้าเพื่อทำหน้าที่แยกแยะสินค้ายาสูบของตนจากของผู้อื่นนั้นในเชิงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการค้ายังคงเป็นของผู้ทรงสิทธิที่สามารถใช้ได้เช่นเดิมไม่มีการเปลี่ยนแปลง ซึ่งแตกต่างจากมาตรการบังคับใช้สิทธิบัตรข้างต้นอย่างชัดเจนที่มีการพรากสิทธิของผู้ทรงสิทธิไป อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าเช่นว่านั้นอาจถูกลดทอนประสิทธิภาพลงจากเดิมให้เหลือเพียงข้อความที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของเครื่องหมายที่มีเหตุผลจากเรื่องสาธารณสุข ซึ่งจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าเมื่อสิทธิในความเป็นเจ้าของไม่ได้ถูกพรากไป ทำให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เหลือซึ่งเป็นสิทธิในเชิงพาณิชย์การค้านั้น เมื่อมาชั่งน้ำหนักกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องสาธารณสุขแล้วตามกรอบของความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองสิทธิที่ได้นำเสนอไปข้างต้น สิทธิมนุษยชนจะมีน้ำหนักที่มากกว่าเสมอ

ส่วนที่สองเรื่องธรรมสิทธิในงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์นั้นก็เป็นเช่นเดียวกัน เพราะไม่มีการพรากสิทธิไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบกลับแก้ไขงานศิลปกรรมบางส่วนโดยมีเหตุผลทางกฎหมายสนับสนุนเป็นการเฉพาะ และการกระทำดังกล่าวก็ได้สร้างความเสียหายต่อความเป็นงานศิลปกรรม เพราะต้องระลึกไว้เสมอว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบจะเปลี่ยนแปลงรูปแบบของงานเฉพาะกรณีที่มีการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าเท่านั้น สิทธิของผู้ทรงลิขสิทธิ์ยังมีอยู่เช่นเดิม และเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ตามแนวทางของข้อยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่กำหนดว่าการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น ข้ออ้างที่รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมเรื่องสาธารณสุขมีมากกว่าผลประโยชน์ของเอกชนในเรื่องทางธุรกิจซึ่งมีน้ำหนักน้อยกว่า ทำให้มาตรการดังกล่าวได้รับความชอบธรรม

การพิจารณามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้น แม้ว่าจะไม่มีประเด็นของการพรากสิทธิในความเป็นเจ้าของไปเช่นเดียวกับมาตรการบังคับใช้สิทธิ จึงไม่มีการตีความที่ต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามแนวทางที่ได้เสนอมาข้างต้นทั้งสามประการ อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในการพิเคราะห์มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องประการอื่นให้มีความครบถ้วนมากที่สุด ในส่วนนี้จึงจะนำเอาแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทั้งสามประการมาพิจารณาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเชิงวิชาการมากที่สุด โดยจะมีการพิจารณาทั้งกรณีเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์ร่วมกัน ดังนี้

(1) ตามหลักการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสม มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีการพรางสิทธิความเป็นเจ้าของไปทั้งกรณีเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์ จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยซึ่งเป็นไปตามที่ศาลปกครองอังกฤษได้ทำการวินิจฉัยว่า กรณีตามปัญหาไม่มีการกระทำซึ่งเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของรัฐ เมื่อพิจารณาถึงหลักความสมดุลมาตรการดังกล่าวก็เป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินและผลประโยชน์ของสังคมด้านสาธารณสุขโดยได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเอกชนเชิงพาณิชย์และผลประโยชน์มหาชนเชิงสาธารณสุข ศาลจึงขอปฏิเสธที่จะให้รัฐจ่ายค่าชดเชยใด ๆ ให้แก่ผู้ฟ้อง เนื่องจากศาลไม่เห็นว่ามีเหตุผลที่รัฐจะต้องรับผิดชอบในมาตรการที่ตนสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ด้านสุขภาพให้แก่ประชาชนภายในรัฐ⁴⁴ นอกจากนี้ศาลปกครองอังกฤษยังให้ความเห็นเพิ่มเติมในประเด็นหลักการจ่ายค่าชดเชยว่ามีใช้การเวนคืนทุกกรณีที่จะต้องมีการชดเชยจากรัฐ เนื่องจากจะต้องขึ้นอยู่กับประเด็นของการเวนคืนด้วยว่าเป็นประเด็นเรื่องใด ดังนั้นผลของการเวนคืนรัฐอาจมีการชดเชยมากหรือน้อย หรือแม้กระทั่งไม่มีการชดเชยเลยก็สามารถเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน⁴⁵

(2) ตามหลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำที่ควรให้การคุ้มครอง มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องยังคงรักษาสหสิทธิขั้นต่ำของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์ไว้ โดยไม่มีการพรางเอาความเป็นเจ้าไป ดังนั้น การคงสถานะความเป็นเจ้าของยังคงได้รับความคุ้มครองเช่นเดิม จึงพิจารณาได้ว่ารัฐได้กำหนดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาเท่าที่จำเป็นในระดับขั้นต่ำ โดยคำนึงถึงหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิแล้ว

(3) ตามหลักการตระหนักถึงความก้าวหน้า มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง ได้รับการสนับสนุนจากแนวคิดเรื่องการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์อันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมของมนุษย์ด้านสาธารณสุข กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามหลักการสร้างความสมดุลที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าแนวทางการคุ้มครองเรื่องการบริโภคยาสูบนั้นได้เล็งเห็นถึงพัฒนาการของสุขภาพมนุษย์ในอนาคต เนื่องจากตามข้อมูลที่ได้ศึกษามานั้นผลิตภัณฑ์ยาสูบจะส่งผลกระทบต่อร่างกายมนุษย์ก็ต้องใช้ระยะเวลาในการบริโภคที่ค่อนข้างนาน ทำให้การควบคุมปริมาณการบริโภคไว้ด้วยกฎหมายจึงได้รับความชอบด้วยหลักการคุ้มครองสาธารณสุขและสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เมื่อพิจารณาควบคู่ไปกับการพัฒนาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กรอบของสิทธิมนุษยชนแล้ว มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องล้วนเป็นการสร้างความสมดุลต่อสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะอย่างเหมาะสมแล้ว

⁴⁴ British American Tobacco v. Department of Health, *supra* note 37.

⁴⁵ British American Tobacco v. Department of Health, *ibid.*, para. 809 and 829.

สำหรับประเด็นสุดท้ายที่จะกล่าวถึงในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิมนุษยชนนั้น เป็นเรื่องระดับความเข้มข้น (Degree) ของสิทธิมนุษยชน โดยในงานฉบับนี้ได้นำเสนอข้อมูลเพื่อย้ำประเด็นว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นในบริบทภาคส่วนหนึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนว่าด้วยลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องการแสดงออกในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น ทั้งนี้ตามแนวทางการแก้ไขปัญหาลักษณะนี้เมื่อสิทธิมนุษยชนในลักษณะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินจะต้องมาพิพาทกับสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ นั้น ศาลปกครองอังกฤษได้นำเสนอว่าจะต้องมีการคำนึงถึงระดับของสิทธิมนุษยชนนั้นด้วย โดยศาลได้ชี้ให้เห็นได้ว่าสิทธิมนุษยชนในการแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเพื่อใช้หาผลประโยชน์ทางเอกชนเชิงพาณิชย์ไม่อาจเทียบได้เลยกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องผลประโยชน์สาธารณะด้านชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ดังนั้นรัฐผู้ออกกฎหมายจำกัดเรื่องสิทธิในทรัพย์สินย่อมมีความชอบธรรมเพื่อประโยชน์ด้านสาธารณสุข ซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหาลักษณะนี้ได้นำเสนอไปหากพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

สิทธิมนุษยชนตามปัญหาที่งานฉบับนี้ จึงควรจะต้องมีการแบ่งระดับความเข้มข้นไว้ เพื่อให้การพิจารณาปัญหาพิพาทระหว่างสิทธิมนุษยชนเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะในส่วนนี้จะเป็นการกำหนดให้อำนาจของรัฐที่เข้าไปกระทบกับสิทธิดังกล่าวว่าสามารถกระทำได้มากหรือน้อยเพียงใด ดังนั้น เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจในแง่การวิเคราะห์ปัญหาเรื่องมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องที่ได้นำเสนอไป จะขอแบ่งระดับของสิทธิมนุษยชนไว้ 2 ระดับ ได้แก่ (1) Non-Derogable Rights หมายถึงสิทธิมนุษยชนที่มีความเข้มข้นและเด็ดขาดจนถึงขนาดที่ไม่สามารถถูกจำกัดหรือระงับไม่ว่าจะอยู่ในสถานการณ์ใดก็ตาม เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานอย่างโหดร้ายหรือปฏิบัติไม่เป็นมนุษย์ สิทธิที่จะไม่ตกเป็นทาสของบุคคลอื่น หรือ สิทธิที่จะไม่ถูกรับโทษทางกฎหมายย้อนหลัง⁴⁶ และ (2) Qualified Rights หมายถึงสิทธิมนุษยชนที่ต้องการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิส่วนบุคคลกับความต้องการในสังคมและรัฐ เช่น สิทธิในการเคารพความเป็นส่วนตัวในชีวิตและครอบครัว สิทธิที่จะได้รับการศึกษา ซึ่งรวมถึงสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินด้วย⁴⁷

การวิเคราะห์ปัญหาเมื่อสิทธิมนุษยชนพิพาทกันจึงทำได้โดยการพิจารณาระดับว่าสิ่งใดที่สำคัญกว่าและสิ่งใดที่รัฐสามารถจำกัดได้ ซึ่งในกรณีของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบรัฐได้เล็งเห็นแล้วว่าเรื่องความเป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถถูกจำกัดได้โดยการออกกฎหมายเพื่อเป็นการรักษาสิทธิในระดับที่สำคัญกว่า ทั้งนี้การกำหนดระดับดังกล่าวนำเสนอขึ้นเพื่อวินิจฉัยปัญหาตามงานวิจัยฉบับนี้เท่านั้น จึงมิได้ทำอย่างครบถ้วนทุกระดับตามบริบทของสิทธิมนุษยชนทั้งหมด

⁴⁶ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 4.

⁴⁷ Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Guarantees the Right to Property; see also, The Universal Declaration of Human Rights Provides, For Example, “1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others. 2. No one shall be arbitrarily deprived of his property.”

5.3 การให้เหตุผลทางกฎหมายของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องในบริบทของหลักเกณฑ์แห่งองค์การการค้าโลก

มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกเป็นการท้าทายหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลกในหลายประเด็นแห่งสนธิสัญญาด้วยกัน ในส่วนนี้จะนำเสนอถึงการวิเคราะห์ว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมีความชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้า ซึ่งหมายรวมไปถึงบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่คุ้มครองและบัญญัติหลักเกณฑ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

5.3.1 ข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าและความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช

มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องแม้ไม่มีลักษณะเลือกปฏิบัติทางการค้าโดยตรง แต่ก็มีผลแห่งการบังคับใช้ที่กีดกันการค้าทางอ้อม กล่าวคือ เป็นการสร้างภาระอันเกินสมควรแก่ผู้ผลิตสินค้าที่จะต้องลงทุนในการผลิตมากยิ่งขึ้น เมื่อลักษณะดังกล่าวอาจเป็นการละเมิดหลักเกณฑ์การค้า ส่งผลให้ผู้บังคับใช้มาตรการจะต้องอ้างเหตุผลสนับสนุน เรื่องข้อยกเว้นว่าด้วยความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ตามความตกลงเกตต์ ซึ่งในหัวข้อนี้จะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการดังกล่าว โดยพิจารณาประกอบกับความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่บัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกันอีกด้วย

5.3.1.1 ความจำเป็นของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้อง

บทบัญญัติตามข้อ 20 ย่อหน้าแรก ของความตกลงเกตต์บัญญัติว่า “มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทางการค้า โดยไม่สมเหตุสมผลที่อธิบายได้ หรือ กีดกันตามอำเภอใจระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่มีสถานการณ์เหมือนกัน หรือ ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอมแฝง ไม่มีสิ่งใดในข้อตกลงฉบับนี้ที่จะถูกตีความเพื่อห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิกดำเนินการต่าง ๆ ต่อไปนี้ได้” ตามที่ได้นำเสนอไปแล้วว่าบทบัญญัตินี้เป็นบทหลักในการบังคับใช้รายละเอียดแห่งข้อยกเว้น ในกรณีนี้ได้แก่ ข้อ (บ) ความว่า “จำเป็นในการปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช”⁴⁸

⁴⁸ GATT Article 20 (b) “necessary to protect human, animal or plant life or health.”

เมื่อมีการตีความบังคับใช้ประกอบกันสำหรับอ้างเหตุผลสนับสนุน มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องสามารถสรุปความได้ว่า “มาตรการ ช้อยกเว้นที่รัฐสร้างเพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค่านั้น หากเป็นการสร้างเพื่อวัตถุประสงค์แห่งความ จำเป็นในการปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะที่กีดกัน ทางการค้า โดยไม่สมเหตุสมผลที่อธิบายได้ หรือ กีดกันตามอำเภอใจระหว่างประเทศต่าง ๆ หรือ ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอมแฝง หากปฏิบัติตามองค์ประกอบแห่งกฎหมายแล้วก็ไม่มีสิ่ง ใดในข้อตกลงฉบับนี้ที่จะถูกตีความเพื่อห้ามมิให้ประเทศสมาชิกดำเนินการได้” กล่าวคือ องค์ประกอบ การสร้างช้อยกเว้นที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องประกอบไปด้วย สามองค์ประกอบหลักและเหตุแห่ง วัตถุประสงค์ที่กำหนดประเภทไว้ในข้อย่อยซึ่งมีความสอดคล้องซึ่งกันและกัน ทั้งนี้แนวทางการวินิจฉัย จะได้นำเสนอประกอบส่วนขององค์กระบวนข้อพิพาทเพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวทางการใช้และการ ตีความกฎหมาย เพื่อการพิจารณาและวิเคราะห์ส่วนมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่น ที่เกี่ยวข้องอย่างมีประสิทธิภาพ โดยจะพิจารณาแยกองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

(1) มาตรการตามช้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทาง การค้า โดยไม่สมเหตุสมผลที่อธิบายได้ ซึ่งองค์ประกอบนี้จะต้องตีความประกอบเหตุแห่งกฎหมายที่ บัญญัติเอาไว้ในข้อย่อยในกรณีนี้คือความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ แต่ไม่ใช่การ อ้างแต่เพียงเหตุผลตามลักษณะแห่งกฎหมายจะใช้บังคับได้ทุกกรณี ในทางตรงกันข้ามเหตุที่อ้างขึ้นมา จะต้องมีความสมเหตุสมผลด้วย ในกรณีนี้มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อการควบคุมยาสูบนั้นได้ปฏิบัติตามเหตุผลของช้อยกเว้น คือ มาตรการสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ ตามข้อ (ป) จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ อย่างไรก็ตามสิ่งที่ต้องพิจารณาอย่างยิ่ง คือ มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือมาตรการอื่นเช่นป้ายคำเตือน สมเหตุสมผลกันหรือไม่ ในประเด็น นี้จากข้อมูลที่ได้ศึกษามาเป็นไปในทิศทางเดียวกันว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบประกอบกับป้าย คำเตือนเรื่องพิษภัยจากการบริโภคยาสูบมีผลกระทบต่อปริมาณการบริโภคยาสูบของประชากรภายใน รัฐจริง โดยส่วนนี้จะขอยกถึงรายงานขององค์การอนามัยโลก⁴⁹ ที่กล่าวว่าจากรายงานผลวิจัยของ British Medical Journal และข้อมูลจากการสำรวจในฝรั่งเศสพบว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ นอกจากจะทำให้ความต้องการบริโภคยาสูบลดลง ยังเป็นการสนับสนุนให้บุคคลต้องการจะเลิกการ บริโภคยาสูบอีกด้วย⁵⁰ ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นผลมาจากความน่าสนใจของบรรจุภัณฑ์ที่ลดลง รวมไปถึง ถึงข้อความคำเตือนประกอบกับรูปภาพที่แสดงให้เห็นอันตรายจากการบริโภคยาสูบ

⁴⁹ Céline Brassart Olsen, “WHO - Plain Packaging of Tobacco Products: Measures to Decrease Smoking Initiation and Increase Cessation,” http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0011/268796/Plain-packaging-of-tobacco-products,-Evidence-Brief-Eng.pdf?ua=1, April 14, 2016.

⁵⁰ Céline Brassart Olsen, *Ibid.*, p. 2.

งานวิจัยยังได้กล่าวต่อไปว่านอกจากลักษณะของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบแล้ว การใส่ป้ายคำเตือนเพิ่มเติมลงไปยังช่วยเพิ่มความตระหนักถึงอันตรายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคของประชาชนอีกด้วย⁵¹ ผลสำรวจที่กล่าวมาขององค์การอนามัยโลกก็ตรงกับผลสำรวจของกระทรวงสาธารณสุขออสเตรเลียที่ได้ทำการสำรวจปริมาณผู้บริโภคก่อนและหลังมีการตรากฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ ตั้งแต่ ค.ศ. 2011 พบว่าแนวโน้มการบริโภคลดลงอย่างมีนัยสำคัญหลังจากประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว⁵² ผลการสำรวจนี้เมื่อประกอบกับหลักฐานที่เป็นที่ประจักษ์ว่าการบริโภคยาสูบเป็นอันตรายส่งผลให้มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องเป็นมาตรการที่มีเหตุผลสนับสนุนอย่างเหมาะสม เพราะมาตรการดังกล่าวช่วยปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์จากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้จากการบริโภคยาสูบ โดยมีหลักฐานสนับสนุนผลแห่งการบังคับใช้ทั้งงานวิจัย และผลสำรวจจากองค์การระหว่างประเทศและองค์กรภายในรัฐ ในประเด็นนี้เองจะตรงกับข้อพิพาท China Rare Earths ซึ่งมีการวินิจฉัยว่าการที่สาธารณรัฐประชาชนจีนอ้างว่าการบังคับใช้มาตรการทางภาษีกับการส่งออกผลิตภัณฑ์แร่หายากต่าง ๆ นั้นเพื่อเป็นการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืชโดยการป้องกันมลพิษจากเหมืองแร่ที่ไม่มีคุณสมบัติเหมาะสมและเป็นคนละประเด็นกัน เพราะไม่ว่าจะมีการขึ้นหรือไม่มีการขึ้นภาษีก็นับเป็นเรื่องของการส่งออก ซึ่งสาธารณรัฐประชาชนจีนยอมรับเองว่าต้องการให้ผลิตภัณฑ์เพียงพอต่อการใช้ภายในรัฐตน ดังนั้น เท่ากับว่ายังมีการผลิตแร่อยู่อย่างต่อเนื่องภายในรัฐตน จึงอาจคาดเดาได้ว่าอัตราการก่อกมลพิษจากเหมืองแร่ก็ยังคงมีปริมาณเท่าเดิม มิได้มีการเปลี่ยนแปลงในทางลดลงตามที่จีนกล่าวอ้างแต่อย่างใด⁵³

(2) มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทางการค้าตามอำเภอใจระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่มีสถานการณ์เหมือนกัน องค์ประกอบนี้เป็นเรื่องการห้ามให้มีการเลือกปฏิบัติจากผลแห่งการสร้างข้อยกเว้นนั้น โดยกรณีเมื่อพิจารณาตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง (National Treatment) และ หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment) แล้วพบว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นมีการบังคับใช้ทั้งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตภายในรัฐ และที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ กล่าวคือ ผลิตภัณฑ์ยาสูบทั้งหมดที่มีความประสงค์จะจำหน่ายภายในรัฐที่ตรากฎหมายจะต้องจัดทำบรรจุภัณฑ์ตามองค์ประกอบที่บัญญัติเอาไว้เท่านั้น หากไม่ปฏิบัติตามจะไม่สามารถจำหน่ายได้ ดังนั้น ผลของมาตรการบังคับใช้กับสินค้าทุกชนิดอย่างเท่าเทียมกัน ส่งผลให้มาตรการดังกล่าวไม่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแต่อย่างใด

⁵¹ Céline Brassart Olsen, *Ibid.*, p. 3.

⁵² Australia Government Department of Health, Tobacco Control Key Facts and Figures, ABS National Health Survey Comparison Table 01, 02 and 03. Available at: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-kff>.

⁵³ AB Report, China Rare Earths, para. 1.15-1.16.

(3) มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอมแฝง สำหรับในองค์ประกอบนี้พบว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องอาจมีลักษณะที่กีดกันการค้าอย่างแอมแฝง เนื่องจากลักษณะแห่งมาตรการดังกล่าวเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้ผลิตยาสูบมากขึ้น เพราะจะต้องมีการลงทุนเพิ่มเติมในการสร้างบรรจุภัณฑ์ให้มีรูปแบบใหม่ตามที่กฎหมายต้องการ ทั้งนี้การปรับใช้มาตรการยังเป็นการทำให้ปริมาณการบริโภคยาสูบลดลงซึ่งส่งผลต่อรายได้ของผู้ค้าโดยตรง อย่างไรก็ตามการกีดกันการค้าอย่างแอมแฝงนี้มืองค์ประกอบทางกฎหมายโดยเฉพาะตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ซึ่งจะแยกอธิบายในหัวข้อต่อไปถึงความชอบธรรมในองค์ประกอบแห่งกฎหมายนี้

(4) มาตรการสร้างเพื่อวัตถุประสงค์แห่งความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ องค์ประกอบนี้มีการอธิบายเบื้องต้นแล้วในข้อ (1) ในประเด็นของวัตถุประสงค์ที่มีเหตุผลรองรับตามกฎหมาย ในส่วนนี้จะพิจารณาถึงองค์ประกอบเฉพาะที่กฎหมายว่าไว้ คือ “ความจำเป็น (Necessary)” ซึ่งกฎหมายมิได้นิยามความหมายคำดังกล่าวไว้แต่ประการใด ดังนั้น จึงต้องอาศัยการใช้และการตีความจากองค์การระงับข้อพิพาทที่ได้มีคำวินิจฉัยออกมา

การตีความคำว่า “จำเป็น” นั้นเมื่อได้สำรวจและสังเคราะห์จากการพิจารณาตัวอย่างการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้วพบว่าองค์การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกตีความคำว่า “จำเป็น” ตามข้อกฎหมายนี้จะต้องประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบ ได้แก่ (1) มาตรการนั้นออกมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาชีวิตหรือสุขภาพของ คน สัตว์ หรือพืช และ (2) มาตรการดังกล่าวสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐนั้นตั้งขึ้นเอาไว้ได้โดยบริบูรณ์⁵⁴ ซึ่งทั้งสองส่วนนั้นจะต้องนำมาพิจารณาปรับใช้กับมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องว่าลักษณะแห่งมาตรการนั้นชอบด้วยองค์ประกอบข้างต้นหรือไม่

ส่วนแรกที่เป็นส่วนของการสร้างมาตรการตามวัตถุประสงค์นั้นพบว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องออกขึ้นตามวัตถุประสงค์โดยตรง คือ เพื่อลดจำนวนผู้บริโภคยาสูบมิให้ประสบอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์เช่นนั้นอีก กล่าวคือ เป็นการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ซึ่งเหตุผลดังกล่าวได้รับการยืนยันจากคำวินิจฉัยข้อพิพาท Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes ที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าการจำกัดการค้าต่อผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นเพื่อปกป้องสาธารณสุขของประชาชนชอบด้วยกฎหมาย เพราะผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นความเสี่ยงต่อสุขภาพของผู้บริโภคอย่างมีนัยสำคัญ “Panel accepted that smoking constituted a serious risk to human health”⁵⁵

⁵⁴ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, (Cambridge University Press, 2013), p. 554.

⁵⁵ Panel Report, Thailand – Cigarettes (1990), para. 73.

ส่วนที่สองว่าด้วยมาตรการดังกล่าวนั้นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐตั้งเอาไว้ได้โดยบริบูรณ์นั้น เมื่อพิจารณาการใช้และการตีความสามารถสรุปได้ว่าผู้ออกมาตรการไม่สามารถค้นหา “มาตรการทางเลือก (Alternative Measures)” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้อีกแล้วจึงมีความจำเป็นจะต้องบังคับมาตรการที่สร้างขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ข้อพิพาท European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products ที่องค์กรอุทธรณ์พิจารณาว่ามาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าแร่ใยหินอย่างเด็ดขาดสามารถบังคับใช้ได้ เพราะ วัตถุประสงค์ของประชาคมยุโรปก็เพื่อให้มีการใช้สินค้าชนิดดังกล่าวภายในประชาคมของตนอีก ดังนั้นจึงไม่สามารถค้นหามาตรการทางเลือกอื่นมาทดแทนได้⁵⁶

สำหรับประเด็นพิจารณาในส่วนนี้ คือ มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการป้ายคำเตือนนั้นสามารถหามาตรการอื่นมาทดแทนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบอย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าได้หรือไม่ หากพิจารณาเรื่องวัตถุประสงค์แล้วพบว่าตัวมาตรการเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์แบบเรียบนี้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้จริงตามที่ได้อ้างถึงผลสำรวจจากงานวิจัยข้างต้นว่าหลังจากมีการบังคับใช้ อัตราผู้บริโภคก็ลดลงอย่างเป็นลำดับ ซึ่งผลสำรวจเช่นว่านี้มีส่วนเหตุผลเหมือนกับข้อพิพาท Thailand – Cigarettes ที่ว่าองค์การอนามัยโลกได้เสนอหลักฐานจากการวิจัยว่าผู้ผลิตยาสูบได้มีการสร้างอัตลักษณ์เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบว่าเป็นสินค้าปกติและปลอดภัยแก่การบริโภค โดยการสร้างโฆษณาชวนเชื่อผ่านสื่อหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาผ่านสื่อต่าง ๆ หรือ การนำเสนอด้วยบรรจุภัณฑ์ที่มีสีสันสวยงาม ซึ่งการสร้างอัตลักษณ์ข้างต้นนี้ส่งผลให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่าสินค้ายาสูบเป็นสินค้าบริโภคปกติ เรียกว่าเป็นภาพมายาคติที่หลอกลวง (False Illusion)⁵⁷ หมายความว่าแนวการพิจารณาเรื่องความอันตรายจากการเข้าใจผิดในตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นมีได้แตกต่างออกไปเลยตั้งแต่ข้อพิพาทนี้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990 จนถึงรายงานวิจัยฉบับที่ได้นำเสนอไปก่อนหน้านี้ซึ่งจัดทำในปี ค.ศ. 2014⁵⁸ เป็นเวลาถึง 24 ปีที่มีการยืนยันว่าการตลาดของบริษัทผู้ผลิตยาสูบมีความต้องการสร้างอัตลักษณ์ให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดในตัวสินค้าจริง รวมถึงการใช้บรรจุภัณฑ์ด้วย กล่าวโดยสรุปการสร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมีความ “จำเป็น” ตามกฎหมาย เพราะตัวบรรจุภัณฑ์เป็นการโฆษณาชนิดหนึ่งสร้างความเข้าใจผิดให้กับผู้บริโภค ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการเข้าใจผิดจึงต้องมีการจำกัดรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่อาจหามาตรการอื่นทดแทนเพื่อบังคับกับบรรจุภัณฑ์ได้อีก ทั้งนี้มาตรการป้ายคำเตือนยังเป็นการสร้างความตระหนักถึงอันตรายจากการบริโภคสินค้ายาสูบอีกด้วย กล่าวคือทั้งสองมาตรการได้ร่วมกันบรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งต้องการจำกัดมิให้บรรจุภัณฑ์สร้างความเข้าใจผิดกับผู้บริโภคได้อีก โดยไม่อาจหามาตรการอื่นมาทดแทนได้

⁵⁶ AB Report, EC – Asbestos (2001), para 174 and 180.

⁵⁷ Panel Report, Thailand – Cigarettes (1990), para. 27 and 53.

⁵⁸ Céline Brassart Olsen, *supra note 49*, part iv.

นอกจากนี้ จักต้องพึงระลึกไว้เสมออีกประการหนึ่งว่าแนวทางวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กรระงับข้อพิพาทในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสร้างข้อยกเว้นตามข้อ 20 (ปี) ความตกลงแอดดีนี ผู้วินิจฉัยมีแนวโน้มที่จะให้อำนาจการสร้างมาตรการเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐสมาชิกมากขึ้น เพื่อเป็นการตอบสนองหลักการสร้างความสมดุลระหว่างการค้าเสรีและอำนาจอธิปไตยของรัฐสังเกตได้จากแนวคำวินิจฉัยจากข้อพิพาท Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres ที่องค์กรอุทธรณ์ได้ขยายการตีความกฎหมายให้การสร้างข้อยกเว้นขยายไปถึงเรื่องสถานภาพทางเศรษฐกิจซึ่งกว้างขวางออกไปจากบทบัญญัติทางกฎหมายอยู่มาก ดังนั้นในข้อพิพาทเรื่องนี้จึงเป็นการขยายขอบเขตของการสร้างมาตรการทางเลือกที่นอกเหนือไปจากมาตรการจะต้องสมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์แล้ว ยังจะต้องมีการพิจารณาถึงความเหมาะสมทางสถานภาพทางเศรษฐกิจของรัฐผู้ออกประกอบด้วย กล่าวคือ ในกรณีนี้ที่รัฐบาลบราซิลสร้างมาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้ายางด้วยเหตุผลเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ เพราะการเก็บวัตถุดิบยางอาจเสี่ยงต่อการวางไข่ของยุงที่นำมาซึ่งโรคภัยและการทำลายต้องมีการเผาอันก่อให้เกิดสารพิษนั้นถูกโต้แย้งว่าสามารถหามาตรการทางเลือกใช้บังคับได้ ยกตัวอย่างเช่น การสร้างโรงเรือนเพื่อเก็บวัตถุดิบยางเป็นการเฉพาะหรือการใช้เทคโนโลยีในการทำลายยางนั้นองค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นด้วย เพราะ มาตรการทางเลือกไม่สมสถานภาพทางเศรษฐกิจของบราซิล จึงทำให้มาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าของบราซิลขัดด้วยกฎหมายแล้ว⁵⁹

นอกจากนี้องค์กรอุทธรณ์ยังได้วางหลักการ “ชั่งน้ำหนักเพื่อหาจุดสมดุล (Weighing and Balancing Test)” โดยมีปัจจัยเพื่อให้รัฐนำไปเป็นแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาข้อยกเว้นตามข้อ 20 (ปี)⁶⁰ ไว้สามประการได้แก่ ประการแรก ปัจจัยความสำคัญของวัตถุประสงค์เชิงนโยบายหรือผลประโยชน์ของรัฐที่เกี่ยวข้อง ในกรณีนี้เกี่ยวข้องกับการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ประการที่สอง ปัจจัยของระดับที่มาตรการจะสามารถบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ และประการที่สาม ระดับของการกีดกันทางการค้าที่มาตรการได้สร้างขึ้นมีผลกระทบเพียงใด⁶¹ จากเหตุผลข้างต้นนี้ยิ่งทำให้มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบมีความชอบธรรมมากยิ่งขึ้นไปอีก เพราะแนวทางการตีความการสร้างข้อยกเว้นได้ขยายออกไปเพื่อเป็นคุณแก่รัฐสมาชิกที่ต้องการปกป้องเรื่องสาธารณสุข ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบตามองค์ประกอบที่องค์กรอุทธรณ์กำหนด สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่ตั้งไว้ได้โดยอยู่ในระดับประสบความสำเร็จที่ตีมากอ้างอิงจากงานวิจัยที่บ่งบอกว่าหลังจากมาตรการมีผลบังคับใช้ปริมาณการบริโภคยาสูบก็ลดลง และประการสำคัญที่สุดผลกระทบที่เกิดจากมาตรการก็น้อยมาก เพราะไม่มีการเลือกปฏิบัติ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังได้รับความคุ้มครองในระดับที่มีความสมดุลระหว่างสิทธิอีกด้วย

⁵⁹ AB Report, Brazil Tyres (2007), para. 151.

⁶⁰ จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559). น. 127.

⁶¹ จารุประภา รักพงษ์, เพิ่งอ้าง, น. 127-128.

5.3.1.2 การนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และความได้สัดส่วนของมาตรการ

แม้ว่าความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชจะบังคับใช้เฉพาะผลิตภัณฑ์อาหารซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ อย่างไรก็ตามการนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ (Scientific Principles) จะต้องมีการแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถกล่าวอ้างขึ้นได้ว่าส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพเป็นประการสำคัญ ซึ่งหลักเกณฑ์กำหนดว่าหากได้ปฏิบัติตามความตกลงฉบับนี้ จะได้รับการสันนิษฐานว่าปฏิบัติตามข้อ 20 (ปี) ของความตกลงแอกต์ไปด้วย ดังนั้น หากตีความในทางกลับกันอาจกล่าวได้ว่า มาตรการที่ออกโดยอ้างถึงข้อ 20 (ปี) หากได้ดำเนินการโดยมีการนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวหลักฐานและวัตถุประสงค์ของมาตรการจะทำให้น้ำหนักของมาตรการที่สร้างขึ้นได้รับการพิจารณาว่ามีความสมเหตุสมผลทางกฎหมายสูงขึ้น ในส่วนนี้เองจึงเป็นการสนับสนุนมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องอีกทางหนึ่งด้วย เนื่องจากมีงานวิจัยและหลักฐานนำเสนออย่างชัดเจนถึงความสัมพันธ์ที่ว่า การบริโภคยาสูบนั้นจะส่งผลโดยตรงต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์อย่างแน่นอน โดยปราศจากความคลุมเครือ โดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างผลลัพธ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายและสสารที่มาจากการบริโภค ซึ่งในประเด็นนี้จะมีความแตกต่างกับกรณี ข้อพิพาท European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)⁶² ที่ในกระบวนการวินิจฉัยข้อพิพาทเบื้องต้นรัฐผู้สร้างมาตรการไม่ได้สามารถนำเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถชี้ให้เห็นว่าจะต้องมีการบริโภคฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตในปริมาณและระยะเวลาเท่าใดอย่างแน่ชัดจึงจะสร้างอันตรายแก่มนุษย์ได้⁶³ นอกจากนี้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ยังไม่ได้ระบุอีกด้วยว่าการบริโภคฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้เกิดโรคได้ ดังนั้น หากพิจารณาตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดขึ้นว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่นำเสนอจะต้องเจาะจงถึงขนาดที่การบริโภคฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโตจะต้องก่อให้เกิดโรคอะไรอย่างแน่ชัด⁶⁴ เมื่อไม่มีการชี้ชัดลงไปถึงขนาดนั้น จึงทำให้มาตรการไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์การคำ โดยเฉพาะการอ้างความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยฯ เพื่อสร้างความชอบธรรมให้มาตรการนี้

กล่าวโดยสรุปหากมีการอ้างหลักฐานทางวิทยาศาสตร์กับมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้อง จะทำให้มาตรการได้รับประโยชน์จากการสันนิษฐานตามความตกลงฉบับนี้ประกอบข้อ 20 (ปี) ตามความตกลงแอกต์เพื่อเป็นการเพิ่มน้ำหนักและความชอบธรรมในการบังคับใช้มาตรการเช่นว่าในฐานะข้อยกเว้นขององค์การการค้าโลกอีกด้วย

⁶² AB Report, EC – Hormones (1998), para. 102.

⁶³ AB Report, *ibid.*, para. 102.

⁶⁴ AB Report, *ibid.*, para. 253 (k).

5.3.2 ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า

องค์ประกอบข้อ (3) ของความตกลงแอกต์ข้อ 20 ย่อหน้าแรกที่กำหนดว่า มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปเป็นลักษณะก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝงนั้น ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องอาจมีลักษณะกีดกันทางการค้าอย่างแอบแฝง ซึ่งจะต้องพิจารณาควบคู่กับบทบัญญัติเฉพาะทางตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า โดยสาระสำคัญบัญญัติไว้ในข้อ 2⁶⁵ ซึ่งแยกพิจารณาคำอธิบายทางกฎหมายประกอบกับมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องได้ ดังนี้

(1) กฎระเบียบทางเทคนิคที่ใช้กับผลิตภัณฑ์นำเข้าจากสมาชิกอื่น จะต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าสินค้าที่เหมือนกันภายในประเทศสมาชิคนั้น ๆ กล่าวคือไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง ซึ่งได้กล่าวไปแล้วว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีลักษณะเช่นว่านี้ เนื่องจากเป็นการบังคับใช้กับสินค้าทั้งที่จำหน่ายภายในรัฐและระหว่างรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งแตกต่างจากกรณีของข้อพิพาท United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes ที่มีการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าประเภทเดียวกันของรัฐตนดีกว่าที่นำเข้าจึงเป็นการกีดกันทางการค้าทางเทคนิค⁶⁶

(2) กฎระเบียบทางเทคนิคจะต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าทางเทคนิคอย่างไม่จำเป็น ทั้งนี้กฎจะต้องไม่เป็นจำกัดทางการค้าเกินจำเป็นกว่าวัตถุประสงค์ที่ประเทศสมาชิกกล่าวอ้าง ในประเด็นส่วนนี้เองที่อาจวินิจฉัยได้ว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องในกระทำการโดยไม่เกินความจำเป็นตามที่กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ไว้ ซึ่งจะตรงกับองค์ประกอบแห่งข้อ 20 (บี) ตามความตกลงแอกต์ข้อ 20 (บี) ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ว่าลักษณะแห่งมาตรการที่บังคับใช้นั้นมีความชอบด้วยองค์ประกอบแห่งความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบของประชากรภายในรัฐ ทั้งนี้นอกเหนือไปจากมาตรการข้างต้นก็ไม่อาจหามาตรการทางเลือกอย่างอื่นมาทดแทนได้อย่างมีประสิทธิภาพตามที่วัตถุประสงค์ได้ตั้งไว้

มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมิได้มีการเลือกปฏิบัติในทางเทคนิคเนื่องจากเป็นการบังคับใช้ภายในรัฐและระหว่างรัฐอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างมาตรการโดยมีเหตุผลสนับสนุนอย่างเหมาะสมและไม่เกินความจำเป็นตามที่ความตกลงแอกต์กำหนดไว้ ซึ่งเป็นอำนาจภายในของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่จะบัญญัติตามกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นทั่วไปที่บทบัญญัติแห่งข้อ 20 ย่อนำกำหนดไว้ส่วนท้ายว่า “ไม่มีสิ่งใดในข้อตกลงฉบับนี้ที่จะถูกตีความเพื่อห้ามมิให้ประเทศสมาชิกระงับการได้”

⁶⁵ Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr, *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, (Leiden, Boston, 2007), p. 235-243.

⁶⁶ AB Report, Clove Cigarettes (2012), para. 298.

5.3.3 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า

การวิเคราะห์ในส่วนแรกได้นำเสนอไปแล้วถึงประเด็นความสอดคล้องของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องกับหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่บัญญัติที่มีความสอดคล้องกับประเด็นว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นการบัญญัติสิทธิที่รัฐมอบให้ในรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าอันเป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกที่รัฐทั้งหลายจะต้องนำมาเป็นแบบอย่างเพื่ออนุวัติการให้เป็นกฎหมายภายในว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องตามที่องค์การอนามัยโลกสร้างขึ้นหรือไม่

5.3.3.1 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้น ลักษณะแห่งสิทธิที่ผู้ทรงเครื่องหมายการค้ามี คือ ลักษณะการแสดงความเป็นเจ้าของในการใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าของตนในการจำแนกแยกแยะสินค้าหรือบริการของตนออกจากของผู้อื่น ซึ่งสิทธิประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมอบให้ เพราะเป็นสิ่งที่บุคคลพึงมีพึงได้จากการเป็นเจ้าของอยู่แล้วตามที่ได้นำเสนอและมีการวิเคราะห์ร่วมกับบริบทของสิทธิมนุษยชนไปแล้ว

นอกเหนือจากสิทธิในความเป็นเจ้าของแล้ว การศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญาของเครื่องหมายการค้าที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายถูกสร้างขึ้น เนื่องจากสถานการณ์ที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าอย่างแพร่หลายและไม่สามารถเอาผิดแก่ผู้ละเมิดได้ ซึ่งการละเมิดมีทั้งรูปแบบของการปลอมหรือเลียนเครื่องหมาย รวมไปถึงการลวงขายที่เป็นการหลอกลวงสาธารณชนจากเครื่องหมายที่ตนมิได้เป็นเจ้าของ ดังนั้น นักกฎหมายจึงมีการสร้างระบบทะเบียนขึ้นเพื่อให้ผู้ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเข้ามาดำเนินการให้รัฐรับทราบและให้ความคุ้มครองดังที่ได้อธิบายจากทฤษฎีการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่ได้นำเสนอไปเพื่อประกอบการอธิบายให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรม โดยประเด็นนี้เองกฎหมายเครื่องหมายการค้าจึงต้องพิจารณาออกเป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนที่คุ้มครองเจ้าของสิทธิมิให้ถูกล่วงละเมิดจากบุคคลที่สามที่ต้องการเข้ามาแสวงประโยชน์โดยมิชอบ และอีกส่วนหนึ่งเพื่อคุ้มครองประชาชนในสังคมมิให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการเลือกซื้อสินค้าหรือใช้บริการซึ่งอาจเกิดจากกรณีที่บุคคลอื่นเลียนหรือปลอมเครื่องหมายนั้น รวมไปถึงลักษณะการลวงขาย จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิตามกฎหมายเครื่องหมายการค้านี้เกิดมาจากเหตุการณ์การละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น ลักษณะของสิทธิที่ระบบกฎหมายได้สร้างเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวคือ ผู้ทรงจึงมีลักษณะของสิทธิเชิงปฏิเสธ (Negative Rights) ที่เพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่นเข้าละเมิดสิทธิของตน ในกรณีนี้เองกฎหมายสารบัญญัติในปัจจุบันจึงถูกบัญญัติให้มีความสอดคล้องกับแนวคิดและที่มาทางประวัติศาสตร์ข้างต้น

ความตกลงทริปส์ได้มีการกำหนดสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าเอาไว้ ใน ข้อ 16 ใจความสำคัญว่า ผู้ทรงเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วนั้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการหวงกั้นบุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายของตนโดยไม่ได้รับความยินยอมไม่ว่าเครื่องหมายนั้น จะมีลักษณะที่เหมือนกันหรือมีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยการปฏิเสธเช่นนั้นจะมีเฉพาะการใช้กับ ผลิตภัณฑ์จำพวกที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันจนอาจทำให้เกิดความสับสนหลงผิดในเครื่องหมายการค้า⁶⁷ ข้อความดังกล่าวสอดคล้องกับแนวทางการบัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ต้องมีการ ประกันสิทธิของผู้ทรงสิทธิและป้องกันการเกิดความสับสนในสังคมด้วย

กรณีของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องจึง ไม่เป็นการขัดแย้งต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายแต่อย่างใด เพราะผลแห่งมาตรการ ดังกล่าวรัฐมิได้เข้ามาใช้เครื่องหมายของเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิ ทำให้ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถใช้สิทธิใน การปฏิเสธการกระทำของรัฐที่ออกมาตรการได้ กล่าวคือ นอกเหนือไปจากรัฐเป็นผู้มอบสิทธิทาง กฎหมายให้กับผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าผ่านระบบจดทะเบียนแล้ว ในกรณีนี้รัฐยังมิได้เข้ามา ละเมิดสิทธิดังกล่าวอีกด้วย แนวทางการวินิจฉัยประเด็นปัญหาในเรื่องสิทธิแต่เพียงผู้เดียวใน เครื่องหมายการค้านี้ Mark Davison ศาสตราจารย์เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาประจำมหาวิทยาลัย Monash ได้นำเสนอถึงมุมมองการอธิบายพร้อมวิเคราะห์แนวคำอธิบายแยกพิจารณาออกเป็น ประเด็นเพื่อแสดงให้เห็นว่าสิทธิของเอกชนในการใช้เครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเมื่อเปรียบเทียบกับ หน้าที่และอำนาจของรัฐที่จะต้องปฏิบัติการเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณสุขนั้นมีความเหมาะสม มีแนวทาง การวิเคราะห์ที่นำเสนอได้ดังต่อไปนี้⁶⁸

ประการแรกรัฐมีอำนาจในการกำกับควบคุมผลิตภัณฑ์เพื่อประโยชน์ใน การคุ้มครองสุขภาพประชาชนตามปฏิญญาสากลโดฮาซึ่งยืนยันว่าความตกลงทริปส์สามารถตีความ เพื่อสนับสนุนการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในการใช้ยันกับบุคคลที่กระทำ การเป็นผลเสียต่อสุขภาพของประชาชน และนั่นรวมถึงผู้ทรงสิทธิของเครื่องหมายการค้าด้วย ในทาง ตรงกันข้ามสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิที่จะหวงกั้นเครื่องหมายของตนมิให้มีผู้อื่นใด มาใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ และรัฐเองไม่ควรได้รับอนุญาตให้ใช้เช่นกัน ตามข้อ 16 ความตกลง ทริปส์จึงเป็นหน้าที่ของบุคคลอื่นที่จะไม่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้น ซึ่งกรณีนี้รัฐมิได้ใช้สิทธิเช่นนั้น

⁶⁷ TRIPs Article 16 “The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner’s consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services.”

⁶⁸ Mark Davidson, “Rights, Privileges, Powers and Relationships – How they Affect Tobacco Regulation and Trademark Law,” Academic Seminar Document Topic WTO Free Trade and WHO FCTC Regulation: Tobacco Owner Rights v. State Rights, Faculty of Law, Thammasat University, 2014.

ประการที่สองผู้ทรงเครื่องหมายการค้ามีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของตนเพื่อใช้ยันกับผู้ทำการค้าคนอื่นไม่ให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนได้จดทะเบียนเท่านั้น⁶⁹ ซึ่งเป็นการใช้สิทธิทางปฏิเสธของตนโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตามในบริบทของบรรจุกฎหมายยาสูบ ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าไม่สามารถใช้สิทธิที่ตนมียันกับรัฐได้ เนื่องจากรัฐมีหน้าที่ควบคุมกำกับการใช้ยาสูบ เพราะผลเสียอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพของประชาชนโดยในสวนนี้รัฐมีหน้าที่จะต้องปกป้องสถานการณ์ดังกล่าวมิให้เกิดขึ้น สถานการณ์พิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนตามบริบทแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้ รัฐอยู่ในฐานะที่แตกต่างอย่างมากจากผู้ค้าเอกชนรายอื่น และรัฐมีเหตุผลที่ดีในการกล่าวอ้างว่าตนมีสิทธิในการควบคุมการใช้เครื่องหมายการค้าและการทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ยาสูบได้ ซึ่งสิทธิของรัฐนี้หมายรวมถึงหน้าที่ในการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จะไม่ใช้เครื่องหมายการค้าของตน หรือสิทธิในการกำหนดข้อจำกัดต่าง ๆ ที่เข้มงวดในการใช้เครื่องหมายการค้าโดยจำกัดการใช้อยู่เพียงบางส่วนบนซองบุหรี เหตุผลที่รัฐมีสิทธิในการกำหนดหน้าที่เหล่านั้นแก่ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้ายาสูบ แต่ผู้อื่นที่เป็นเอกชนด้วยกันไม่มีสิทธิเช่นนั้น เพราะว่ารัฐมีผลประโยชน์ที่ถูกต้องตามกฎหมายที่จะรักษาสุขภาพของประชาชน ดังนั้นรัฐจึงมีอำนาจควบคุมการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้ายาสูบของผู้ทำการค้าทุกคน ในขณะที่ผู้ทำการค้ายาสูบไม่มีผลประโยชน์ที่ชอบธรรมตามกฎหมายในการห้ามมิให้ผู้ทรงสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านั้น เนื่องจากเป็นผู้จำหน่ายยาสูบเช่นเดียวกัน⁷⁰ ในประเด็นนี้จึงต้องพึงระลึกไว้ว่าสิทธิที่รัฐสามารถบังคับได้เป็นสิทธิที่รัฐมอบให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าผ่านระบบการจดทะเบียน ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับสิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาตามสิทธิมนุษยชนที่ได้นำเสนอไปในส่วนก่อนหน้านี้อันแล้วถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาละสิทธิดังกล่าวไม่ขัดแย้งกันแต่อย่างใด

คำอธิบายทั้งสองประการข้างต้น Davidson อธิบายว่าผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนย่อมมีสิทธิหวงกันบุคคลอื่นจากการใช้เครื่องหมายการค้าที่ตน ซึ่งสิทธินี้มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ที่บุคคลอื่นจะต้องปฏิบัติตามคือการไม่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ทรงสิทธิ โดยในประเด็นนี้ไม่มีเหตุผลส่วนใดที่จะสามารถทำให้รัฐเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างผู้ทรงสิทธิและผู้มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามได้ ทั้งนี้สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวไม่สามารถใช้ยันต่อรัฐได้ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ทรงสิทธิเครื่องหมายการค้ากับรัฐ ผลประโยชน์ของรัฐในการควบคุมยอมนั้นถือว่าผลประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะใช้กระตุ้นการใช้สินค้าของตน รัฐจึงสามารถจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าและกำหนดหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิไม่ให้ใช้สิทธิของตนได้ โดยรัฐออกกฎหมายบังคับทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ⁷¹

⁶⁹ Professor Mark Davidson ใช้คำว่า “Privileges” เพื่อเป็นการสื่อถึงสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย.

⁷⁰ Mark Davidson, *supra* note 68, p. 3.

⁷¹ Mark Davidson, *Ibid.*, p. 7-8.

จากประเด็นข้างต้นนั้นเมื่อพิจารณาตามข้อมูลที่งานฉบับนี้ได้นำเสนอ พบว่ามีความสอดคล้องกัน โดยเฉพาะประเด็นลักษณะแห่งสิทธิตามกฎหมายที่ได้นำเสนอไปในบทที่สอง⁷² แล้วว่าสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิทางเอกชนเพื่อปฏิเสธการเข้ามาล่วงละเมิดจากบุคคลอื่น ในการนี้ได้มีการนำเสนอไปด้วยว่าคำว่า “สิทธิ” ที่ใช้ควบคู่กับคำว่า “หน้าที่” ซึ่งกรณีนี้ได้มีการอธิบาย ให้เห็นแล้วว่าสิทธิเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญาเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับหน้าที่ของบุคคลอื่นที่จะต้องเคารพถึงสิทธินั้นด้วย เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน การใช้คำว่าสิทธิจึงแตกต่างกับคำว่า “อำนาจ” ซึ่งใช้ในบริบทที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีนี้คือรัฐที่ใช้อำนาจของตนในการบังคับบริษัทเอกชนเพื่อจำกัดสิทธิบางประการ อันเป็นการรักษาการสาธารณสุขของประชากรในสังคม

กล่าวโดยสรุปสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าที่สามารถปฏิเสธบุคคลอื่นมิให้เข้ามาใช้เครื่องหมายของตนนั้นเป็นสิทธิที่กฎหมายมอบให้ตามลักษณะเหตุการณ์สร้างกฎหมายเชิงประวัติศาสตร์เพื่อให้เจ้าของรักษาสิทธิระหว่างเอกชนด้วยกันเพื่อมิให้มีการละเมิดสิทธิของตน ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับสิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของที่ผู้ทรงสิทธิมีอยู่แล้วโดยตัวเองเพื่อใช้ประโยชน์ที่ได้นำเสนอแล้ว ดังนั้น เมื่อเป็นสิทธิที่รัฐมอบให้เพื่อใช้กันระหว่างสิทธิของเอกชนด้วยกันจึงไม่สามารถใช้ยันกับรัฐที่ใช้อำนาจสร้างมาตรการทางกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์อันเป็นหน้าที่สำคัญของรัฐได้ และการกระทำเช่นว่านี้รัฐมิได้สร้างตามอำเภอใจเพื่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นการกระทำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระหว่างประเทศทั้งองค์การอนามัยโลก องค์การการค้าโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงทริปส์ว่าด้วยเรื่องสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าทั้งนี้หมายรวมไปถึงส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress) ที่จัดเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่งด้วย ดังนั้นมาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบหรือมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องจึงมีความชอบธรรมที่รัฐสามารถสร้างขึ้นเพื่อบังคับใช้ได้

5.3.3.2 การสร้างข้อยกเว้นต่อเครื่องหมายการค้า

หลักการทั่วไปของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิตามความตกลงทริปส์ นั้นได้หมายรวมไปถึงวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของความตกลงทริปส์ คือ การคุ้มครองเรื่องสาธารณสุขที่เกิดจากการที่รัฐสมาชิกได้เห็นพ้องกันในเรื่องการให้ความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวของประชากรโลกในการประชุมรอบโตฮาที่มีการสร้างปฏิญญาสากลโดยาส่งผลให้มีการบัญญัติข้อกฎหมายอนุญาตให้ยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ซึ่งรัฐผู้ออกมาตรการจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยลักษณะแห่งบทบัญญัตินั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นสองส่วน คือ ส่วนของบทบัญญัติทั่วไปอย่างกว้าง และ บทบัญญัติเฉพาะ

⁷² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 15, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 142-143.

(1) บทบัญญัติทั่วไปปรากฏอยู่ในข้อ 8 ความตกลงทริปส์⁷³ ที่ให้อำนาจรัฐสมาชิกในการออกมาตรการ หรือ กฎหมายที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ โดยที่มาตรการเช่นว่านั้นจะต้องสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ อนึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้อ 8 นี้พบว่าเมืองค์ประกอบคล้ายคลึงกับบทบัญญัติความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี) ในกรณีนี้เมื่อลักษณะแห่งการบังคับใช้ความตกลงทริปส์อยู่ภายใต้บทบัญญัติของความตกลงแกตต์ ดังนั้นลักษณะในการตีความก็ควรจะเป็นไปตามความตกลงแกตต์ข้อ 20 (บี) โดยเฉพาะสาระสำคัญเรื่องตีความหมายของคำว่า “จำเป็น” ซึ่งได้นำเสนอไปแล้วว่ามาตรการที่มุ่งปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ว่าด้วยการควบคุมยาสูบผ่านบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องมีความจำเป็นตามกฎหมาย นอกเหนือจากความจำเป็นแล้วตามวรรคสองของข้อ 8 ความตกลงทริปส์ยังได้มีการยืนยันว่ามาตรการที่เหมาะสมสามารถบังคับใช้ได้คือมาตรการที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงดังกล่าวทั้งนี้จะต้องมีเหตุผลที่สนับสนุนประกอบการอ้างมาตรการที่สร้างขึ้นเป็นบทยกเว้นนั้นด้วย⁷⁴ ดังนั้น โดยวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติหลักการสร้างข้อยกเว้นนี้ มาตรการดังกล่าวจึงสามารถบังคับใช้เพื่อยกเว้นทรัพย์สินทางปัญญาได้ เพราะมีเหตุผลสนับสนุนและเป็นการไม่ขัดแย้งตามความตกลงทริปส์ซึ่งได้นำเสนอไปแล้วในส่วนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

(2) บทบัญญัติเฉพาะข้อยกเว้นของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ที่เป็นบทเฉพาะนั้น บัญญัติใน ข้อ 17 ความว่า “บรรดารัฐสมาชิกอาจกำหนดให้มีข้อยกเว้นที่จำกัดต่อสิทธิที่เกิดขึ้นจากเครื่องหมายการค้า เช่นการใช้อย่างเป็นธรรมซึ่งข้อความพรรณนาต่าง ๆ ภายใต้เงื่อนไขว่าข้อยกเว้นเช่นว่านั้นได้คำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สาม”⁷⁵ จากการตีความบทบัญญัติแล้วพบว่ามาตรการเพื่อปกป้องการสาธารณสุขของมนุษย์สามารถตีความเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องก็ได้รับความชอบตามข้อ 8 ด้วยผลแห่งวัตถุประสงค์ของมาตรการเช่นกัน

⁷³ TRIPs Article 8 “1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.”

⁷⁴ TRIPs Article 8 “2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.”

⁷⁵ TRIPs Article 17 “Members may provide limited exceptions to the rights conferred by a trademark, such as fair use of descriptive terms, provided that such exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of third parties.”

องค์ประกอบส่วนต่อมา คือ มาตรการที่สร้างขึ้นเพื่อยกเว้นนั้นจะต้องมีการคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สาม ในส่วนนี้อธิบายได้ว่า บรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องยังยินยอมให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าตามวัตถุประสงค์เพื่อแยกแยะสินค้าหรือบริการของตนออกจากผู้อื่น โดยมีได้เปลี่ยนแปลงหรือปราศสิทธิความเป็นเจ้าของเครื่องหมายไปทั้งหมด ในทางตรงกันข้ามตามหลักทฤษฎีคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่ได้ศึกษามานั้นประชาชนในสังคมก็ยังสามารถรับรู้ถึงความแตกต่างระหว่างสินค้าได้ เพราะเครื่องหมายการค้ายังทำหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของตนได้อยู่ อย่างไรก็ตามปฏิเสธไม่ได้ว่าการจำกัดการใช้บางส่วนส่งผลให้การทำหน้าที่ของเครื่องหมายทั้งสองบริบทข้างต้นอาจลดลง แต่การลดลงที่ว่านี้สามารถยอมรับได้ในทางกฎหมาย เพราะอยู่ในระดับที่เหมาะสมและได้สัดส่วนตามหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ ทั้งนี้ข้อยกเว้นข้างต้นนอกจากจะมีเหตุผลสนับสนุนแล้วยังมีกฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติให้การรองรับทั้งบทบัญญัติหลักขององค์การอนามัยโลก และการรองรับการสร้างข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ทางการค้าอีกด้วย กล่าวโดยสรุป องค์ประกอบว่าด้วยผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สามมิได้ถูกละเมิดโดยเกินความเหมาะสม

ในประเด็นว่าด้วยเรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าโดยปลอดจากการถูกกีดขวาง บัญญัติเอาไว้ในข้อ 20 “การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าจะต้องไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่สมเหตุสมผลโดยข้อกำหนดพิเศษ บทบัญญัติข้างต้นมิให้ใช้บังคับกับข้อกำหนดว่าด้วยการใช้ร่วมกันแต่ไม่เชื่อมโยงกัน ซึ่งเครื่องหมายที่บ่งชี้กิจการที่ผลิตสินค้าหรือบริการนั้น กับเครื่องหมายการค้าซึ่งจำแนกว่าเป็นสินค้าหรือบริการดังกล่าวที่เป็นของกิจการนั้น”⁷⁶ เหตุผลในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์นั้นสามารถนำมาใช้ได้กับข้อยกเว้นที่เป็นบทเฉพาะของเครื่องหมายการค้าตาม ข้อ 17 ได้ ซึ่งในประเด็นนี้ รัฐสามารถออกมาตรการได้อย่างอิสระเพื่อยกเว้นสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยรวมไปถึงมาตรการเกี่ยวกับการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ และยังเน้นว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือ สินค้าบุหรี่ยังเป็นสินค้าอันตรายที่อาจใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวสนับสนุนได้ จึงเป็นที่แน่ชัดผลิตภัณฑ์ยาสูบส่งผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์โดยตรงอย่างไม่มีข้อโต้แย้ง

กล่าวโดยสรุปกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอนุญาตให้รัฐสร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องได้ทั้งส่วนข้อยกเว้นที่ยินยอมอนุญาตให้รัฐกระทำการ รวมไปถึงบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเองก็ได้ปรากฏว่าส่งผลกระทบต่อเจ้าของสิทธิแต่อย่างใด ดังนั้นมาตรการดังกล่าวจึงชอบทั้งหลักการที่ได้นำเสนอไปในหัวข้อก่อนหน้านี้ และหลักเกณฑ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว

⁷⁶ TRIPs Article 20 “The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark.”

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้นเป็นกรอบแนวคิดที่มีพื้นฐานมาจากเรื่องสิทธิมนุษยชนและได้รับการยอมรับทั้งจากหลักการและหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย รวมไปถึงการสร้างบทบัญญัติเพื่อเป็นการรับรองว่าแนวคิดดังกล่าวจะสามารถใช้เป็นเหตุผลเพื่อสนับสนุนการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายได้ อย่างไรก็ตามมิใช่เพียงการอ้างเหตุผลในเรื่องดังกล่าวจะสามารถสร้างข้อยกเว้นได้ทุกกรณี แต่จะต้องมีการดำเนินการตามองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติพร้อมกับการให้ความเคารพในบริบทแห่งกฎหมายอื่นด้วย ซึ่งจากข้อมูลที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าทำให้พิจารณาได้ว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งมีพื้นฐานมาจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกนั้นจะต้องพิจารณาความชอบจากหลักเกณฑ์ทางการค้าและหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

6.1 บทสรุป

มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบเป็นหนึ่งในบทบัญญัติของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการลดปริมาณการบริโภคยาสูบของประชากรโลกนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นมาตรการแรกและเป็นเพียงมาตรการเดียวที่มีการบังคับกับตัวบรรจุกฎยาสูบซึ่งเป็นภาคส่วนที่รัฐมุ่งประสงค์ให้มีการจำกัดและควบคุม เนื่องจากบรรจุกฎยาสูบนั้นโดยตัวเองเป็นการโฆษณาชนิดหนึ่งซึ่งมีส่วนในการสร้างความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภคว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นสินค้าบริโภคปกติ ไม่มีความแตกต่างจากสินค้าบริโภคชนิดอื่น อย่างไรก็ตามจากข้อมูลที่ได้ศึกษาตามงานฉบับนี้สามารถพิจารณาได้ว่าแนวทางการสร้างความเข้าใจผิดหรือการสร้างอัตลักษณ์ให้แก่ผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นแนวทางการดำเนินการด้านการค้า การโฆษณา และการตลาดของบริษัทผู้ผลิตยาสูบอย่างชัดเจน แสดงให้เห็นผ่านรูปแบบของการโฆษณาสินค้า การสร้างรสชาติ รสสัมผัสใหม่ให้เหมือนกับสินค้าบริโภคอื่น การลงทุนในการสร้างตราการและชื่อทางการค้าให้มีความเสี่ยงเป็นที่รู้จัก ฯลฯ ส่งผลให้ประชากรโลกมีอัตราบริโภคยาสูบที่สูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเยาวชนมีแนวโน้มจะบริโภคเพิ่มขึ้นเช่นกัน ดังนั้น เมื่อทั่วโลกได้ตระหนักถึงอันตรายจากผลิตภัณฑ์ยาสูบก็ได้มีการสร้างมาตรการหลากหลายรูปแบบเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ทำให้มีการสร้างมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการป้ายคำเตือน เพื่อบรรล่วัตถุประสงค์ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบ โดยการลดความเข้าใจผิดจากอัตลักษณ์ของผลิตภัณฑ์ข้างต้น

ภายหลังจากที่กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบมีผลบังคับใช้ และรัฐสมาชิกได้อนุวัติการเป็นกฎหมายภายในรัฐตนนั้น ส่งผลให้เกิดข้อพิพาทเป็นจำนวนมากทั้งที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมภายในรัฐผู้อนุวัติการกฎหมายโดยกลุ่มบริษัทผู้ผลิตยาสูบเป็นผู้ร้องคดี และการนำข้อพิพาทเข้าสู่ระบบการพิจารณาจากองค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก โดยกลุ่มของรัฐที่เป็นฐานการผลิตหลักของผลิตภัณฑ์ยาสูบ โดยทั้งสองกลุ่มที่เป็นผู้ร้องคดีนั้นได้มีการยกเหตุผลขึ้นประกอบข้อกล่าวหาของตนอย่างหลากหลายเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้กรอบความตกลงฯ และกฎหมายที่อนุวัติการนั้นขาดความชอบธรรม ซึ่งเหตุผลหลักของกลุ่มผู้กล่าวหาว่าไม่มีการอ้างว่ามาตรการควบคุมยาสูบที่บังคับกับบรรพบุรุษให้เป็นแบบเรียบ รวมไปถึงการสร้างป้ายคำเตือนขัดต่อบริบทของหลักการของกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นหลายฉบับด้วยกัน ซึ่งจากการสรุปตามข้อมูลที่ได้ทำศึกษามานั้นแบ่งออกได้เป็นสามประการหลัก ได้แก่ สิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของอันมีที่มาจากข้อความคิดทางกฎหมายเรื่องสิทธิมนุษยชน หลักเกณฑ์ของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในบริบททางการค้า และหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก ซึ่งแต่ละบริบทของกฎหมายที่ได้สรุปความขึ้นนั้น ได้มีการวิเคราะห์อย่างละเอียดโดยกับบทบัญญัติและหลักการแห่งกฎหมาย แยกการสรุปประเด็นได้ดังนี้

ประการแรก ความชอบด้วยหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน พื้นฐานของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากแนวทางที่ได้ศึกษามาทั้งเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญานั้น แสดงให้เห็นถึงลักษณะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นการแสดงออกทางธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งลักษณะทางธรรมชาตินี้เป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งที่มนุษย์ทุกคนพึงมีโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมามอบให้ ในประเด็นนี้ จอห์น ล็อกก็ได้นำเสนอทฤษฎีแรงงานเพื่อสนับสนุนว่าเมื่อมนุษย์สร้างสรรค์สิ่งใดขึ้นมาด้วยความวิริยะอุตสาหะของตน มนุษย์ย่อมมีความชอบธรรมที่จะเป็นเจ้าของสิ่งที่ตนสร้างขึ้น หลักการดังกล่าวแฝงอยู่ทั้งประเภทของทรัพย์สินมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างที่ภายหลังได้มีการพัฒนาเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภททั้งลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือ เครื่องหมายการค้า ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ทรงสิทธิก็สามารถที่จะใช้สิ่งที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อแสวงประโยชน์ได้อย่างชอบธรรม โดยไม่จำเป็นที่จะต้องขอรับสิทธิจากผู้อื่น ในประเด็นนี้เองที่เกิดความสับสนเป็นอย่างมากระหว่างสิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของ กับบริบทของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในทรัพย์สินทางปัญญาตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น ซึ่งเป็นคนละประเด็นกัน เพราะสิทธิตามที่ระบบกฎหมายบัญญัติขึ้นนั้นเป็นไปเพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของสิทธิมิให้บุคคลอื่นเข้ามาแสวงประโยชน์โดยมิชอบ อันมีที่มาแตกต่างกันไปในประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิในเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้นเมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิโดยวิธีการ ปลอม เลียนแบบ หรือ ลวงขาย รัฐจึงเข้ามาสร้างระบบการจดทะเบียนเพื่อให้ความคุ้มครองทางกฎหมาย ซึ่งรัฐก็จะให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่บุคคลนั้นเพื่อที่จะปฏิเสธบุคคลอื่นที่เข้ามาใช้เครื่องหมายของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต ในทางตรงกันข้ามการโฆษณาตามระบบทะเบียนก็เป็นการป้องกันสังคมมิให้เกิดการสับสนหลงผิดด้วยซึ่งสิทธิตามกฎหมายนี้มีใช้สิทธิมนุษยชนอย่างเช่นการแสดงความเป็นเจ้าของข้างต้น

มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายควบคุมยาสูบ นั้นมีเหตุผลเบื้องหลังสนับสนุน คือ เรื่องการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ซึ่งอยู่ภายในกรอบของ ข้อความคิดทางกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกับลักษณะการแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ข้างต้น ดังนั้น ในประการแรกที่จะทำการวิเคราะห์นี้ คือ การค้นหาวิธีการแก้ไขกรณีที่สิทธิมนุษยชน ทั้งสองส่วนมาพิพาทกัน ซึ่งจากลักษณะแห่งความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิ มนุษยชนนั้น จากข้อมูลที่ได้ทำการศึกษาสามารถแบ่งออกเป็นสองแนวคิด ได้แก่ แนวคิดที่หนึ่ง สิทธิมนุษยชนและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีพื้นฐานขัดแย้งกัน และไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้ ดังนั้น เมื่อเกิดการพิพาทซึ่งกันละกันจะต้องเลือกเอาสิทธิมนุษยชนมาก่อนเสมอโดยไม่จำเป็นต้องกลับไป พิจารณาสหสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเลย โดยหากถือตามความคิดเห็นนี้อาจจะมีข้อบกพร่องที่นำเอา สิทธิมนุษยชนเหนือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเสมอ เพราะจะไม่มีมีการพิจารณาบริบทความเป็น เจ้าของที่ผู้ทรงสิทธิทรัพย์สินทางปัญญามีและยึดเอาสิทธิมนุษยชนด้านอื่น ๆ เป็นใหญ่กว่าซึ่งเป็นเรื่อง ที่อาจถูกโต้แย้งขึ้นได้หากเกิดข้อพิพาท และ แนวคิดที่สอง สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิ มนุษยชนสามารถอยู่ด้วยกันและสามารถหาจุดร่วมกันได้ โดยการกำหนดขอบเขตอำนาจเด็ดขาดที่ใช้ สร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้สร้างสรรค์ให้มีความเหมาะสมในขณะที่ต้องคำนึงถึงผู้บริโภคในสังคมที่จะเข้าถึง ผลงานทางปัญญาได้อย่างเพียงพอซึ่งเป็นการยึดเอาแนวคิดจากหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ ซึ่งจากการวิเคราะห์แล้วเห็นว่าแนวคิดหลังนี้มีหลักเหตุผลที่สนับสนุนได้มากกว่า เนื่องจากสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีส่วนที่ว่าด้วยลักษณะการแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชน ลักษณะหนึ่งนั่นเอง

การวิเคราะห์ปัญหาตามงานฉบับนี้ได้เลือกเอาแนวคิดที่สอง เพื่อพิจารณาปัญหา ซึ่ง วิธีการแก้ไขแยกพิจารณาได้ออกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง แยกสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มี สิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานออกจากส่วนที่สิทธิที่ไม่มีพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน และเมื่อเกิดความ ขัดแย้งระหว่างสิทธิทั้งสอง การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐาน ควรต้องเป็นรองสิทธิมนุษยชนประเภทอื่น ๆ และ กรณีที่สอง หากเป็นการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิ มนุษยชนด้วยกัน กล่าวคือ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานขัดกับสิทธิ มนุษยชนด้วยกัน จะมีแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยการอ้างอิงถึงงานเขียนทางวิชาการของ Peter K. Yu ได้นำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาคณาพิพาทกันระหว่างสิทธิมนุษยชนเอาไว้ในงานวิจัยของเขา ไว้ทั้งหมด 3 วิธี ได้แก่ (1) หลักการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสม (The Just Remuneration Approach) (2) หลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำที่ควรให้การคุ้มครอง (The Core Minimum Approach) (3) หลักการตระหนักถึงความก้าวหน้า (The Progressive Realization Approach) กล่าวโดยสรุป คือ เมื่อมีประเด็นพิพาทระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิมนุษยชน จะต้องมีการแบ่ง เสียก่อนว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นประเด็นพิพาทนั้นมีพื้นฐานจากสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ถ้า มีก็ต้องเข้าสู่กระบวนการแก้ปัญหาตามที่ได้เสนอมาทั้งสามประการข้างต้น แต่ถ้าไม่มีพื้นฐานเลย จะเท่ากับว่าสิทธิมนุษยชนมีน้ำหนักมากกว่านั่นเอง

สำหรับกรณีปัญหาเรื่องมาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายควบคุมยาสูบ จะขอสรุปทั้งส่วนของกฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กันในหลายภาคส่วน ส่วนแรกความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นพิเคราะห์แล้วไม่พบว่ามีพรากสิทธิไปแต่อย่างใด เพราะ ผู้ทรงสิทธิยังสามารถแสดงความเป็นเจ้าของและใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายของตนได้อย่างเต็มที่ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าสิทธิในการใช้ประโยชน์ในเครื่องหมายการค้าเพื่อทำหน้าที่แยกแยะสินค้ายาสูบของตนจากของผู้อื่นนั้นในเชิงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการค้ายังคงเป็นของผู้ทรงสิทธิที่สามารถใช้ได้เช่นเดิมไม่มีการเปลี่ยนแปลง อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าเช่นนั้นอาจถูกลดทอนประสิทธิภาพลงไปจากเดิมโดยที่มีเหตุผลจากเรื่องสาธารณสุข และ ส่วนที่สองเรื่องกรรมสิทธิในงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์นั้นก็เป็นเช่นเดียวกัน เพราะไม่มีการพรากสิทธิไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามมาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบกลับแก้ไขงานศิลปกรรมบางส่วนโดยมีเหตุผลทางกฎหมายสนับสนุนเป็นการเฉพาะ และการกระทำดังกล่าวก็ได้สร้างความเสียหายต่อความเป็นงานศิลปกรรม เพราะต้องระลึกไว้เสมอว่ามาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบจะเปลี่ยนแปลงรูปแบบของงานเฉพาะกรณีที่มีการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าเท่านั้น สิทธิของผู้ทรงลิขสิทธิ์ยังมีอยู่เช่นเดิม และเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ตามแนวทางของข้อยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่กำหนดว่าการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จะไม่เป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น เมื่อสิทธิในความเป็นเจ้าของไม่ได้ถูกพรากไป ทำให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เหลือซึ่งเป็นสิทธิในเชิงพาณิชย์การค้านั้น เมื่อมาชั่งน้ำหนักกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องสาธารณสุขแล้วตามกรอบของความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองสิทธิที่ได้นำเสนอไปข้างต้น สิทธิมนุษยชนจะมีน้ำหนักที่มากกว่า

การพิจารณามาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้น แม้ว่าจะไม่มีประเด็นของการพรากสิทธิในความเป็นเจ้าของไป จึงไม่มีกรณีที่จะต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามแนวทางที่ได้เสนอมาข้างต้นทั้งสามประการ เพราะไม่มีการพิพาทกันระหว่างบริบทแห่งสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในการพิเคราะห์มาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบและมาตรการที่เกี่ยวข้องประการอื่นให้มีความครบถ้วนมากที่สุด ในส่วนนี้จึงจะนำเอาแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทั้งสามประการมาพิจารณาเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นผลประโยชน์ในเชิงวิชาการมากที่สุดไปพร้อมกันด้วย กล่าวคือ หากสมมติให้กรณีของมาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องจะต้องมาพิจารณาถึงวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามแนวทางที่ได้นำเสนอไปทั้งสามประการนั้น ตัวมาตรการยังจะได้รับความชอบธรรมต่อแนวทางดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ก็เพื่อมิให้เกิดข้อโต้แย้งบางประการที่อาจยกขึ้นมาเพื่อตอบโต้มาตรการบรรจุกฎบัตรแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีความชอบธรรม ดังนั้น การพิจารณานี้จะแสดงให้เห็นถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทั้งสามประการ โดยการพิจารณาทั้งกรณีเครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ร่วมกันเหมือนกับที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น ดังนี้

(1) ตามหลักการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสม มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องไม่มีการพรากสิทธิความเป็นเจ้าของไปทั้งกรณีเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์ จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยซึ่งเป็นไปตามที่ศาลปกครองอังกฤษได้ทำการวินิจฉัยว่า กรณีตามปัญหาไม่มีการกระทำซึ่งเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของรัฐ เมื่อพิจารณาถึงหลักความสมดุล มาตรการดังกล่าวก็เป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินและผลประโยชน์ของสังคมด้านสาธารณสุขโดยได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเอกชนเชิงพาณิชย์และผลประโยชน์มหาชนเชิงสาธารณสุข ศาลจึงขอปฏิเสธที่จะให้รัฐจ่ายค่าชดเชยใด ๆ ให้แก่ผู้ฟ้อง เนื่องจากศาลไม่เห็นว่ามีเหตุผลที่รัฐจะต้องรับผิดชอบในมาตรการที่ตนสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ด้านสุขภาพให้แก่ประชาชนภายในรัฐ นอกจากนี้ศาลปกครองอังกฤษยังให้ความเห็นเพิ่มเติมในประเด็นหลักการจ่ายค่าชดเชยว่ามีใช้การเวนคืนทุกกรณีที่จะต้องมีการชดเชยจากรัฐ เนื่องจากจะต้องขึ้นอยู่กับประเด็นของการเวนคืนด้วยว่าเป็นประเด็นเรื่องใด ดังนั้นผลของการเวนคืนรัฐอาจมีการชดเชยมากหรือน้อย หรือแม้กระทั่งไม่มีการชดเชยเลยก็สามารถเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน

(2) ตามหลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำที่ควรให้การคุ้มครอง มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องยังคงรักษาสchutzขั้นต่ำของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์ไว้ โดยไม่มีการพรากเอาความเป็นเจ้าไป ดังนั้น การคงสถานะความเป็นเจ้าของยังคงได้รับความคุ้มครองเช่นเดิม จึงพิจารณาได้ว่ารัฐได้กำหนดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาเท่าที่จำเป็นในระดับขั้นต่ำ โดยคำนึงถึงหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิแล้ว

(3) ตามหลักการตระหนักถึงความก้าวหน้า มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้อง ได้รับการสนับสนุนจากแนวคิดเรื่องการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์อันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมของมนุษย์ กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามหลักการสร้างความสมดุลที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งในประเด็นนี้จะเห็นว่าแนวทางการคุ้มครองเรื่องการบริโภคน้ำมันได้เล็งเห็นถึงพัฒนาการของสุขภาพมนุษย์ในอนาคต เนื่องจากตามข้อมูลที่ได้ศึกษามานั้นผลิตภัณฑ์ยาสูบจะส่งผลกระทบต่อร่างกายมนุษย์ก็ต้องใช้ระยะเวลาในการบริโภคที่ค่อนข้างนาน ทำให้การควบคุมปริมาณการบริโภคได้ด้วยกฎหมายจึงได้รับความชอบด้วยหลักการคุ้มครองสาธารณสุขและสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เมื่อพิจารณาควบคู่ไปกับการพัฒนาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กรอบของสิทธิมนุษยชนแล้ว มาตรการดังกล่าวก็เป็น การสร้างความสมดุลต่อสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะอย่างเหมาะสม

กล่าวโดยสรุปได้ว่าลักษณะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นสิทธิมนุษยชนมิได้ถูกระทบแต่อย่างใด เพราะรัฐมิได้พรากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้ผู้ทรงสิทธิยังสามารถแสดงความเป็นเจ้าของและใช้ประโยชน์ได้เช่นเดิม ดังนั้น มาตรการเช่นนี้มีความได้สัดส่วนที่เหมาะสม เพราะเป็นเพียงการลดทอนสิทธิของเอกชนเชิงพาณิชย์บางส่วนลงไป เพื่อประโยชน์แห่งสังคมในด้านสาธารณสุขตามหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ

ประการที่สอง ความชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก มาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นมีประเด็นการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ทางการค้าทั้งหมด 3 สนธิสัญญาหลัก ได้แก่ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าในบทข้อยกเว้นทั่วไป ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ซึ่งจะต้องพิจารณาบริบทของสนธิสัญญาดังกล่าวร่วมกัน

บริบทหลักที่จะต้องมีการพิจารณาเป็นขั้นต้นอยู่ที่ข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงแกตต์ ข้อ 20 (ปี) และเชื่อมโยงไปยังสนธิสัญญาดับอื่น ซึ่งข้อยกเว้นทั่วไป ข้อ 20 (ปี) สามารถสรุปความได้ว่า มาตรการข้อยกเว้นที่รัฐสร้างเพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์ทางการค้านั้น จะต้องเป็นการสร้างเพื่อวัตถุประสงค์แห่งความจำเป็นในการปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะที่กีดกันทางการค้า โดยไม่สมเหตุสมผลที่อธิบายได้ หรือ กีดกันตามอำเภอใจระหว่างประเทศต่าง ๆ หรือ ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแฉกแฉ่ง หากปฏิบัติตามองค์ประกอบแห่งกฎหมายแล้วก็ไม่มีความจำเป็นที่ข้อยกเว้นฉบับนี้จะถูกตีความเพื่อห้ามมิให้ประเทศสมาชิกดำเนินการได้จากข้อความข้างต้นสามารถพิจารณาแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

(1) มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทางการค้า โดยไม่สมเหตุสมผลที่อธิบายได้ กล่าวคือ การอ้างข้อยกเว้นจะต้องไม่เป็นไปอย่างเลื่อนลอยและไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามเหตุผลที่ตั้งได้ สำหรับประเด็นของมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบหรือมาตรการอื่นเช่นป้ายคำเตือนนั้นมีเหตุผลรองรับว่าด้วยการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ นอกจากนี้การอ้างเหตุผลดังกล่าวยังให้ผลลัพธ์จริงตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งขึ้นอีกด้วย เพราะมีการศึกษาและสำรวจพบว่าหลังจากที่มีการบังคับใช้มาตรการดังกล่าว นอกจากอัตราความต้องการบริโภคยาสูบลดลงแล้ว ยังเป็นการสนับสนุนให้บุคคลต้องการจะเลิกการบริโภคยาสูบอีกด้วย ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นผลมาจากความน่าสนใจของบรรจุกฎที่ลดลง รวมไปถึงข้อความคำเตือนประกอบกับรูปภาพที่แสดงให้เห็นอันตรายจากการบริโภคยาสูบ

(2) มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะที่กีดกันทางการค้าตามอำเภอใจระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่มีสถานการณ์เหมือนกัน องค์ประกอบนี้เป็นเรื่องการห้ามให้มีการเลือกปฏิบัติจากผลแห่งการสร้างข้อยกเว้นนั้น โดยกรณีเมื่อพิจารณาตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง (National Treatment) และ หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment) แล้วพบว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นมีการบังคับใช้ทั้งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตภายในรัฐ และที่นำเข้าจากต่างรัฐ ดังนั้น ผลของมาตรการบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ยาสูบทุกชนิดอย่างเท่าเทียมกัน ส่งผลให้มาตรการดังกล่าวไม่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะผลิตภัณฑ์ยาสูบทั้งหมดหากต้องการให้มีการจำหน่ายภายในรัฐจะต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบของบรรจุกฎที่กฎหมายกำหนดไว้โดยไม่มีข้อยกเว้นอย่างเท่าเทียมกัน

(3) มาตรการตามข้อยกเว้นจะต้องไม่ได้ใช้ไปในลักษณะก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าอย่างแอมแฝงซึ่งจะต้องพิจารณาประกอบกับความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า เมื่อพิจารณาตามองค์ประกอบทางกฎหมายของความตกลงดังกล่าวแล้วพบว่า มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมิได้มีการเลือกปฏิบัติในทางเทคนิคเนื่องจากเป็นมีการบังคับใช้ภายในรัฐและระหว่างรัฐอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างมาตรการโดยมีเหตุผลสนับสนุนอย่างเหมาะสมและไม่เกินความจำเป็นตามที่ความตกลงกำหนดไว้ ซึ่งเป็นอำนาจภายในของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่จะบัญญัติตามกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นทั่วไปที่บทบัญญัติแห่งข้อ 20 ย่อนำกำหนดไว้ส่วนท้ายว่า “ไม่มีสิ่งใดในข้อตกลงฉบับนี้ที่จะถูกตีความเพื่อห้ามมิให้ประเทศสมาชิกดำเนินการได้”

(4) มาตรการสร้างเพื่อวัตถุประสงค์แห่งความจำเป็นในการปกป้องชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ ประเด็นในส่วนนี้จะพิจารณาถึงองค์ประกอบเฉพาะที่กฎหมายว่าไว้ คือ “ความจำเป็น (Necessary)” ซึ่งจากการสังเคราะห์จากคำวินิจฉัยขององค์กรระงับข้อพิพาททำให้ได้องค์ประกอบมาสองส่วน ได้แก่ ส่วนแรกมาตรการนั้นออกมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ ซึ่งมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องก็มีฐานมาจากเรื่องดังกล่าวเป็นที่ชัดเจนอยู่แล้ว และ ส่วนที่สอง มาตรการดังกล่าวนั้นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐนั้นตั้งขึ้นเอาไว้ได้โดยบริบูรณ์ คือ จะต้องไม่สามารถหามาตรการทางเลือกอื่น (Alternative Measures) มาทดแทนได้ ในส่วนนี้พบว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมีความ “จำเป็น” ตามกฎหมาย เพราะตัวบรรจุภัณฑ์เป็นการโฆษณาชนิดหนึ่งสร้างความเข้าใจผิดให้กับผู้บริโภค ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการเข้าใจผิดจึงต้องมีการจำกัดรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าไม่อาจหามาตรการอื่นทดแทนเพื่อบังคับกับบรรจุภัณฑ์ได้อีก ทั้งนี้มาตรการป้ายคำเตือนยังเป็นการสร้างความตระหนักถึงอันตรายจากการบริโภคสินค้ายาสูบอีกทางหนึ่งด้วย กล่าวคือทั้งสองมาตรการได้ร่วมกันบรรลุวัตถุประสงค์การคุ้มครองชีวิตและสุขภาพผ่านการจำกัดตัวบรรจุภัณฑ์

จากข้อมูลที่ได้ทำการศึกษามานี้ทำให้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวได้ปฏิบัติตามข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า เพราะเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบของประชากรโลกให้ลดน้อยลงจากความเข้าใจผิดในตัวผลิตภัณฑ์ ซึ่งไม่อาจหามาตรการทางเลือกอื่นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันได้ นอกจากนี้มาตรการยังมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สมเหตุสมผล โดยแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงว่าการบริโภคยาสูบจะก่อให้เกิดอันตราย ทำให้ได้รับการสนับสนุนและสนับสนุนความชอบธรรมตามความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช ทั้งนี้มาตรการดังกล่าวแม้จะมีลักษณะกีดกันทางการค้าอย่างเทคนิคหรือทางอ้อม แต่การกีดกันเช่นว่ากันมิได้เกินความจำเป็นตามที่ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าได้สร้างหลักเกณฑ์เอาไว้ กล่าวคือ มาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นไม่อาจมีสิ่งใดในหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลกที่จะถูกตีความเพื่อห้ามมิให้รัฐสมาชิกดำเนินการได้

ประการสุดท้ายความชอบด้วยหลักเกณฑ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในบริบทเครื่องหมายการค้า ในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นการบัญญัติสิทธิที่รัฐมอบให้ในรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าที่สามารถปฏิเสธบุคคลอื่นมิให้เข้ามาใช้เครื่องหมายของตนนั้นมิได้ถูกล่วงละเมิดแต่ประการใด เนื่องจากสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่กฎหมายมอบให้ตามลักษณะเหตุการณ์การสร้างกฎหมายเชิงประวัติศาสตร์เพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์ของตนซึ่งเป็นคนละประเด็นกับสิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของที่ผู้ทรงสิทธิมีอยู่แล้วโดยตัวเองเพื่อใช้ประโยชน์ตามหลักการเบื้องหลังของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น เมื่อเป็นสิทธิที่รัฐมอบให้เพื่อใช้กันระหว่างสิทธิของเอกชนด้วยกันไม่สามารถใช้ยันกับรัฐที่สร้างมาตรการตามกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์เพื่อการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์อันเป็นหน้าที่สำคัญของรัฐ

นอกจากนี้หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งข้อยกเว้นที่กฎหมายมอบให้ตามความตกลงทริปส์นั้นได้ยินยอมอนุญาตให้รัฐสร้างมาตรการบรรจุกฎเกณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องได้ทั้งส่วนบทบัญญัติหลักการสร้างข้อยกเว้นทั่วไป ตามข้อ 8 ที่ให้อำนาจรัฐสมาชิกในการออกมาตรการ หรือ กฎหมายที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ และบทบัญญัติการสร้างข้อยกเว้นเฉพาะเรื่องกฎหมายเครื่องหมายการค้า ตามข้อ 17 ที่กำหนดให้รัฐสมาชิกมีอำนาจกำหนดให้มีข้อยกเว้นที่จำกัดต่อสิทธิที่เกิดขึ้นจากเครื่องหมายการค้าได้ซึ่งประเด็นเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในบริบทการสาธารณสุขนั้นก็ได้รับความชอบธรรมตามบทบัญญัตินี้ด้วยเช่นกัน ดังนั้นมาตรการดังกล่าวจึงชอบทั้งหลักเกณฑ์ และข้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

กล่าวโดยสรุปเมื่อพิจารณาอย่างเป็นองค์รวมตามข้อมูลที่ได้ทำการศึกษามานั้น ทำให้สามารถพิจารณาได้ว่า มาตรการบรรจุกฎเกณฑ์แบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องรัฐมิได้สร้างตามอำเภอใจเพื่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นการกระทำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระหว่างประเทศทั้งกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก และความตกลงระหว่างประเทศทั้งหลายภายใต้องค์การการค้าโลก ทั้งยังได้มีการเคารพหลักการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะการแสดงความเป็นเจ้าของสิทธิอันเป็นสิทธิมนุษยชน ดังนั้น แนวทางการให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักเกณฑ์ทางการค้า และหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศในกรณีบรรจุกฎเกณฑ์แบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นเป็นแนวทางที่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากแนวทางการให้เหตุผลของการยกเว้นแล้ว บริบทหลักแห่งกฎหมายก็ได้ให้การยอมรับแนวคิดดังกล่าวเอาไว้ด้วย อาจกล่าวได้ว่ามาตรการดังกล่าวมิได้เป็นไปตามองค์ประกอบของข้อยกเว้นเพียงอย่างเดียว แต่เป็นไปตามองค์ประกอบของบทกฎหมายหลักอีกด้วย

6.2 ข้อเสนอแนะ

การศึกษาตามข้อมูลทำงานฉบับนี้ได้นำเสนอทำให้เชื่อได้ว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมีความชอบธรรมทั้งในภาคส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศ ทั้งที่อยู่ในบริบทของหลักการทางกฎหมาย หลักเกณฑ์ทางกฎหมายรวมถึงข้อยกเว้นทางกฎหมาย ซึ่งมีรัฐที่ได้ดำเนินการในทางปฏิบัติแล้วเสร็จ คือ ออสเตรเลียเป็นที่แรก ซึ่งในเวลาต่อมากฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบก็ได้รับการยอมรับและบัญญัติอนุวัติการเข้าไปกฎหมายภายในของรัฐอื่น ๆ ด้วย ซึ่งตามงานฉบับนี้ได้นำเสนอถึงอังกฤษในฐานะเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปที่ปฏิบัติตามกฎหมายของสหภาพ คือ Directive 2014/40/EU ซึ่งทั้งสองรัฐที่ได้กล่าวมานั้นได้เกิดคดีความในกระบวนการยุติธรรมภายในรัฐโดยกลุ่มบริษัทผู้ผลิตยาสูบ เพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมายฉบับดังกล่าว ทั้งนี้คำพิพากษาทั้งหมดที่ได้มีการตัดสินก็เป็นไปในทิศทางเดียวกันว่ากฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบมีความชอบธรรมและสอดคล้องตามบทบัญญัติของหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และมีความเหมาะสมได้สัดส่วนตามหลักความได้สมดุลระหว่างสิทธิอีกด้วย

แนวทางการดำเนินการออกกฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบข้างต้นนั้น จึงสมควรที่จะถูกยึดเอาไว้เป็นแบบอย่างในการปฏิบัติตาม ดังนั้น สำหรับข้อเสนอแนะในการสร้างกฎหมายควบคุมยาสูบเพื่อบังคับใช้กับบรรจุกฎในลักษณะบรรจุกฎแบบเรียบ ควรจะต้องดำเนินการตามหลักและข้อยกเว้นทางกฎหมายที่สำคัญตามที่สังเคราะห์จากข้อมูลทำงานฉบับนี้เสนอ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายที่สร้างขึ้นจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทางการค้า เพราะแม้ว่ามาตรการจะสร้างขึ้นโดยมีเหตุผลสนับสนุนมากเพียงใด หากเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นกรณีความไม่เท่าเทียมระหว่างสินค้าภายนอกรัฐด้วยกันตามหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ กรณีความไม่เท่าเทียมระหว่างสินค้าภายนอกรัฐและสินค้าภายในรัฐตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง ย่อมมีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าและสามารถถูกโต้แย้งให้สามารถยกเลิกมาตรการดังกล่าวได้เสมอ

(2) กฎหมายจะต้องเคารพหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยลักษณะการแสดงความเป็นเจ้าของที่เป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง ดังนั้น การพรากสิทธิดังกล่าวไปจึงไม่สามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตามหากมีความจำเป็นจะต้องยกเว้นสิทธิดังกล่าวจะต้องกระทำโดยมีเหตุผลสนับสนุน มีความเหมาะสมและได้สัดส่วนตามหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ และปฏิบัติตามแนวทางการแก้ไขปัญหามือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทสิทธิมนุษยชนมีการพิพาทกับสิทธิชนิดอื่น ซึ่งจากทำงานฉบับนี้ได้เสนอนั้นจะมีเพียงสิทธิมนุษยชนด้วยกันที่มีอำนาจเพียงพอที่จะยกเว้นกันได้ และการยกเว้นเช่นนั้นจะต้องเป็นระยะเวลาที่จำกัด มีการชดเชยที่เหมาะสม และรักษาไว้ซึ่งหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิมนุษยชน

(3) กฎหมายที่สร้างขึ้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายแม่บทหลักที่ให้อำนาจไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการอ้างข้อยกเว้นตามกฎหมายจะต้องมีการใช้และการตีความอย่างเคร่งครัด และในกรณีนี้จะต้องมีการศึกษาแนวทางการวินิจฉัยขององค์กรกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก เพื่อให้เห็นถึงแนวทางและบริบทการให้เหตุผลทางกฎหมายเพื่อประกอบการตีความกฎหมายที่บัญญัติ ซึ่งจะส่งผลประสิทธิภาพของกฎหมายที่ตราขึ้นมีความชอบธรรมและถูกโต้แย้งได้ยากยิ่งขึ้น

การดำเนินการข้างต้นนั้นได้สังเคราะห์ประเด็นมาจากการเขียนฉบับนี้ซึ่งเห็นว่าจะ เป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดในการสร้างกฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบ เพราะเป็นการปฏิบัติตามทั้งหลักเกณฑ์และหลักการทางกฎหมายที่อาจมีประเด็นพิพาทกับบรรจุกฎแบบเรียบ อย่างไรก็ตาม แนวทางการสร้างมาตรการให้ปราศจากการโต้แย้งโดยให้มีผลบังคับเช่นเดียวกับมาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องที่ได้นำเสนอมานั้น จะต้องพึงระลึกถึงข้อสังเกตบางประการที่อาจมีขึ้นได้ ซึ่งจะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย ดังนี้

(1) นับถึงเวลาทำงานฉบับนี้แล้วเสร็จ ยังไม่มีคำวินิจฉัยออกจากองค์กรกระงับข้อพิพาทของ องค์การการค้าโลกในเรื่องกฎหมายบรรจุกฎแบบเรียบของออสเตรเลียที่ตอนนี้มีข้อพิพาทค้างอยู่ ทั้งหมด 4 ข้อพิพาทในชั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นบรรทัดฐาน สำคัญที่จะเป็นพื้นฐานว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและมาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมีความชอบด้วย หลักเกณฑ์ทางการค้าหรือไม่ ซึ่งมีการคาดการณ์ว่าคำวินิจฉัยจะมีขึ้นช่วงปลายปี ค.ศ. 2016 ดังนั้น เมื่อยังไม่ทราบว่าจะมีแนวทางของคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นเช่นไร จึงมีความเป็นไปได้ที่คำวินิจฉัยดังกล่าว จะมีการใช้และการตีความหลักเกณฑ์ทางการค้าที่แตกต่างออกไปจากงานฉบับนี้ อย่างไรก็ตามดังที่ได้ นำเสนอไปในส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ที่รัฐสมาชิกอ้างเป็นเหตุผลในการสร้าง ข้อยกเว้นตามข้อ 20 (ปี) ความตกลงแกตต์นั้น จะเห็นได้ว่าองค์กรกระงับข้อพิพาทขององค์การการค้า โลกมีแนวโน้มที่จะให้สิทธิสำหรับการออกข้อยกเว้นเรื่องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์เป็นของรัฐมาก ยิ่งขึ้น ดังนั้น ผลแห่งข้อพิพาทก็อาจมีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่ามาตรการบรรจุกฎแบบเรียบและ มาตรการอื่นที่เกี่ยวข้องมีความชอบด้วยหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลกได้เช่นเดียวกัน

(2) ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า ซึ่งยังมีประเด็นพิจารณาได้ว่า เครื่องหมายการค้าที่ลดทอนประสิทธิภาพลดจากเดิมที่ปรากฏ เครื่องหมายคำที่มีรูปแบบตัวอักษรที่ เฉพาะเจาะจง รูปภาพประดิษฐ์ และสีสันทนของบรรจุกฎให้เหลือเพียงเครื่องหมายคำที่นำเอารูปแบบ ของตัวอักษรออกไป จะทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดได้ ทั้งนี้การสับสนหลงผิดที่ว่าอาจ เกิดขึ้นได้จากหลายกรณี เช่น กลุ่มบุคคลที่จดจำเฉพาะสีสันทนของบรรจุกฎ กลุ่มบุคคลที่จดจำเฉพาะ รูปแบบของตัวอักษร หรือ กลุ่มบุคคลที่จดจำเฉพาะรูปภาพประดิษฐ์ ฯลฯ กล่าวคือ ความสามารถในการ จำแนกสินค้าและบริการของบุคคลจะลดลงไปด้วย ซึ่งผู้โต้แย้งอาจใช้ประโยชน์จากกลุ่มบุคคลนี้ เพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนว่าเครื่องหมายการค้าไม่สามารถทำหน้าที่ของตนได้

อย่างไรก็ตามดังที่วิเคราะห์ไปแล้วในส่วนของสิทธิและบริบทการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าตามข้อมูลของงานฉบับนี้นั้น สามารถโต้แย้งประเด็นดังกล่าวได้ว่าการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้ากรณีนี้เป็นไปโดยชอบธรรมแล้ว ซึ่งส่วนเครื่องหมายคำที่ยังหลงเหลืออยู่นั้นหากพิจารณาเฉพาะวิญญูชนทั่วไป โดยมีได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลข้างต้นซึ่งอาจมีใช้บุคคลส่วนใหญ่ของสังคมก็จะเห็นได้ว่าวิญญูชนทั่วไปยังรับรู้ถึงความแตกต่างระหว่างสินค้าได้อยู่ ทั้งนี้หากไปพิจารณาถึงหลักการของเครื่องหมายการค้าประกอบด้วยนั้นจะยิ่งเห็นภาพรวมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพราะในประเด็นหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าเป็นไปเพื่อให้บุคคลไม่สับสนในการจำแนกสินค้าหรือบริการ แต่ขอบเขตของสิ่งที่ใช้จำแนกนั้นมีได้อย่างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็น คำ ข้อความ ตราสัญลักษณ์ หรือแม้กระทั่งเสียงกับกลิ่นก็อาจถูกพิจารณาเป็นเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ หลักการของเครื่องหมายการค้ามิได้บ่งบอกแต่ประการใดเลยว่าจะต้องมีเครื่องหมายคำประกอบกับภาพประดิษฐ์ หรือ จะต้องมีการประกอบกับข้อความจึงจะได้รับการพิจารณาเป็นเครื่องหมายการค้า ในทางตรงกันข้ามเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งที่มีลักษณะบ่งเฉพาะก็อาจได้รับพิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายการค้าได้แล้ว ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีเครื่องหมายการค้าจำนวนมากที่เลือกจดทะเบียนเฉพาะเครื่องหมายคำเท่านั้น โดยหากใช้ข้อโต้แย้งในรูปแบบข้างต้นแล้วก็หมายความว่าเครื่องหมายคำทั้งหมดไม่สามารถทำหน้าที่ของตนได้เลยซึ่งไม่น่าจะถูกต้องตามข้อมูลที่ได้อศึกษามา ส่งผลให้การจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นการขัดแย้งหลักเกณฑ์และหลักการของกฎหมายจากเดิมที่ปรากฏเครื่องหมายคำที่มีรูปแบบตัวอักษรที่เฉพาะเจาะจง รูปภาพประดิษฐ์ และ สีสันทองบรรจุก้นท์ ให้เหลือเพียงเครื่องหมายคำนั้น เครื่องหมายคำก็ยังทำหน้าที่ของตนได้อยู่ในตัวของมันเองโดยไม่จำเป็นต้องพึ่งพาส่วนอื่น กลุ่มบุคคลที่มีปัญหาข้างต้นก็มีความจำเป็นที่จะต้องปรับตัวโดยการเลือกรับรู้ภาคส่วนของเครื่องหมายคำ เพื่อให้ตนเองไม่เกิดความสับสนในการเลือกซื้อสินค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต่อไป นอกจากนี้การโต้แย้งว่าเครื่องหมายที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปไม่เหมือนกับที่ผู้ขอได้ดำเนินการจดทะเบียนไว้ก็สามารถโต้แย้งได้ว่าการขอรับจดทะเบียนเป็นสิทธิตามกฎหมายที่รัฐมอบให้ ซึ่งรัฐมีอำนาจยกเว้นสิทธิดังกล่าวได้นั่นเอง

(3) กฎหมายควบคุมยาสูบเกี่ยวกับบรรจุก้นท์ในราชอาณาจักรไทยนั้น บริษัทผู้ผลิตยาสูบได้มีการจัดทำบรรจุก้นท์ของตนตามกฎหมายฉบับปัจจุบันที่บังคับใช้อยู่ คือ เฉพาะมาตรการสร้างป้ายคำเตือนที่ประกอบไปด้วยข้อความและรูปภาพเท่านั้น อย่างไรก็ตามภายในของบรรจุก้นท์ที่มีการผลิตนับถึงวันที่ได้เขียนงานฉบับนี้ สำหรับบรรจุก้นท์ยาสูบ Marlboro ได้มีการปรับแต่งในรายละเอียดโดยการเพิ่มเติมรูปประดิษฐ์ใหม่ซึ่งในความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียน คาดว่าจะเป็น การสร้างรูปดังกล่าวให้มีลักษณะบ่งเฉพาะและให้เป็นที่จดจำของผู้บริโภค โดยที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เกิดขึ้นในส่วนของการขอจดทะเบียนด้านในและกระดาษฟอยล์ที่ห่อหุ้มตัวบุหรี่ไว้ ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนขอตั้งไว้เป็นข้อสังเกตว่าอาจไม่อยู่ภายใต้การบังคับของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกได้ อย่างไรก็ตามดังที่นำเสนอแล้วว่ากรอบความตกลงฯ เป็นการบัญญัติแนวทางการควบคุมยาสูบที่เปิดโอกาสให้มีการใช้และการตีความได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับรัฐผู้อนุมัติกฎหมายว่าจะมีการดำเนินการกับการใช้รูปภาพประดิษฐ์ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะภายในของบรรจุก้นท์อย่างไร

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- จักรกฤษณ์ ควรวจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- จารุประภา รักพงษ์. กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ลัทธิเศรษฐศาสตร์การเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- นพนิต สุริยะ. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- _____. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- _____. สิทธิมนุษยชน: แนวคิดและการคุ้มครอง. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- ทัชชฌัย ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

บทความวารสาร

ภูมินทร์ บุตรอินทร์. “ความสัมพันธ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดเศรษฐศาสตร์การเมือง.” รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. โรงพิมพ์เดือนตุลา. (2557): 179-210.

สาวตรี สุขศรี. “โครงการสำรวจกฎหมายควบคุมยาสูบ: การฟ้องคดียาสูบและคำพิพากษาคดีในต่างประเทศ เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการคุ้มครอง และเยียวยาสุขภาพของผู้สูบและไม่สูบ บุหรี่ ผ่านการฟ้องคดีบริษัทหรือกลุ่มอุตสาหกรรมในประเทศไทย.” สำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ. กรมควบคุมโรค. (2556).

เอกรินทร์ วิริโย. “เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับบทบาทความรับผิดชอบต่อสังคม.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 43. ฉบับที่ 4. (2557): 917-940.

เอื้ออารีย์ อังจะนิล. “กฎหมายว่าด้วยการจัดการทำของบุหรี่ปริมาณหรือของบุหรี่ปริมาณมาตรฐาน.” วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 30. ฉบับที่ 1. (2555): 49-70.

วิทยานิพนธ์

ขวัญเรือน เพบขุนทด. “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ากับประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

จุมพล ภิญโญสินวัฒน์. “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา.” ดุชนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

มธุรส เจริญจันทร์โสภณ. “การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

วิมล สิทธิไธสง. “การบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าในประเทศกำลังพัฒนา: ศึกษากรณีสิทธิบัตรยา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554.

วศิน พิพัฒน์นัทร. “การควบคุมการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าของอุตสาหกรรมยาสูบ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

เอกสารอื่น ๆ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์

จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์. คำบรรยายและเอกสารประกอบการสอนในชั้นเรียน วิชา ปัญหากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (น. 654). หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. บรรยายเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2557. เรียบเรียงและสรุปคำบรรยายโดย ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา.

จิระวัฒน์ อยู่สบาย. บริษัทบุหรี่ฟ้องร้องกระทรวงสาธารณสุข กรณี: ออกประกาศภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ขนาด 85%. การเสวนาทางวิชาการ การค้าเสรีของ WTO และกฎเกณฑ์การควบคุมสินค้ายาสูบของ WHO FCTC: สิทธิของบริษัทบุหรี่ หรือ สิทธิของรัฐในการออกประกาศคำเตือนบนซองบุหรี่. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร. 2557.

นพนธิ สุริยะ. คำบรรยายและเอกสารประกอบการสอนในชั้นเรียน วิชา สิทธิมนุษยชน (น.746). หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. บรรยายเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556. เรียบเรียงและสรุปคำบรรยายโดย ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา.

บุญอยู่ ขอพรประเสริฐ. การวิเคราะห์โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์: แนวคิดและหลักการทางนิติศาสตร์. เอกสารประกอบการประชุมชี้แจงอนุบัญญัติที่ออกมาใหม่ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 (รุ่นที่ 1). 2558.

ภูมินทร์ บุตรอินทร์. อาจารย์กฎหมายชี้ประกาศภาพคำเตือนขนาดร้อยละ 85 บนซองบุหรี่รัฐทำได้. การเสวนาทางวิชาการ เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าสินค้าบุหรี่ป้องรัฐบาล: บทเรียนจากประเทศออสเตรเลีย จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร. 2556.

เลอสร รณสุกาญจน์. “การบริหารจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี.” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2558, จาก <http://www.lerson.sc.chula.ac.th/bc/index.php/articles/tech-innovation/ipr-management>.

Books

Alexandra George. Constructing Intellectual Property. Cambridge University Press, 2012.

Amanda Michaels. A Practical Guide to Trade Mark Law. Sweet and Maxwell Limited, 1996.

Antony Taubman. A Practical Guide to Working with TRIPs. Oxford University Press, 2011.

- Antony Taubman, Hannu Wager and Jayashree Watal. A Handbook on the WTO TRIPs Agreement. Cambridge University Press, 2012.
- Bently Lionel, Uma Suthersanen and Paul Torremans. Global Copyright: Three Hundred Years since the Statute of Anne from 1709 to Cyberspace. Cheltenham UK; Northampton MA: Edward Elgar, 2010.
- Carlos M. Correa. Intellectual Property Rights the WTO and Developing Countries: The TRIPs Agreement and Policy Options. Zeb Book Ltd: London, 2000.
- _____. Research Handbook on the Property under WTO Rules: Intellectual Property in the WTO Volume I. Edward Elgar Publishing Limited, 2010.
- _____. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. Oxford University Press, 2007.
- Catherine Button. The Power to Protect Trade Health and Uncertainty in the WTO. Hart Publishing: Oxford and Portland, 2004.
- Edward C. Walterscheid. The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective. William S. Hein & Co., 2002.
- Ernst-Ulrich Petersmann. The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement. London: Kluwer Law International, 1997.
- G. Marceau. Balance and Coherence by the WTO Appellate Body: Who Could Better?. in Sacerdoti, Yanovich, Bohanes. The WTO at Ten the Contribution of the Dispute Settlement System. Cambridge: CUP, 2006.
- Graeme B. Dinwoodie and Mark D. Janis. Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research. Edward Elgar Publishing Inc., 2008.
- Heimann Eduard. History of Economic Doctrines; an Introduction to Economic Theory. London. New York etc.: Oxford University Press, 1945.
- Joanne Scott. The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. Oxford University Press, 2007.
- John Tobin. The Right to Health in International Law. Oxford University Press, 2012.

- Judith Mackay and Michael Eriksen. The Tobacco Atlas. 1st edition. Brighton Myriad Editions Limited, 2002.
- Kretschmer M. & Kawhol F. The History and Philosophy of Copyright in Music and Copyright. Edinburgh, 2014.
- Laurence R. Helfer and Graeme W. Austin. Human Rights and Intellectual Property Mapping the Global Interface. Cambridge University Press, 2011.
- Lukasz Gruszczynski. Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. Oxford University Press, 2010.
- Martin Kretschmer with Lionel Bently and Ronan Deazley. Introductory Chapter Privilege and Property: Essays on the History of Copyright. Cambridge: OpenBook, 2010.
- Oser Jacob. The Evolution of Economic Thought. New York: Harcourt, 1963.
- Peter Drahos. A Philosophy of Intellectual Property. Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.
- _____. Intellectual Property. Queen Mary and Westfield Collage: University of London, 1999.
- Peter Van den Bossche and Werner Zdouc. The Law and Policy of the World Trade Organization. Cambridge University Press, 2013.
- Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll and Anja Seibert-Fohr. WTO-Technical Barriers and SPS Measures. Leiden. Boston, 2007.
- Spencer Henson and John S. Wilson. The WTO and Technical Barriers to Trade. Edward Elgar Publishing: USA, 2005.
- Sweet and Maxwell. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement. Murdoch University School of Law Perth: Western Australia, 1996.
- UNCTAD-ICTSD. Resource Book on TRIPs and Development. Cambridge University Press, 2005.

Articles

Correa. C.M. "The Pharmaceutical Industry and Biotechnology: Opportunities and Constraints for Developing Countries." World competition. Vol.15 No.2. (1991): 47.

EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership. "Technical Barriers to Trade." Initial EU Position Paper. p. 1-7.

Hoekman Bernard. "New Issues in the Uruguay Round and Beyond." The Economic Journal. 103. November (1993): 1528-1539.

Jerome H. Reichman. "The TRIPs Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?" Case W. Res. J. Int'l L. 441 (2000).

John C. Beghin. "Measurement of Sanitary Phytosanitary and Technical Barriers to Trade." Organization for Economic Cooperation and Development. (2001): 1-19.

John C. Beghin and Jean-Christophe Bureau. "Quantitative Policy Analysis of Sanitary Phytosanitary and Technical Barriers to Trade." Economic International. Vol.87. (2001): 107-130.

Jonathan Liberman. "Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia." American Journal of Law & Medicine. Vol.39. (2013): 361-381.

_____. "The Power of the WHO FCTC Understanding its Legal Status and Weight." The Global Tobacco Epidemic and the Law (Edward Elgar UK). (2014).

Justin Hughes. "The Philosophy of Intellectual Property." Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal. (1988).

Karen I. Vaughn. "John Locke and the Labor Theory of Value." Journal of Libertarian Studies. Vol. 2. No. 4. p. 311-326.

Kathy Bowrey. "Who's Writing Copyright's History?." European Intellectual Property Review. 18:6. p. 322-329.

Keith E. Maskus, John S. Wilson and Tsunehiro Otsuk. "Quantifying the Impact of Technical Barriers to Trade." Policy Research Working Paper. (2000).

- Madhavi Sunder. "IP3." Stanford Law Review. Vol. 59 Issue 2. (2006)
- Margaret Chon. "Towards a Development Oriented International Intellectual Property Balance." Berkeley IPSC 2006 Conference. (August 2006).
- Mark P. McKenna. "The Normative Foundations of Trademark Law." Notre Dame Law Review. (2007).
- Peter Tobias Stoll. "World Trade Organization Dispute Settlement." Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Heidelberg and Oxford University Press. (2012).
- Peter Van den Bossche Denise Prévost and Matiëlle Matthee. "WTO Rules on Technical Barriers to Trade." Maastricht Working Papers. (2005-2006): 1-77.
- Peter K. Yu. "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework." U.C. Davis Law Review, Vol. 40, 2007 Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-01. p. 1039-1149.
- Robert E. Husec. "Like Products." Regularly Barriers and the Principle of Non – Discrimination in World Trade Law. University of Michigan Press. (2000).
- Ruth L. Okediji. "Copyright and Public Welfare in Global Perspective." 7 Ind. J. Global Legal Study. (1999).
- Shoen Ono. "Overview of Japanese Trademark Law." The Japanese Original. (1999).
- Tania Voon and Andrew Mitchell. "Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products." Melbourne Legal Studies Research Paper. No.554. (2012).
- Thomas Cottier and Petros Macroidis, "Like Products": The Differences in Meaning in GATT Articles I and III." University of Michigan Press. (2000).
- World Trade Organization. "Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health". Ministerial Conference. Fourth Session. Doha. (2001): 1-2.
- Fisher William W. "Theories of Intellectual Property." New Essays in the Legal and Political Theory of Property. Cambridge University Press. (2001).
- Wu Yifeng. "Theory of Property Rights: Comparing Marx with Coase". Social Sciences in China Vol. XXIX. No. 2. (May 2008).

Electronic Media

Céline Brassart Olsen. “WHO - Plain Packaging of Tobacco Products: Measures to Decrease Smoking Initiation and Increase Cessation.” http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0011/268796/Plain-packaging-of-tobacco-products,-Evidence-Brief-Eng.pdf?ua=1, April 14, 2016.

Ellen’ t Hoen. “TRIPs, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha.” <http://www.who.int/intellectualproperty/topics/ip/tHoen.pdf>, March 13, 2016.

Geoffrey T Fong David Hammond & Sara C Hitchman. “The Impact of Pictures on the Effectiveness of Tobacco Warnings”. <http://www.who.int/bulletin/volumes/87/8/09-069575/en/>, 14 May 2016.

James Orr and agencies. “China's Contaminated Milk Crisis Grows as Tests Show Top Dairy Firms Affected.” <http://www.theguardian.com/world/2008/sep/19/china>, December 25 2013.

Mark Davidson. “Why the TRIPS challenges to plain packaging will fail.” http://www.mccabecentre.org/downloads/M_Davison_TRIPS_for_website_word_format_-_1.pdf. February 22, 2015.

Sub-Commission on Human Rights Resolution. “Intellectual Property Rights and Human Rights.”. http://www.aaas.org/sites/default/files/SRHRL/PDF/IHRDArticle15/E-CN_4-SUB_2-RES-2000-7_Eng.pdf, December 30 2013.

Steve Chrisomalis. “Units of Measurement.” <http://phrontistery.info/unit.html>, November 17 2013.

Steven Wilf. “Balance of Intellectual Property.” http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_ge_11/wipo_ipr_ge_11_wrap_up.pdf, November 25 2016.

Federation of Intellectual Property Attorneys (FICPI). “The Quest for Balance in Intellectual Property Law: A New Paradigm or a Fad?.” <http://www.atrip.org/Content/Essays/Andrea%20Wechsler.pdf>, August 17, 2016.

Vishwas Devaiah. “A History of Patent Law.” <http://altlawforum.org/publications/a-history-of-patent-law/>, January 15, 2014.

World Trade Organization Decisions

Report of the Appellate Body. Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. (WT/DS332/AB/R). Adopted 3 December 2007.

Report of the Panel. Canada/Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber. (L/6470 - 36S/167). Adopted on 19 July 1989.

Report of the Panel. Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products. (WT/DS114/R). Adopted on 17 March 2000.

Report of the Appellate Body. China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum. (WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R). Adopted 7 August 2014.

Report of the Panel. European Communities – Approval and Marketing of Biotech Products. (WT/DS291-DS293/R). Adopted on September 29 2006.

Appellate Body Report. European Communities – Measures affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products. (WT/DS135/AB/R). Adopted 12 March 2001.

Appellate Body Report. EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones). (WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R). Adopted 16 January 1998.

Appellate Body Report. European Communities – Trade Description of Sardines. (WT/DS231/AB/R). Adopted 23 October 2002.

Report of the Panel. European Communities – Trade Description of Scallops. (WT/DS7/R). Adopted on 5 August 1996.

Report of the Panel. Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee. (L/5135). Adopted 11 June 1981.

Report of the Panel. Thailand – Restriction on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes. (DS10/R - 37S/200). Adopted on 7 November 1990.

Report of the Panel. United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. (WT/DS406/R). Adopted on 2 September 2011.

Appellate Body Report. United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. (WT/DS406/AB/R). Adopted on 4 April 2012.

ภาคผนวก



ภาคผนวก ก

ข้อยกเว้นทั่วไปตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947

ข้อยกเว้นทั่วไปการมาตรการกีดกันทางการค้าที่บัญญัติขึ้นภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 ขององค์การการค้าโลก ข้อ 20 (ปี)

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (a) necessary to protect public morals;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(c) relating to the importations or exportations of gold or silver;

(d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;

(e) relating to the products of prison labour;

(f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

(h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;

(i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not

operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;

(j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.



ภาคผนวก ข

ปฏิญญาสากลโดยกล่าวด้วยข้อตกลงทริปส์และการสาธารณสุข ค.ศ. 2001

1. We recognize the gravity of the public health problems afflicting many developing and least-developed countries, especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics.

2. We stress the need for the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) to be part of the wider national and international action to address these problems.

3. We recognize that intellectual property protection is important for the development of new medicines. We also recognize the concerns about its effects on prices.

4. We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.

In this connection, we reaffirm the right of WTO members to use, to the full, the provisions in the TRIPS Agreement, which provide flexibility for this purpose.

5. Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include:

In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPS Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles.

Each member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.

Each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.

The effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the MFN and national treatment provisions of Articles 3 and 4.

6. We recognize that WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to this problem and to report to the General Council before the end of 2002.

7. We reaffirm the commitment of developed-country members to provide incentives to their enterprises and institutions to promote and encourage technology transfer to least-developed country members pursuant to Article 66.2. We also agree that the least-developed country members will not be obliged, with respect to pharmaceutical products, to implement or apply Sections 5 and 7 of Part II of the TRIPS Agreement or to enforce rights provided for under these Sections until 1 January 2016, without prejudice to the right of least-developed country members to seek other extensions of the transition periods as provided for in Article 66.1 of the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to take the necessary action to give effect to this pursuant to Article 66.1 of the TRIPS Agreement.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา
วันเดือนปีเกิด	24 สิงหาคม 2533
ตำแหน่ง	นักกฎหมาย บริษัท เสนาะโฮต จำกัด
ทุนการศึกษา	2558-2559: ทุนผู้ช่วยอาจารย์ระดับปริญญาโท (ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภูมิรินทร์ บุตรอินทร์)

ผลงานทางวิชาการ

Prathana Rebecca Knapp and Nutthakarn Phongphunpunya. “Striking a Balance: Public Health vs IP Rights in Thailand’s Cigarette Package”. Ananda Intellectual Property Newsletter (March 2014).

ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา. “การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีบรรจุกัญธภัณฑ์แบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

ประสบการณ์ทำงาน	พฤศจิกายน 2556 ถึง สิงหาคม 2558: นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา บริษัท อนันต์ดา อินเทลเลคซวล พร็อพเพอร์ตี้ จำกัด
	มีนาคม 2556 ถึง มิถุนายน 2556: เจ้าหน้าที่สมาคม สมาคมคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์