



มาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพ: ศึกษากรณี
เครื่องหมายการค้าและบุหรี่ยาสูบ

โดย

ผศ. ดร. ภูมินทร์ บุตรอินทร์
ณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

สนับสนุนโดย

ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.) และ
สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.)

สิงหาคม 2560

APPROPRIATE MEASURE TO PROTECT PUBLIC HEALTH: A CASE
STUDY ON TRADEMARK AND TOBACCO PRODUCT

BY

ASSIST. PROF. DR. BHUMINDR BUTR-INDR
NUTTHAKARN PHONGPHUNPUNYA

Supporte by

TOBACCO CONTROL RESEARCH AND KNOWLEDGE
MANAGEMENT CERTER (TRC) and
Thai Health Promotion Foundation(ThaiHealth)

AUGUST, 2017

คำนำ

ปัญหาการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในการบังคับเอา กับตัวบรรจุกัญชาบุหรีชีกาเรต ตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบอันเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ตรา ขึ้นโดยองค์การอนามัยโลกนั้น นับว่าเป็นปัญหาที่สำคัญและมีการถกเถียงกันมากที่สุดในบรรดา มาตรการทั้งหลายที่กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบได้ตรากำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหา สุขภาพของมนุษย์ที่เกิดจากพิษภัยของบุหรีชีกาเรตทั้งกับผู้ที่บริโภคโดยตรงและผู้ได้รับผลกระทบ ข้างเคียงจากสารพิษที่บุหรีชีกาเรตซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างยิ่ง ด้วยปัญหาเหล่านี้้องค์การอนามัย โลกจึงได้สร้างมาตรการในหลากหลายรูปแบบที่แตกต่างกันไปในแต่ละส่วนบัญญัติลงเป็นสนธิสัญญา เพื่อให้รัฐสมาชิกทั้งหลายได้นำเอาบทบัญญัติไปปรับใช้และอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในรัฐของตน

สาเหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากบริบทของตัวมาตรการนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลง สารสำคัญของบรรจุกัญชาที่มีการแสดงเครื่องหมายการค้า ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการอัน เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าที่ออกโดยองค์การอนามัยโลกเช่นเดียวกัน โดยที่การเปลี่ยนแปลงเช่นว่านั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของตัวเครื่องหมายการค้าให้มีความแตกต่างจากเดิม ซึ่งการบังคับ ใช้มาตรการเกี่ยวกับบรรจุกัญชาได้แบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรกเป็นย่อนขนาดของเครื่องหมาย การค้าลงโดยใช้มาตรการสร้างป้ายคำเตือนให้เห็นถึงอันตรายของผลิตภัณฑ์ และ กรณีที่สองที่เป็น การเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้าไปจากรูปแบบเดิมให้ไปสู่รูปแบบที่ปราศจากสีสัน ซึ่งในกรณีอย่าง หลังนี้เองที่อาจถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้าไปอย่างสิ้นเชิงในสาระสำคัญ ส่งผลให้ เครื่องหมายการค้าแตกต่างกับที่จดทะเบียนไว้ต่อหน่วยงานทางเครื่องหมายการค้าของรัฐที่ให้ความ คุ้มครอง ทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าการกระทำดังกล่าวนั้นขัดต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือไม่ อย่างไร ในเมื่อบทบัญญัติทั้งสองก็มีสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศรองรับไว้ทั้งสองกรณี อย่างใดก็ตามในบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และ กฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นก็ได้มีการ กำหนดข้อยกเว้นตามกฎหมายไว้บางประการที่เป็นผลพวงมาจากแนวคิดและพัฒนาการของ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายเครื่องหมายการค้าประกอบกัน

งานวิจัยฉบับนี้เป็นการศึกษาถึงการแนวทางการสร้างมาตรการที่เหมาะสมในการ คุ้มครองสุขภาพ โดยมุ่งการศึกษาไปที่ประเด็นเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่บนบรรจุกัญชาของบุหรี ชิกาเรต ได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกการศึกษาบริบทของเครื่องหมายการค้า และทรัพย์สินทางปัญญาในเชิงหลักการเพื่อให้ทราบถึงนิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมายทั้งสองได้ อย่างเหมาะสม และ ส่วนที่สองว่าด้วยการศึกษากฎหมายสาระบัญญัติของเครื่องหมายการค้าและ ทรัพย์สินทางปัญญาทั้งในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า และ กฎหมายแห่งราชอาณาจักร ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมาย การค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 เพื่อนำเสนอให้เห็นว่ามาตรการที่ควบคุมตัวบรรจุกัญชา ของบุหรีชีกาเรตรูปแบบใดเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์โดยเป็นการ เคารพถึงหลักการและข้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายเครื่องหมายการค้า

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภูมิินทร์ บุตรอินทร์ ในฐานะหัวหน้าโครงการวิจัยและผู้รับทุนวิจัยนี้ที่เป็นผู้ริเริ่มโครงการวิจัย นำเสนอโดยการให้ข้อคิด ข้อ เสนอแนะ รวมถึงคำแนะนำถึงแนวทางการจัดทำ และรวบรวมข้อมูลอันเป็นประโยชน์อย่างมหาศาลที่เป็นส่วนผสมทำให้งานวิจัยฉบับนี้ลุล่วงไปด้วยดี ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์เกียรติคุณ ประกิจ วาทีสาธกิจ ในฐานะที่ปรึกษางานวิจัยในความกรุณาสำหรับคำแนะนำที่เป็นประโยชน์เสมอมา ผู้วิจัยหวังว่างานวิจัยฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาการจัดทำบรรจุภัณฑ์บุหรีชิกาแรตในประเทศ หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้วิจัยขอรับไว้และปรับปรุงแก้ไขในโอกาสต่อไป

ณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

ผู้วิจัย

7 สิงหาคม 2560

บทสรุปผู้บริหาร

ชื่อเรื่อง	:	มาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพ: ศึกษากรณี เครื่องหมายการค้าและบุหรี่ยาสูบ
หัวหน้าโครงการวิจัย	:	ผศ. ดร. ภูมินทร์ บุตรอินทร์
ผู้วิจัย	:	ณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา
ปีที่พิมพ์	:	2560
แหล่งทุน	:	ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.)

การวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาและวิเคราะห์ลักษณะของมาตรการทางกฎหมาย เพื่อใช้ควบคุมบรรจุกฎของผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือของบุหรี่ยาสูบ เพื่อลดปริมาณการบริโภคยาสูบ โดยเป็นการวิเคราะห์ว่าลักษณะของมาตรการมีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าหรือไม่ รวมทั้งมีบริบทของมาตรการดังกล่าวที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายลักษณะอื่นหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์ให้ได้ลักษณะของมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพสำหรับกรณีลดปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วยการใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมรูปแบบของบรรจุกฎ

เนื้อหาการวิจัยโดยสังเขป

ทรัพย์สินทางปัญญา คือ ผลผลิตทางปัญญาของมนุษย์สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ประโยชน์ให้แก่มนุษย์ ดังนั้น การสร้างกฎหมายเข้ามาควบคุมบริหารสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าของสิทธิและบุคคลอื่น ๆ จึงเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่ง เพราะ สิ่งใดเมื่อมีผลประโยชน์แก่บุคคลใดแล้ว ย่อมอาจเกิดการโต้แย้งสิทธิด้วยกันทั้งสิ้น ทั้งนี้ทรัพย์สินทางปัญญามีหลักการทางกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ หลักการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์แห่งสังคม โดยเป็นหลักที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเข้ามาแก้ไขปัญหาการบังคับใช้สิทธิเกินส่วนของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาโดยอาศัยช่องว่างตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินที่ให้อำนาจตนอย่างเกินสมควร เนื่องจากแต่เดิมนั้นทรัพย์สินทางปัญญามีการใช้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สินในการใช้บังคับ ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงได้มีการกำหนดว่าการที่กฎหมายมอบสิทธิให้แก่ผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาในการทำประโยชน์จากทรัพย์สินของตนนั้น เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิจะต้องมีหน้าที่รับผิดชอบแก่สังคมด้วยเช่นเดียวกัน

เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่ง มีวัตถุประสงค์ทางพาณิชย์เพื่อประทับลงบนสินค้าหรือบริการ เพื่อให้สินค้าหรือบริการของตนแตกต่างจากสินค้าของบุคคลอื่น จึงเป็นการส่งผลให้เครื่องหมายเหล่านั้นมีมูลค่าขึ้นในตัวเอง เพราะ บุคคลผู้เลือกซื้อสินค้านั้นย่อมจดจำเอาภาพเครื่องหมายเหล่านั้นเป็นหลักในการเลือกซื้อสินค้า ทำให้การเลือกซื้อสินค้าไม่ได้อยู่ที่ตัวสินค้าเพียงอย่างเดียวอีกต่อไป นอกจากนี้ยังทำให้ผู้ซื้อได้รับทราบถึงความแตกต่างระหว่างสินค้าของแต่ละบุคคล และประการสำคัญที่สุด ความแตกต่างเช่นว่านั้นย่อมหมายถึง ชื่อเสียง คุณภาพ ราคา ประสิทธิภาพ ฯลฯ ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้านั้น ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าลักษณะสำคัญของเครื่องหมายการค้า คือ ลักษณะบ่งเฉพาะทางกฎหมายที่เครื่องหมายนั้น ๆ แตกต่างจากเครื่องหมายอื่น กล่าวคือ หากพิจารณาในมุมมองของหลักเครื่องหมายการค้าแล้ว การขาดลักษณะบ่งเฉพาะเท่ากับเป็นการทำลายสถานะของเครื่องหมายการค้า มิให้มีสถานะเช่นเดิมอีกต่อไป ในอีกด้านหนึ่งสำหรับสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีโดยธรรมชาตินั้น หากพิจารณาตามหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว คือ สิทธิความเป็นเจ้าของที่จะใช้เครื่องหมายนั้นแสวงประโยชน์ได้ตามอำเภอใจของเจ้าของเครื่องหมาย โดยสิทธิที่ว่านี้ไม่จำเป็นต้องได้รับมอบหรือโอนมาจากผู้ใด เจ้าของเครื่องหมายมีสิทธิเช่นว่านั้นโดยธรรมชาติแล้ว

ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปแบบสนธิสัญญา มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วโลกอย่างเป็นระบบเดียวกันจึงเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาประการสำคัญเพื่อให้เกิดการค้าที่เสรีอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญขององค์การการค้าโลก โดยเมื่อศึกษาในส่วนของเครื่องหมายการค้าแล้ว พบว่า สิทธิตามกฎหมายของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า นั้น กฎหมายให้สิทธิคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนให้มีสิทธิปฏิเสธบุคคลที่สามที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของตนโดยมิได้รับอนุญาต ทั้งนี้ เมื่อความตกลงทริปส์เป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศสร้างขึ้นโดยองค์การการค้าโลก รัฐสมาชิกจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามโดยการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยเองก็ได้มีการยอมรับหลักการดังกล่าวเอาไว้เช่นกัน อย่างไรก็ตามนอกเหนือจากบทบัญญัติการกำหนดสิทธิแล้ว ความตกลงทริปส์ยังได้มีการกำหนดอำนาจในการสร้างข้อยกเว้นที่มอบให้เป็นอำนาจของรัฐสมาชิกในการสร้างข้อยกเว้นต่อกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้โดยอ้างการคุ้มครองเรื่องสาธารณสุขที่หมายรวมถึงชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ด้วยเช่นกัน

องค์การอนามัยโลกสร้างกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบของประชากรโลก ซึ่งกรอบความตกลงดังกล่าวมีการกำหนดรูปแบบมาตรการหลากหลายรูปแบบด้วยกัน ทั้งมาตรการทางภาษี และ มาตรการที่ไม่ใช่ทางภาษี ซึ่งในส่วนหลังนี้ก็มีการดำเนินการควบคุมตัวบรรจุภัณฑ์ยาสูบหรือซองบุหรี่ซิการ์แรตไว้เช่นเดียวกัน โดยลักษณะการสร้างมาตรการในควบคุมตัวบรรจุภัณฑ์เช่นว่านั้นเป็นการกระทบสิทธิต่อกฎหมายหลายภาคส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของนั้นได้รับความคุ้มครองตามความตกลงทริปส์และกฎหมายภายในรัฐตน ส่งผลให้เกิดข้อโต้แย้งกันในเชิงกฎหมายว่าลักษณะของมาตรการที่สร้างขึ้นมานั้นสามารถบังคับใช้ได้เหมาะสมตามกฎหมายหรือไม่

ลักษณะของมาตรการบรรจุกฎหมายแบบเรียบหรือบรรจุกฎหมายปราศจากสีสน์ที่อาจสร้างความขัดหรือแย้งทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า นั้นคือประเด็นหลักของงานวิจัยฉบับนี้ที่ต้องการนำเสนอว่าลักษณะของมาตรการเช่นว่านั้นสามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมายได้หรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นแม้ว่าจะสามารถบังคับใช้ได้ จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการบังคับใช้นั้นเป็นไปอย่างเหมาะสมตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นหลักในการร่างกฎหมายในประเทศไทยสำหรับการบังคับเอากับตัวบรรจุกฎหมายยาสูบหรือซองบุหรี่ยิกาแรตได้อย่างประเทศแม่แบบอย่างออสเตรเลียได้หรือไม่

สรุปผลการวิจัย

ผลการศึกษาค้นคว้าและทำการวิจัยตามงานฉบับนี้ แสดงให้เห็นว่ามาตรการควบคุมบรรจุกฎหมายยาสูบโดยวิธีการเปลี่ยนแปลงตัวบรรจุกฎหมายให้มีลักษณะเป็นแบบเรียบหรือปราศจากสีสน์ มีความชอบด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า ในลักษณะที่เป็นการสร้างตามกรอบของข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นส่วนของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า ด้วยเหตุผล ดังนี้

(1) **ความชอบด้วยหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** มาตรการควบคุมบรรจุกฎหมายยาสูบมีความชอบทั้งในส่วนหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งในส่วน การแสดง ความเคารพในหลักความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาได้รับมาโดยผลของธรรมชาติ โดยมีได้รับมอบมาจากบุคคลอื่นใด และ ส่วนสิทธิทางกฎหมายของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบของบุคคลอื่นผ่านรัฐเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากตัวมาตรการนั้นให้ความเคารพแก่หลักการของทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเหมาะสม อันเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์แห่งสังคม ทั้งนี้ การกระทำภายใต้กรอบแห่งหลักการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาย่อมมีความชอบธรรม

กล่าวคือ มาตรการที่บังคับเอากับบรรจุกฎหมายของบุหรี่ยิกาแรตสามารถยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นส่วนว่าด้วยเจ้าของตามธรรมชาติได้ เพราะ การออกมาตรการมีเหตุผลที่เหมาะสมประกอบกับการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจการยกเว้นเอาไว้อย่างชัดเจน การบังคับใช้กฎหมายจึงสามารถกระทำได้โดยมิได้เป็นการละเมิดหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่อย่างใด การศึกษาค้นคว้าวิจัยงานฉบับนี้ทำให้ทราบได้ว่าสิทธิความเป็นเจ้าของนั้นสามารถถูกยกเว้นได้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ แม้กระทั่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินก็ตาม หากว่าการกระทำยกเว้นมีเหตุผลที่เหมาะสม และมีกฎหมายบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหลักการของทรัพย์สินทางปัญญายินยอมให้มีการสร้างข้อยกเว้นของสิทธิเพื่อสร้างความสมดุลได้แล้ว การสร้างมาตรการควบคุมยาสูบที่เป็นผลิตภัณฑ์ที่มีการเห็นพ้องต้องกันด้วยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่าเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จึงสามารถทำได้อย่างยิ่งตามกรอบของหลักการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้นำเสนอไว้ในงานฉบับนี้

(2) **ความชอบด้วยหลักการของกฎหมายเครื่องหมายการค้า** มาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบมิได้เป็นการละเมิดหลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้า เพราะ เครื่องหมายยังคงองค์ประกอบลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อแสดงความแตกต่างระหว่างสินค้ายาสูบได้อยู่ การทำหน้าที่ดังกล่าวแม้จะถูกลดทอนลงไปบ้างด้วยรูปลักษณะของเครื่องหมายที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งอาจส่งผลทำให้ความสามารถในการจดจำหรือแยกแยะเครื่องหมายของบุคคลลดลง แต่ก็ได้ถึงขนาดที่เครื่องหมายนั้นขาดลักษณะบ่งเฉพาะ อย่างไรก็ตามผู้วิจัยขอเน้นย้ำถึงหลักการให้เหตุผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีของหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาว่า มาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ลักษณะแบบเรียบหรือปราศจากสีสนี้ เป็นการกระทบกับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่การกระทำดังกล่าวมีความชอบด้วยหลักการทางกฎหมายเครื่องหมายการค้า เนื่องจากผลกระทบที่เกิดขึ้นมิได้ถึงขนาดที่พรากลักษณะบ่งเฉพาะไปจากเครื่องหมาย ทั้งนี้ยังทำภายใต้กรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ในการสร้างข้อยกเว้นอีกด้วย มิใช่กรณีที่มาตรการเช่นว่านี้ไม่ส่งผลกระทบต่อเครื่องหมายการค้าซึ่งแนวการให้เหตุผลอย่างหลังนี้ผู้วิจัยเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้องตามหลักวิชานิติศาสตร์

(3) **ความชอบด้วยหลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า** มาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบยังมีความชอบธรรมต่อกฎหมายสาระบัญญัติได้แก่ความตกลงทริปส์ด้วย เมื่อพิจารณาในบริบทของความคุ้มครองทางกฎหมายได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นแห่งสิทธิเอาไว้เพื่อเปิดช่องให้มีการใช้และการตีความเพื่อข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ โดยการบัญญัติข้อยกเว้นนั้นก็มีทั้งการบัญญัติในส่วนหลักการทั่วไป และในส่วนทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิด โดยเฉพาะเจาะจง ให้รัฐสมาชิกสามารถสร้างมาตรการบางอย่างเพื่อจำกัดสิทธิได้เช่นเดียวกัน เมื่อการสร้างมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบตั้งอยู่บนหลักการของเหตุผลและสนธิสัญญาอันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีความชอบธรรมในการบังคับใช้ได้ นอกจากนี้การสร้างข้อยกเว้นจะต้องชอบด้วยบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ด้วย ซึ่งเมื่อมิได้ทำลายความเป็นเครื่องหมายการค้าลงไป เพียงแต่เป็นการลดทอนความสามารถในการทำหน้าที่เท่านั้น ทั้งยังมีเหตุผลและกฎหมายสนับสนุนมาตรการเช่นว่านี้สามารถบังคับใช้ได้ โดยเป็นการกระทำตามกรอบแห่งกฎหมาย

(4) **ความชอบด้วยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560** สำหรับกฎหมายของประเทศไทยนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังมีสิทธิใช้เครื่องหมายกับสินค้าของตนได้ตราบใดที่การใช้เป็นไปตามที่กฎหมายได้ทำการบัญญัติเอาไว้เหมาะสม นอกเหนือจากบริบทของสิทธิแล้ว ในส่วนของระบบทะเบียนนั้นรัฐในฐานะผู้รับจดทะเบียนมิได้มีการเพิกถอนสิทธิที่ให้ตามกฎหมาย และเป็นอำนาจโดยชอบธรรมของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองแก่ตัวเครื่องหมายการค้า นั้น ๆ และทั้งนี้หากอ้างอิงถึงระบบการจดทะเบียนมาดริดผู้วิจัยก็ยังเห็นว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ ที่จะให้หรือไม่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายนั้น ๆ ด้วยเช่นกัน ส่งผลให้การยื่นคำขอจดทะเบียนระหว่างประเทศตามพิธีสารมาดริดนี้ ไม่มีประเด็นจะต้องพิจารณาว่าระบบทะเบียนจะมีการขัดแย้งกับมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์หรือไม่ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติยังไม่มีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นจากการค้นคว้าข้อมูลตามงานวิจัยฉบับนี้

ข้อเสนอแนะ

(1) ควรสร้างรูปแบบของกฎหมายให้อยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าตามที่รายงานวิจัยฉบับนี้ได้นำเสนอ

(2) ควรประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนโดยทั่วไปรับทราบถึงที่มา วัตถุประสงค์และรูปแบบของการจัดทำกฎหมายดังกล่าวผ่านสื่อทั้งหลายอย่างครอบคลุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่เครื่องหมายการค้าบนบรรจุภัณฑ์หรือซองยงคงทำหน้าที่ได้เช่นเดิม

(3) ควรกำหนดระยะเวลาให้บริษัทผู้ผลิตยาสูบและบุหรี่ยี่ห้อตราที่มีช่วงระยะเวลาปรับตัวตามกฎหมายช่วงหนึ่ง เนื่องจากการปรับเปลี่ยนจะเกิดขึ้นกับบรรจุภัณฑ์ทั้งหมด

บทคัดย่อ

การคุ้มครองสุขภาพมนุษย์นับว่าเป็นภารกิจสำคัญของรัฐและองค์การระหว่างประเทศ อย่างองค์การอนามัยโลกที่จะต้องให้รักษาและให้ความคุ้มครองประชากรภายในรัฐตนจากอันตราย และความเสียหายทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นได้ไม่ว่าด้วยปัจจัยใด ๆ ดังนั้น เมื่อสถานการณ์ปัจจุบันปรากฏว่า การบริโภคยาสูบหรือบุหรี่ยาสูบจะส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เป็นที่ ชัดแจ้งด้วยผลการวิจัยและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ จึงทำให้ภารกิจลดปริมาณการบริโภค ผลิตภัณฑ์ยาสูบจึงเป็นวัตถุประสงค์หลักที่องค์การอนามัยโลกให้ความสำคัญและนำไปปฏิบัติ เอาไว้ในกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบอันเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศให้ รัฐสมาชิกทั้งหลายได้อนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน โดยกรอบความตกลงข้างต้นประกอบไปด้วย มาตรการอย่างหลากหลายในการลดปริมาณของบริโภคยาสูบไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางภาษี และ มาตรการที่มีใช้ทางภาษี เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ให้ ปราศจากภัยของการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยาสูบ

มาตรการที่ควบคุมบรรจุภัณฑ์หรือซองบุหรี่ยาสูบนั้นได้มีการอนุวัติการโดยรัฐต้น แบบอย่างออสเตรเลียที่มีการตีความและบังคับใช้ มาตรการสร้างป้ายคำเตือน และ มาตรการบรรจุ ภัณฑ์แบบเรียบหรือบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีส่น ซึ่งผลจากการบังคับใช้มาตรการเช่นนี้ได้ส่งผล กระทบโดยตรงต่อรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ที่จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง โดยเฉพาะ อย่างยิ่งทรัพย์สินทางปัญญาหรือเครื่องหมายการค้าจะต้องเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่ด้อยคุณค่าลง อย่างชัดเจนหาพิจารณาถึงหลักของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น คือ หลักความเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นตามความชอบธรรมของเจ้าของทรัพย์สิน และ สิทธิตามกฎหมาย บัญญัติที่ทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทที่ถูกสร้างให้ลักษณะเฉพาะเจาะจงสำหรับทรัพย์สินทาง ปัญญาแต่ละประเภทโดยเฉพาะ โดยสำหรับหลักของเครื่องหมายการค้า คือ การสร้างความแตกต่าง ระหว่างสินค้าหรือบริการด้วยลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายเช่นว่านั้นซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อทั้ง ทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า

อย่างไรก็ตามมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบนั้นได้รับอำนาจจากกรอบความตกลงว่า ด้วยการควบคุมยาสูบที่เป็นหลักในการสร้างมาตรการ นอกจากนี้ลักษณะของมาตรการแม้จะเป็น กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่ผลกระทบ ข้างต้นได้ทำตามกรอบของข้อยกเว้นตามกฎหมายที่มอบให้รัฐสมาชิกในการสร้างมาตรการเพื่อ คุ้มครองสุขภาพ อันเป็นการปฏิบัติตามหลักการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญาและเครื่องหมายการค้า ทั้งยังมีข้อความขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติทางกฎหมายที่มอบสิทธิ ให้แก่ผู้ทรงเครื่องหมายการค้า การสร้างมาตรการควบคุมตัวบรรจุภัณฑ์จึงมิได้เป็นการขัดหรือแย้งกับ บทบัญญัติของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด กล่าวโดยสรุปแล้ว มาตรการที่ควบคุมยาสูบโดยการบังคับเอากับบรรจุภัณฑ์จึงถูกสร้างขึ้นด้วยความเหมาะสม ตาม แนวทางการบังคับใช้และการตีความกฎหมาย

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	
บทสรุปผู้บริหาร	(1)
บทคัดย่อ	(6)
สารบาญ	(7)
สารบัญภาพ	(10)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 รูปแบบการดำเนินการ	2
1.3 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	2
บทที่ 2 แนวคิดและหลักการพื้นฐานของเครื่องหมายการค้า	3
2.1 ทรรศนทางปัญญากับเครื่องหมายการค้า	4
2.2 พัฒนาการและแนวคิดของเครื่องหมายการค้า	6
2.3 ลักษณะความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและพัฒนารทางกฎหมาย	10
2.3.1 การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย	10
2.3.2 พลวัตการคุ้มครองของเครื่องหมายการค้า	12
2.3.3 พลวัตและการขยายขอบเขตของช้อยกเว้นว่าด้วยเรื่องสุภาพ	14
บทที่ 3 เครื่องหมายการค้าตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าขององค์การการค้าโลกและพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทย	17
3.1 ความตกลงทริปส์กับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	18
3.1.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์	19
3.1.1.1 เพื่อถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยี	19

3.1.1.2	เพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์ สาธารณสุข	20
3.1.1.3	เพื่อลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ	22
3.1.2	หลักการทั่วไปของความตกลงทริปส์	23
3.1.2.1	ความเป็นสิทธิเอกชน	23
3.1.2.2	หลักดินแดน	24
3.1.2.3	หลักมาตรฐานขั้นต่ำ	25
3.1.2.4	หลักการไม่เลือกปฏิบัติ	25
3.1.2.5	หลักการสร้างความสมดุล	26
3.1.3	การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์	29
3.1.3.1	องค์ประกอบของเครื่องหมายการค้า	29
3.1.3.2	สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า	31
3.1.3.3	ข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า	33
3.1.3.4	ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ	36
3.1.4	ปฏิญญาสากลโดฮาเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์	37
3.2	พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทย	39
3.2.1	หลักการทั่วไปของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในราชอาณาจักรไทย	40
3.2.2	องค์ประกอบของเครื่องหมายการค้า	43
3.2.3	สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า	51
3.2.4	ข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า	54
3.2.5	ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ	57
3.2.6	ระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพิธีสารมาดริด	59
บทที่ 4	วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายของบรรจุกิจภัณฑ์ของบาหลีซิกาแรต	61
4.1	กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	62
4.2	หลักเกณฑ์ของบรรจุกิจภัณฑ์บาหลีตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ	64
4.2.1	หลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามโฆษณาผลิตภัณฑ์บาหลีซิกาแรต	64
4.2.2	หลักเกณฑ์ว่าด้วยการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุกิจภัณฑ์	67
4.2.3	แนวทางการอนุวัติการมาตรการว่าด้วยบรรจุกิจภัณฑ์	69
4.3	พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560	77
4.4	วิเคราะห์มาตรการภาพคำเตือนบนซองบาหลี	82
4.4.1	มาตรการภาพคำเตือนบนซองบาหลี	82
4.4.2	มาตรการบรรจุกิจภัณฑ์ที่ปราศจากสีสัน	86
4.5	แนวทางมาตรการว่าด้วยการควบคุมบรรจุกิจภัณฑ์ยาสูบในยุโรป	90

4.6 มาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพกรณีเครื่องหมายการค้าและบุหรีชี กาแรต	94
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	101
5.1 บทสรุป	101
5.2 ข้อเสนอแนะ	104
บรรณานุกรม	105

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
4.1 ตัวอย่างซองบุหรี่ซิการ์เรตตามกฎหมายออสเตรเลีย	72
4.2 ตัวอย่างซองบุหรี่ซิการ์เรตตามกฎหมายไทย	75
4.3 ตัวอย่างซองบุหรี่ซิการ์เรตตามกฎหมายออสเตรเลีย (ปรากฏเครื่องหมายการค้า)	75
4.4 ตัวอย่างซองบุหรี่ซิการ์เรตตามกฎหมายไทย (ปรากฏเครื่องหมายการค้า)	76
4.5 ตัวอย่างซองบุหรี่ซิการ์เรต Marlboro Menthol	83
4.6 ตัวอย่างซองบุหรี่ซิการ์เรตตามกฎหมายไทย (ปรากฏเครื่องหมายการค้า)	86
4.7 องค์ประกอบของมาตรการซองบุหรี่ที่ปราศจากสีสัน	94

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การคุ้มครองสุขภาพของประชาชนก็เป็นพื้นฐานที่สำคัญต่อการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน ปัจจุบันจึงต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะในเรื่องสุขอนามัยของประชาชน และนโยบายสาธารณะของรัฐในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน จะต้องมีความสอดคล้องต่อกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่มีการบัญญัติประเด็นที่เกี่ยวข้องเพราะในบางประเด็นนั้นการคุ้มครองสุขภาพอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยได้จัดทำร่าง พรบ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ ประเด็นที่สำคัญก็คือ มาตรการของบุหรี่ซิการ์เรตที่ปราศจากสีสันและมาตรการขยายขนาดภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ซิการ์เรตตามกรอบอนุสัญญาการควบคุมยาสูบองค์การอนามัยโลกนั้นมีข้อขัดแย้งกับ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า หรือไม่? การศึกษาของผู้วิจัยจึงมุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและมาตรการในการควบคุมการบริโภคยาสูบ ซึ่งในงานวิจัยชิ้นนี้มุ่งศึกษาเฉพาะสินค้าบุหรี่ยาสูบเท่านั้น เนื่องจากสินค้าดังกล่าวได้รับผลกระทบโดยตรงเพราะจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ให้เป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งทำให้รูปแบบของเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่บนบรรจุภัณฑ์นั้นเปลี่ยนแปลง

สำหรับประเทศไทย กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุขได้ออกประกาศคำเตือนบนซองบุหรี่ซิการ์เรต โดยอาศัย มาตรา 12 พรบ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ รับรองการเพิ่มขนาดป้ายคำเตือนบนซองบุหรี่ซิการ์เรตให้ใหญ่ขนาดร้อยละ 85 ตามกฎเกณฑ์การควบคุมสินค้ายาสูบของ WHO FCTC ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศเดียวในโลกที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพประชาชนมีประเทศต่าง ๆ ลงนามทั้งหมด 177 ประเทศ รวมถึงประเทศไทยด้วย วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวคือ นโยบายลดการสูบบุหรี่ซิการ์เรตโดยการเพิ่มขนาดป้ายคำเตือนบนซองบุหรี่ซิการ์เรตให้ใหญ่ที่สุด และการห้ามโฆษณาสินค้ายาสูบ ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้ออกกฎหมายให้สอดคล้องกับนโยบายห้ามโฆษณาดังกล่าว เช่น ประเทศออสเตรเลียได้ห้ามใช้เครื่องหมายการค้าในการโฆษณา (ซองบุหรี่ซิการ์เรตที่ปราศจากสีสัน) อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจขัดต่อหลักการการค้าเสรีขององค์การการค้าโลก (WTO) ได้เช่นกัน โดยเฉพาะกฎหมายเครื่องหมายการค้าตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs)

ในการนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้อง จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาความเหมาะสมของมาตรการตามกฎหมายที่มีความประสงค์จะด้านสุขภาพกับกฎหมายที่พิพาทกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าตามกฎหมายระหว่างประเทศ และ เครื่องหมายการค้าตาม พรบ. เครื่องหมายการค้าแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อหาความสมดุลและความเหมาะสมของมาตรการเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของกฎหมาย โดยในผลสุดท้ายจะทำให้ตัวกฎหมายบัญญัติมีความชอบธรรมในการบังคับ ไม่ตกเป็นประเด็นโต้แย้งสิทธิ

1.2 รูปแบบการดำเนินการ

วิธีการวิจัยเอกสาร เป็นหลัก กล่าวคือ เอกสารทางวิชาการ เอกสารที่ใช้ในการปฏิบัติงานของหน่วยงานราชการและเอกชนที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษา บทความจากวารสารกฎหมาย และการค้นคว้าผ่านฐานข้อมูลระบบอินเทอร์เน็ต ดังนี้

1.2.1 ทฤษฎีของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายเครื่องหมายการค้า เพื่อให้ทราบถึงหลักการและแนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า

1.2.2 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ทริพส์) ว่าด้วยเรื่องเครื่องหมายการค้าเป็นหลักเพื่อให้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า รวมไปถึงข้อยกเว้นทางกฎหมาย

1.2.3 พรบ. เครื่องหมายการค้าของราชอาณาจักรไทย (ฉบับแก้ไขปรับปรุงล่าสุด) เพื่อให้ทราบถึงความสอดคล้องระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อประโยชน์ในการใช้และการตีความกฎหมาย รวมไปถึงลักษณะของกฎหมายที่บังคับใช้ล่าสุดหากมีผลกระทบใด ๆ

1.2.4 กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก (WHO FCTC) ว่าด้วยเรื่องมาตรการที่เกี่ยวข้องกับบรรจุภัณฑ์ เพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์และแนวคิดของการสร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีส่น

1.2.5 ศึกษาวิเคราะห์กฎหมายของบางประเทศและแนวทางการตีความกฎหมายเบื้องต้น

1.3 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.3.1 ทราบถึงสถานการณ์และผลกระทบจากการบริโภคยาสูบและสถานการณ์ที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้ประกอบการได้รับผลกระทบจากมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.3.2 ทราบถึงความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา

1.3.3 ทราบถึงความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการบริโภคยาสูบและการคุ้มครองสุขภาพขององค์การอนามัยโลก (WHO)

1.3.4 ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่คุ้มครองสุขภาพที่เหมาะสมในการควบคุมผลิตภัณฑ์บุหรี่ยี่ห้อเรต และสอดคล้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

1.3.5 ทราบถึงแนวทางในการร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

แนวคิดและหลักการพื้นฐานของเครื่องหมายการค้า¹

ประเด็นปัญหาเรื่องมาตรการที่ครอบคลุมความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบโดยองค์การอนามัยโลกที่สร้างขึ้นมาเพื่อบังคับใช้เข้ากับบรรจุภัณฑ์ (Packaging) ของบุหรี่ยี่ห้อหนึ่งส่งผลกระทบต่อลักษณะทางกายภาพของเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏโดยตรง เนื่องจากผลิตภัณฑ์สินค้าในสังคมมนุษย์ที่จำหน่ายกระจายออกไปนั้นต่างมีเครื่องหมายการค้าประทับลงบนตัวบรรจุภัณฑ์เพื่อแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของสิ่งนั้น ๆ ด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งเมื่อการกระทำดังกล่าวนี้ทำให้ลักษณะของเครื่องหมายการค้าเปลี่ยนแปลงไป การพิจารณาว่าการกระทำเช่นนั้นสามารถทำได้หรือไม่ มีความจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงหลักการ (Principle) อันเป็นพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าเสียก่อน เพื่อให้มีประสิทธิภาพในการใช้และการตีความกฎหมายสารบัญญัติที่บังคับใช้กันอยู่ในปัจจุบัน

เครื่องหมายการค้า (Trademark) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่ง เพราะ เกิดมาจากสติปัญญา ความคิด และการสร้างสรรค์ของมนุษย์เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่น โดยเครื่องหมายการค้ามีการพัฒนาเกิดจากพ่อค้าผู้ที่มีความต้องการใช้เครื่องหมายที่ตนสร้างขึ้นเพื่อใช้หรือทำประโยชน์ในทางการค้าและเชิงพาณิชย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจำแนกแยกแยะสินค้าของตนให้แตกต่างจากสินค้าของบุคคลอื่น เมื่อเครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งย่อมมีความจำเป็นต้องพิจารณาศึกษาถึงลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีจุดร่วมกันระหว่างเครื่องหมายการค้า ทั้งนี้การศึกษาจะต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าแม้เครื่องหมายการค้าจะเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญา แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้าจะมีลักษณะเช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น สาเหตุเพราะทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทนั้นมีเอกลักษณ์ที่เฉพาะแตกต่างกันอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็วิวัฒนาการตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แนวคิดและหลักการ รวมไปถึงการบัญญัติสิทธิทางกฎหมายสารบัญญัติอย่างเห็นกันในปัจจุบัน ดังนั้น การศึกษาหลักการพื้นฐานจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพื่อให้เข้าใจบริบทแห่งสิทธิทางกฎหมายที่หากศึกษาโดยละเอียดแล้วจะสามารถนำไปสู่การพิจารณาข้อยกเว้นทางกฎหมายได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากข้อยกเว้นทางกฎหมายนั้นมีวิวัฒนาการอย่างต่อเนื่องควบคู่ไปกับสิทธิไม่อาจแยกออกจากกันได้

¹ แนวคิดและหลักการพื้นฐานตามงานวิจัยฉบับนี้ผู้วิจัยมุ่งหมายศึกษาในสองส่วน ได้แก่ ส่วนการศึกษาเกี่ยวกับบริบททางประวัติศาสตร์ของทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า เพื่อแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของแนวคิดทางกฎหมายตั้งแต่เริ่มต้น และ ส่วนที่สองว่าด้วยการนำเอาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาวิเคราะห์ให้เกิดเป็นคำอธิบายทางนิติศาสตร์ที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน อย่างเป็นรูปธรรมผ่านรูปแบบทางปรัชญา, โปรดตุ, จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *อ่าวไว้ เจริญธรรมที่ 2*, และ ธรรมนูญคดี พงษ์พันธ์ปัญญา, *อ่าวไว้ เจริญธรรมที่ 11*, น. 11-13.

สำหรับประเด็นข้างต้นนี้นั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากมีการใช้และการตีความรวมไปถึงการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามหลักการพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าอย่างแท้จริง แต่กลับยึดโยงอยู่กับภาพรวมของคำว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้น อาจทำให้การใช้ การตีความ และการบัญญัติกฎหมายมีความคาดเคลื่อนไปจากบริบทของเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น แนวทางการศึกษาเรื่องแนวคิดพื้นฐานของเครื่องหมายการค้าจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะมีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนาน ที่ก่อร่างสร้างฐานแนวคิดของความเป็นเครื่องหมายการค้าทั้งในประเด็นของจุดกำเนิด การบังคับใช้ในเชิงผลประโยชน์อื่น ๆ นอกเหนือไปจากการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า แต่ทั้งนี้ไม่ว่าเครื่องหมายจะอยู่ในสถานะใดก็ตาม ความนิยมในการใช้เครื่องหมายยังคงอยู่ในประเด็นเดียวกัน คือ การแสดงความเป็นเอกลักษณ์ของสิ่งหนึ่งให้แตกต่างออกจากอีกสิ่งหนึ่งที่เป็นสาระสำคัญอันที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงให้เป็นอื่นไปได้ อันนำไปสู่การพิจารณาแนวคิดการคุ้มครอง สิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า รวมไปถึงวิธีการสร้างข้อยกเว้นในเรื่องความเป็นเจ้าของข้างต้น ก่อนที่จะพัฒนาเป็นกฎหมายบัญญัติเครื่องหมายการค้าอย่างที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อทำความเข้าใจแนวคิดและหลักการพื้นฐานของเครื่องหมายการค้า จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องพิจารณาถึงพัฒนาการทางแนวคิดของเครื่องหมายการค้า รวมไปถึงทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นบริบทภาคส่วนใหญที่ครอบคลุมเครื่องหมายการค้าอยู่อีกชั้นหนึ่ง ทั้งนี้งานฉบับนี้จะไม่ได้กล่าวถึงทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นเพื่อเปรียบเทียบ แต่จะกล่าวถึงบริบทของทรัพย์สินทางปัญญาในภาพรวม เพื่อแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างคำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” กับ คำว่า “เครื่องหมายการค้า” เป็นสำคัญ

2.1 ทรัพย์สินทางปัญญากับเครื่องหมายการค้า

ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ประกอบขึ้นจากคำ 2 คำ ได้แก่ “ทรัพย์สิน” และ “ปัญญา” หากกล่าวโดยสรุปโดยไม่พิจารณาถึงประเด็นทางกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญาอาจหมายถึงทรัพย์สินที่เกิดมาจากปัญญาของมนุษย์ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าคำดังกล่าวมีนัยความหมายซ่อนอยู่เป็นสาระสำคัญ ได้แก่ การคุ้มครองทรัพย์สินที่เกิดมาจากปัญญา มิใช่การคุ้มครองตัววัตถุที่เป็นผลผลิตในความเป็นรูปธรรมจากความคิดทางปัญญาเหล่านั้น ในทางตรงกันข้าม “ทรัพย์สิน” หรือ “ทรัพย์สิน” ที่มีรูปร่างทั้งหลายได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินว่าด้วยเรื่อง “กรรมสิทธิ์” อยู่แล้ว ซึ่งเป็นคนละประเด็นกัน อย่างไรก็ตามคำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” เป็นศัพท์ที่บัญญัติขึ้นใหม่² ที่สังคมมนุษย์ได้รับรู้ลักษณะของทรัพย์สินชนิดใหม่ที่ไม่มรูปร่างที่มนุษย์ยังต้องการความเป็นเจ้าของและแสวงประโยชน์จากสิ่งที่ไม่มรูปร่างเช่นเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่าง

² จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา,” (ดุชนินพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 8.

ความต้องการของมนุษย์ในการรักษาผลประโยชน์ของตนในตัวทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนี้เองที่เป็นจุดกำเนิดของทรัพย์สินทางปัญญา นักนิติศาสตร์ได้เข้ามามีบทบาทหน้าที่ในการกำกับดูแลและวางโครงสร้างของระบบแห่งสิทธิชนิดใหม่ขึ้นจากพื้นฐานของกฎหมายลักษณะทรัพย์สินเดิม โดยลักษณะสำคัญที่ถูกนำมาปรับใช้ คือ “หลักความเป็นเจ้าของ หรือ กรรมสิทธิ์ (Ownership)”³ ที่ถูกสร้างและออกแบบขึ้นเป็นสิทธิทางกฎหมายเพื่อให้การรับรองความต้องการของมนุษย์ที่ต้องการใช้ประโยชน์ครอบครอง รวมไปถึงการหวงกันทรัพย์สินที่ตนนั้นเป็นเจ้าของอยู่มิให้ผู้อื่นเข้ามาแทรกสอดการใช้สิทธิของตนได้ กล่าวคือ กฎหมายมุ่งกำหนดสิทธิรับรองให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ในทางตรงกันข้ามเป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่นในการให้ความเคารพสิทธิข้างต้นพร้อมกัน ประเด็นพิจณาส่วนนี้จึงแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า แนวทางการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาครั้งแรกเมื่อมีการสร้างสรรค์ในยุคแรกของมนุษย์นั้น คือ การให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่างของบุคคลกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible Property) เนื่องจากการเคารพและรับรู้ถึงการแสดงออกความเป็นเจ้าของที่เป็นลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ที่ได้ทำการสร้างสรรค์หรือได้รับสิทธิเหล่านั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยประการใด ๆ

อย่างไรก็ตามการให้สิทธิความเป็นเจ้าของอย่างกรรมสิทธิ์แก่เจ้าของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้นเป็นอันตรายอย่างยิ่งซึ่งนักนิติศาสตร์มิได้คาดเห็นมาก่อนว่าการบังคับใช้กรรมสิทธิ์แก่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะสร้างความเสียหายให้แก่สังคม เนื่องจากนักนิติศาสตร์เล็งเห็นเพียงเฉพาะการรับรองให้ความคุ้มครองการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน มิได้พิจารณาถึงตัววัตถุแห่งทรัพย์สินนั้นด้วยว่า การมีรูปร่าง (Tangible) และ การไม่มีรูปร่าง (Intangible) แตกต่างกันอย่างไร เปรียบเสมือนการจับคู่ให้ความคุ้มครองที่ไม่ต้องตรงกัน ดังนั้น จึงเป็นการสร้างผลเสียให้แก่สังคม คือ การที่เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีอำนาจในการบังคับเอาทรัพย์สินมีรูปร่างทุกชนิด ทำให้เกิดการบังคับสิทธิที่ไม่สมดุล เช่น เจ้าของงานวรรณกรรมสามารถติดตามบังคับเอาผลงานของตนได้ทุกฉบับที่มีการตีพิมพ์ออกไป⁴ แม้ว่าบุคคลอื่นจะได้ครอบครองงานวรรณกรรมนั้นอย่างถูกต้องตามหลักกรรมสิทธิ์ก็ตาม เท่ากับว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นมิใช่กรรมสิทธิ์ทั่วไป แต่เป็นกรรมสิทธิ์ที่เหนือกว่ากรรมสิทธิ์ เหตุการณ์ตามตัวอย่างที่ยกขึ้นข้างต้นนั้นเป็นหนึ่งในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างหลากหลายในสังคมในยุคนั้น ซึ่งทำให้นักกฎหมายได้เข้ามามีบทบาทในการสร้างระบบแห่งสิทธิขึ้นใหม่เพื่อปรับใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนี้โดยเฉพาะ เพื่อมิให้เกิดผลร้ายที่อาจส่งผลกระทบต่อสังคมได้อีก ทั้งนี้จะต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอตามที่กล่าวแล้วข้างต้นว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นศัพท์บัญญัติขึ้นใหม่ แต่เดิมนั้นทรัพย์สินทางปัญญาถูกบัญญัติแยกไว้แต่ละประเภทออกจากกัน เพียงแต่มีจุดเกาะเกี่ยวร่วมกันขึ้น ทำให้แนวทางการศึกษาทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดจึงต้องพิจารณาแยกออกจากกัน

³ Alexandra George, Constructing Intellectual Property, (Cambridge University Press, 2012), p. 32.

⁴ Kathy Bowrey, “Who’s Writing Copyright’s History?,” European Intellectual Property Review, p. 322-323.

เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่ง ดังนั้น จากการที่ทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดมีที่มาแตกต่างกัน ส่งผลให้แนวคิดการคุ้มครอง การให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิ การสร้างข้อยกเว้น รวมถึงโครงสร้างทางกฎหมายนั้นแตกต่างกันไปอย่างสิ้นเชิง ส่วนที่ประสานแต่ละสิ่งเข้าด้วยกันนั้น คือ แนวคิดเบื้องหลังว่าด้วยทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่เกิดจากปัญญาของมนุษย์ และต้องการได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย ดังนั้น การศึกษาความเป็นมาและแนวคิดของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดจึงเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในปัจจุบันนั้นมีหลายกรณีที่ไม่พิจารณาถึงแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทำให้เกิดแนวทางการพิจารณาที่อาจคาดเคลื่อนไปจากบริบทของทรัพย์สินทางปัญญาชนิด ๆ นั้นได้ ในงานวิจัยฉบับนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวเน้นถึงทรัพย์สินทางปัญญาประเภท “เครื่องหมายการค้า” เป็นหลัก เนื่องจากเป็นสาระสำคัญในการวิเคราะห์ปัญหาของมาตรการทางกฎหมายที่มีบริบทพิพาทอันเป็นหัวข้อของงานวิจัยนี้ คือ มาตรการที่บังคับเข้ากับบรรจุกฎหมายของบราซิลและในสหรัฐอเมริกา ในส่วนต่อไปผู้เขียนจะขอกล่าวถึง พัฒนาการและแนวคิดของเครื่องหมายการค้า เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจเสียก่อนที่จะพิจารณาถึงบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในบทต่อ ๆ ไป

2.2 พัฒนาการและแนวคิดของเครื่องหมายการค้า

การที่จะทราบถึงพัฒนาการและแนวคิดของประเภทของทรัพย์สินทางปัญญานั้น จะต้องวิเคราะห์ถึงเหตุผลทางประวัติศาสตร์เป็นสำคัญเพื่อให้เห็นเหตุการณ์สำคัญของแต่ละช่วงสำคัญทางประวัติศาสตร์ทั้งจุดก่อกำเนิด พัฒนาการ และการสังเคราะห์ออกมาเป็นแนวคิดทางกฎหมายที่สำคัญต่าง ๆ สำหรับกรณีของเครื่องหมายการค้านี้ ผู้วิจัยขอเสนอผ่านบริบททางประวัติศาสตร์ที่เป็นจุดเปลี่ยนแปลงทำให้เกิดการสร้างสิทธิทางกฎหมายตั้งแต่ยุคเริ่มต้นที่เครื่องหมายการค้าได้ถือกำเนิดขึ้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากำเนิดมาตั้งแต่ยุคโบราณ โดยจากการสืบค้นงานเขียนทางวิชาการหลายฉบับต่างมีข้อมูลพิจารณาไปในทิศทางเดียวกันว่า เครื่องหมายการค้ามีปรากฏอยู่ในสังคมมนุษย์ตั้งแต่โบราณกาล อย่างไรก็ตามการปรากฏตัวที่วันนี้อาจมิได้เป็นไปเพื่อการค้าขายเพียงอย่างเดียว แต่เป็นรูปแบบหรือลักษณะของเครื่องหมายที่มนุษย์ใช้เพื่อสร้างความแตกต่างระหว่างสิ่งของที่ตนเป็นเจ้าของกับสิ่งของที่เป็นของผู้อื่นในกรณีที่สิ่งเหล่านั้นมีความคล้ายคลึงกัน จึงมีความจำเป็นต้องสร้างตราสัญลักษณ์ หรือ เครื่องหมายบางอย่างเพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างอันเป็นผลมาจากเอกลักษณ์แห่งตราสัญลักษณ์ หรือ เครื่องหมายที่ว่ามี⁵ ดังนั้นความเป็นเครื่องหมายการค้าจึงมีที่มาจากเครื่องหมายทั่วไปที่มีลักษณะการใช้ที่หลากหลายไม่ได้ยึดโยงกับเรื่องการค้าเพียงอย่างเดียว

⁵ Shoen Ono, “Overview of Japanese Trademark Law,” The Japanese Original, 1999, chapter 2, p. 1.

การใช้ตราสัญลักษณ์ เครื่องหมาย ฯลฯ นั้นอาจปรากฏบนสิ่งของลักษณะรูปแบบใดก็ได้ แต่สาระสำคัญของการใช้สิ่งดังกล่าว คือ เป็นสิ่งที่แสดงถึงลักษณะความเป็นเจ้าของ (Proprietary Marks) และ ความมีเอกลักษณ์ให้มีความแตกต่างจากบุคคลอื่นสำหรับสิ่งของที่ตนเป็นเจ้าของอยู่ ซึ่งในประเด็นนี้เองที่การใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างกันออกไปในแต่ละการใช้ที่มีได้ยึดโยงอยู่กับการค้าขายเชิงพาณิชย์เพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตามก็เนื่องจากการค้าขายสินค้านั้นเป็นสิ่งที่สร้างผลประโยชน์อย่างมหาศาลให้แก่มนุษย์จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่การใช้เครื่องหมายสำหรับการค้านั้นเป็นที่นิยม ประการสำคัญที่สุดคือเป็นที่รู้จักและรับรู้ของประชาชนภายในสังคมการใช้เครื่องหมายเพื่อการค้าของพ่อค้า

การใช้เครื่องหมายของเหล่าพ่อค้านี้เองที่ได้รับความนิยมและใช้กันอย่างแพร่หลาย เนื่องจากทำให้ประชาชนสามารถรับรู้ได้ว่าเครื่องหมายนี้เป็นตัวแทนสินค้าของผู้ค้าคนใด จึงเป็นการอำนวยความสะดวกสำหรับการซื้อขายสินค้าเป็นอย่างยิ่ง ในเวลาต่อมาการใช้เครื่องหมายเชิงการค้าพาณิชย์ก็ถูกเรียกขานเป็นที่รู้จักกันในนาม “เครื่องหมายของพ่อค้า (Merchant’s Marks)”⁶ ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในช่วงศตวรรษที่ 10 โดยการใช้เครื่องหมายยังคงวัตถุประสงค์เดิม คือ เพื่อแสดงเอกลักษณ์ของสินค้า รวมไปถึงการทำให้สินค้าแต่ละชั้นมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้เมื่อระบบเครื่องหมายมีการพัฒนามากขึ้น เครื่องหมายของพ่อค้าก็ได้กลายเป็นตัวบ่งบอกคุณสมบัติหลายประการเพื่อจำแนกความแตกต่างของสินค้าให้ชัดเจนยิ่งขึ้นนอกเหนือไปจากความเป็นเจ้าของสินค้า ไม่ว่าจะเป็นลักษณะทางกายภาพ คุณภาพ หรือแม้กระทั่งแหล่งที่มาของสินค้าทั้งระหว่างผู้ค้าและระหว่างผู้ค้ากับผู้บริโภค กล่าวคือ เครื่องหมายของพ่อค้านี้เองเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้ ไม่มีรูปร่าง เป็นเพียงตราสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายที่ใช้ทำหน้าที่บ่งบอกลักษณะของสินค้าที่มีได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะตัวเจ้าของ แต่รวมไปถึงคุณสมบัติของสินค้าอย่างอื่นด้วยจึงเป็นการเพิ่มการแข่งขันเชิงพาณิชย์ให้มีการนำเอาสินค้านำมาเสนอกันในตลาดเพื่อจูงใจผู้บริโภคให้หันมาบริโภคสินค้าของตนด้วย อย่างไรก็ตามในช่วงศตวรรษนี้แม้จะมีความนิยมในการใช้เครื่องหมายของพ่อค้าอย่างแพร่หลาย แต่ก็ยังมิได้มีการสร้างระบบกฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิ หน้าที่ของเจ้าของ รวมไปถึงขอบเขตในการบริหารสิทธิของพ่อค้าว่ามีลักษณะประการใด จึงอาจกล่าวได้ว่าเครื่องหมายในช่วงศตวรรษนี้เป็นไปในเชิงพาณิชย์โดยไม่มีข้อความคิดของนิติศาสตร์เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาอย่างยิ่ง เพราะวัตถุประสงค์ที่มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องและไม่มีกฎหมายเข้ามาคุ้มครองมักจะเกิดผลร้ายที่การกระทำของมนุษย์ปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ การแสวงประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าจะเป็นการแอบอ้าง การใช้ หรือ การปลอมแปลงเครื่องหมายโดยเจ้าของเครื่องหมายที่แท้จริงไม่ได้ให้อนุญาตให้กระทำการดังกล่าว เนื่องจากไม่มีบทกฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิดและเจ้าของสิทธิได้รับความเสียหายความไม่เป็นธรรมจึงเริ่มก่อตัวขึ้นในสังคม ทั้งนี้นอกจากที่เจ้าของเครื่องหมายจะเสียหายแล้ว หากพิจารณาในทางตรงกันข้ามประชาชนในสังคมก็ได้รับความเสียหายด้วยเช่นกัน เพราะ ประชาชนเหล่านั้นอาจจะต้องสับสนหลงผิดในการเลือกซื้อสินค้า ทำให้ได้สินค้าที่ไม่ตรงกับความต้องการของตนซึ่งส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างเป็นวงกว้าง เพราะส่งผลต่อสังคมโดยรวมโดยขึ้นอยู่กับความแพร่หลายของสินค้าที่เครื่องหมายนั้นประทับอยู่

⁶ Shoen Ono, *Ibid.*, p. 5-6.

เมื่อสถานการณ์การละเมิดเครื่องหมายการค้ามาถึงจุดที่ผู้ผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นได้รับผลกระทบอย่างหนัก จึงเกิดการเรียกร้องให้มีการสร้างระบบความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าขึ้น หลายประเทศเริ่มดำเนินการบัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าขึ้นเพื่อดำเนินการให้ความคุ้มครองผู้เป็นเจ้าของสิทธิทางกฎหมาย รวมไปถึงหน้าที่ให้แก่สังคมเพื่อให้การเคารพสิทธิที่กฎหมายได้สร้างขึ้นด้วยเช่นกัน

ฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในประเทศลำดับต้นที่มีการให้สิทธิแก่เครื่องหมายการค้า โดยฝรั่งเศสได้สร้างระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าผ่านการบัญญัติกฎหมายชื่อว่า "Manufacture and Goods Mark Act 1857"⁷ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายแก่เครื่องหมายการค้าได้ภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์จะต้องนำเอาเครื่องหมายของตนเข้าสู่ระบบจดทะเบียนที่ภาครัฐเป็นผู้ดูแล โดยระบบจดทะเบียนจะประกอบไปด้วยขั้นตอนและเงื่อนไขบางประการเพื่อให้ได้มาซึ่งทะเบียนแห่งสิทธิในการใช้ยื่นหรืออ้างสิทธิของตนต่อบุคคลอื่น เมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่าระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านี้แสดงให้เห็นว่าความคุ้มครองทางกฎหมายเริ่มจากการที่รัฐเป็นผู้เข้ามามีบทบาทในการรับรู้ให้สิทธิแก่เครื่องหมายที่จดทะเบียนจากเจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์ที่เข้ามาในฐานะผู้ขอรับความคุ้มครองจากรัฐ โดยรัฐจะตอบแทนการนำทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างดังกล่าวเข้ามาในระบบโดยการให้สิทธิประเภทหนึ่ง นอกจากการให้สิทธิข้างต้นแล้ว ในทางตรงกันข้ามกฎหมายฉบับนี้ก็สร้างข้อจำกัดสิทธิโดยการกำหนดการสิ้นสุดสิทธิไปหากไม่มีการใช้เครื่องหมายในทางปฏิบัติ เช่นเดียวกันเพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิให้มีมากเกินไปจนเกินไป ในเวลาต่อมาพัฒนาการของกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ขยายตัวจากฝรั่งเศสไปสู่อังกฤษ ซึ่งก็ประสบกับสถานการณ์ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยใช้วิธีการลวงขาย (Passing Off)⁸ กันเป็นจำนวนมาก⁹ ทำให้อังกฤษมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการบัญญัติกฎหมายชื่อว่า "The Merchandise Marks Act 1862" และ มีการปรับปรุงเรื่อยมาจนออกมาเป็นกฎหมาย "Trade Marks Registration Act 1875" ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นการสร้างและวางรากฐานระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบเดียวกับฝรั่งเศสได้มีการพัฒนามาก่อนหน้านี้แล้ว เมื่อมีระบบจดทะเบียนและการโฆษณาจึงไม่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิด หรือการอ้างสิทธิโดยไม่สุจริต รวมไปถึงการลวงขายซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายด้วยกันทั้งสิ้น กฎหมายข้างต้นที่กล่าวมานี้เองเป็นแรงผลักดันให้ประเทศอื่นนำเอารูปแบบดังกล่าวไปพัฒนาให้มีรูปแบบคล้ายคลึงกันไม่ว่าจะเป็น เยอรมัน สหรัฐอเมริกา ฯลฯ¹⁰

⁷ Shoen Ono, *Ibid.*, p. 3-4.

⁸ การลวงขาย (Passing Off) หมายถึงการที่บุคคลหนึ่งลวงบุคคลอื่นโดยใช้เครื่องหมายที่มิใช่ของตนในการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการ.

⁹ Shoen Ono, *supra note 5*, p. 2-3.

¹⁰ พัฒนาการทางกฎหมายนั้นมีหลักการและแนวคิดที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันจึงส่งผลให้รูปแบบทางกฎหมายที่คล้ายคลึงเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในระยะเวลาเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในพื้นที่ใด ทรัพย์สินทางปัญญาก็มีหลักการกฎหมายพื้นฐานเช่นเดียวกัน.

กล่าวโดยสรุปได้ว่าการพัฒนาการของความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในกฎหมายมุ่งประสงค์มีการนำเอาเครื่องหมายเข้าสู่ระบบทะเบียนของรัฐเพื่อให้ผู้บริโภคสินค้ารับรู้ได้ว่าสินค้าหรือบริการนี้เป็นของบุคคลใด และในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิไม่ว่าด้วยวิธีการใดย่อมมีบทลงโทษทางกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยรัฐเป็นผู้เข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองและรักษาความเรียบร้อย สาเหตุทั้งหมดนี้ก็เนื่องมาจากสถานการณ์ในสังคมที่การใช้เครื่องหมายเพื่อดำเนินการทางธุรกิจทำให้เครื่องหมายมีมูลค่า หรือสามารถทำประโยชน์ให้แก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิได้อย่างมหาศาล ย่อมเป็นประเด็นให้มีการละเมิดไม่ว่าจะเป็นการลอก การเลียนแบบ หรือ การลงขายเพื่อการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากบุคคลที่สามเป็นเหตุให้เจ้าของเสียผลประโยชน์ กล่าวคือ แนวทางการกำหนดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในเครื่องหมายการค้ามีแนวคิดพื้นฐานมาจากลักษณะการกระทำละเมิดของบุคคลที่สามกฎหมายจึงต้องกำหนดสิทธิให้แก่เจ้าของเพื่อปฏิเสธการกระทำอันเป็นการละเมิด ทำให้กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่พิเศษเพราะเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ทั้งผู้ทรงสิทธิและสังคมไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตามสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายกำหนดข้างต้นเป็นอิสระกับสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเพื่อแสวงประโยชน์โดยชอบธรรม เนื่องจากเป็นสิทธิที่เกิดจากลักษณะทางธรรมชาติโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมามอบให้อยู่แล้ว¹¹

จากการศึกษาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญที่สุดของเครื่องหมายตราสัญลักษณ์ที่ต่างคุณลักษณะและการใช้งานกันไปในแต่ละสาขาต่าง ๆ รวมไปถึงการใช้เครื่องหมายตราสัญลักษณ์ทางการค้านั้น ผู้วิจัยขอเน้นย้ำอีกครั้งว่า คือ การสร้างความแตกต่างระหว่างสิ่งของสินค้า บริการ ฯลฯ ของผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายนั้นให้แตกต่างจากบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นของการใช้เครื่องหมายเพื่อการค้านั้นจักต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าคุณสมบัติข้อนี้จักต้องคงอยู่เสมอ มีอาจถูกล่วงละเมิด ยกเว้น หรือ เพิกถอนได้แต่ประการใด เพราะหากยินยอมให้มีการกระทำเช่นว่านี้แล้ว เครื่องหมายการค้าย่อมเสียสาระสำคัญของตนซึ่งไม่อาจนับองค์ประกอบทางหน้าที่ได้ว่าสิ่งนั้นเป็นเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป กล่าวคือ หากเครื่องหมายการค้าในสัญญาเสียคุณสมบัติในการจำแนกแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหนึ่งกับสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นนั้น เครื่องหมายการค้าย่อมไม่เป็นเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป ดังนั้น ข้อคิดที่เป็นหลักพื้นฐานในการสร้างกฎหมายเครื่องหมายการค้าจะต้องปฏิบัติโดยให้ความเคารพเรื่องดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ไม่ว่าจะเป็นการสร้างบริบทในสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหน้าที่ของบุคคลอื่นที่จะต้องให้ความเคารพสิทธินั้น ลักษณะของการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า รวมไปถึงการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายที่ไม่ว่าจะสร้างด้วยเหตุผลประการใดก็ตาม คุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญที่ได้นำเสนอในส่วนนี้จะต้องคงอยู่เสมอ อย่างไรก็ตามรายละเอียดที่มีใช้สาระสำคัญย่อมสามารถถูกยกเว้นได้เพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ

¹¹ อ่างถึง, ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, “การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีบรรจุกฎบัตรแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 22.

2.3 ลักษณะความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและพัฒนาการทางกฎหมาย

การศึกษาแนวคิดผ่านความเป็นมาเชิงประวัติศาสตร์ของเครื่องหมายการค้าตั้งแต่อดีตกาลที่ได้นำเสนอไปในส่วนข้างต้นนั้นได้แสดงให้เห็นสาระสำคัญหลายประการของเครื่องหมายการค้าด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าที่จะต้องได้รับการยอมรับทั้งทางแนวคิด การสร้างข้อกฎหมาย และข้อยกเว้น คือ การสร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งให้แตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่ง ดังนั้น บริบทของสิ่งที่สำคัญที่สุดสำหรับการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ข้างต้น คือ เพื่อแสดงให้เห็นว่าพัฒนาการของเครื่องหมายการค้านี้มีเอกลักษณ์เฉพาะในตัวของตัวเอง แตกต่างและไม่สามารถเปรียบเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่นได้ ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอถึงแนวคิดที่ได้สังเคราะห์มาจากการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ข้างต้น เพื่อแสดงให้เห็นถึงหลักการความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในเชิงกฎหมายหรือนิติศาสตร์ ต่อเนื่องกับพัฒนาการด้านการสร้างความคุ้มครองและข้อยกเว้นทางกฎหมาย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.3.1 การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย

ทรัพย์สินทางปัญญาตามที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อแรกว่าเป็นสิทธิที่กฎหมายมอบให้แก่ผู้ทรงสิทธิเพื่อเป็นการรับรองและให้ความคุ้มครองเพื่อเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของบุคคลนั้น ในกรณีทรัพย์สินทางปัญญาคือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในหัวข้อนี้จะพิจารณาถึงสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์โดยยึดโยงอยู่กับแนวคิด พัฒนาการที่แสดงให้เห็นทั้งหมด เพื่อนำเสนอถึงความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายบัญญัติที่บังคับใช้กันอยู่ในปัจจุบันว่ามีพัฒนาการแนวคิดใด และสาระสำคัญที่จะต้องนำมาสร้างเป็นกฎหมายด้วยได้แก่สิ่งใดบ้าง โดยหลักแนวคิดของเครื่องหมายการค้า เกิดขึ้นจากการใช้ตราสัญลักษณ์หรือ เครื่องหมายที่บุคคลสร้างขึ้นประทับลงบนสิ่งของต่าง ๆ เพื่อสร้างความแตกต่างระหว่างสิ่งของของตนและของบุคคลอื่นได้ขยายตัวขึ้นเป็นการใช้ของพ่อค้าเพื่อจำแนกแยกแยะสินค้าของตนกับของบุคคลอื่น จึงทำให้เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องมือสำคัญที่ขาดเสียไม่ได้ และมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบการค้าขายและพาณิชย์ เมื่อลักษณะแห่งการใช้เครื่องหมายถูกใช้ในการค้าอย่างแพร่หลายมากขึ้นจึงเกิดพัฒนาการของการใช้ที่แต่เดิมทำหน้าที่เพียงสร้างความแตกต่างระหว่างความเป็นเจ้าของของสินค้าต่อยอดเป็นการบ่งบอกที่มา คุณลักษณะ คุณภาพ ฯลฯ ของตัวสินค้าอีกด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ยิ่งเป็นการย้ำไปถึงความสำคัญของคุณสมบัติในการสร้างความแตกต่าง เพราะนอกจากที่เดิมเครื่องหมายการค้าจะทำหน้าที่สร้างความแตกต่างในบริบทของความเป็นเจ้าของสินค้า แต่ในเวลาต่อการสร้างความแตกต่างได้ขยายอาณาเขตออกไปมากขึ้นจาก จึงทำให้คุณสมบัติดังกล่าวยิ่งมีความสำคัญมากขึ้นไปอีก ดังนั้น จากที่ได้กล่าวไปในขั้นต้นแล้วความสำคัญของเครื่องหมายการค้านี้มีอาจถูกยกเว้นได้ เนื่องจากเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าที่เป็นสิ่งที่แสดงถึงเอกลักษณ์มิใช่เป็นเพียงรายละเอียดส่วนประกอบ

ลักษณะของการใช้เครื่องหมายการค้าทำให้วัฒนธรรมการบริโภคสินค้าของมนุษย์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง เพราะ มนุษย์นอกจากจะให้ความสนใจในตัวสินค้าที่ตนต้องการแล้ว ยังจะต้องให้ความสนใจกับเครื่องหมายที่แสดงออกถึงตัวสินค้านั้นอีกด้วย เพราะ เครื่องหมายจะเป็นการแสดงถึงคุณภาพพิเศษของสินค้านั้น ๆ เมื่อมีการเปรียบเทียบกับสินค้าชนิดเดียวกันของบุคคลอื่น จากลักษณะของสังคมเปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ความสำคัญของเครื่องหมายที่ใช้ในการค้าและพาณิชย์จึงเพิ่มขึ้นเป็นเท่าตัว เพราะ เครื่องหมายการค้ากลับกลายเป็นสิ่งที่มีมูลค่าในตัวเองและสร้างผลประโยชน์อย่างมหาศาลให้แก่เจ้าของโดยเฉพาะเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จัก จดจำได้ของคนในสังคม เป็นเหตุให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายของบุคคลเหล่านั้นจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าจะด้วยวิธีการลอกเลียนแบบ หรือ ลวงขาย ทำให้เจ้าของเครื่องหมายได้รับความเสียหาย ในประเด็นนี้เองที่นักกฎหมายได้เข้ามาวางระบบการจดทะเบียนโดยรัฐเป็นผู้มอบสิทธิให้แก่บุคคลผู้นำเครื่องหมายของตนเข้าระบบทะเบียน ดังนั้น ลักษณะแห่งสิทธิของเครื่องหมายการค้าเป็นไปเพื่อป้องกันมิให้บุคคลอื่นเข้ามาสวมสิทธิแอบอ้างในตัวเครื่องหมายจากเจ้าของที่แท้จริง โดยการที่รัฐจะต้องเข้ามาช่วยเหลือในการสร้างระบบทะเบียน เพื่อเป็นการรักษาสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายมิให้ถูกนำไปใช้แอบอ้าง โดยสิทธิทางกฎหมายที่ระบบทะเบียนมอบให้ คือ สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ในการใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนได้จดทะเบียนเอาไว้กับรัฐ ในส่วนนี้ต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่า สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้นั้น คือ สิทธิในการปฏิเสธมิให้บุคคลอื่นเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของตน ในทางตรงกันข้ามสิทธิในการใช้ตัวเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของมีสิทธิใช้อยู่แล้วโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐแต่อย่างใด¹² กล่าวโดยสรุปนั้น สิทธิในการใช้เจ้าของเครื่องหมายจึงมีสิทธิอยู่แล้ว รัฐมอบสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเพื่อปฏิเสธบุคคลอื่นเพื่อให้สิทธิสมบูรณ์

ในทางตรงกันข้ามการสร้างระบบจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคมมิให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย¹³ เนื่องจากในระบบทะเบียนนั้นกฎหมายจะมีการกำหนดให้ตัวเครื่องหมายนั้นจะต้องมีการประกาศโฆษณาเพื่อให้สังคมได้รับทราบ รวมไปถึงเจ้าของสิทธิของเครื่องหมายอื่นที่อาจถูกละเมิดเพื่อให้มาคัดค้านเครื่องหมายดังกล่าวมิให้ได้รับการจดทะเบียน ซึ่งในประเด็นนี้เองจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายที่สร้างขึ้นมานั้นมีความครบถ้วนกระบวนความอย่างยิ่งเพราะนอกจากจะเป็นการคุ้มครองให้สิทธิแก่เจ้าของแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองสาธารณชนมิให้เกิดความสับสนหลงผิดจากการเครื่องหมายการค้าอีกด้วย ทั้งหมดนี้ก็เป็นไปเพื่อรองรับถึงคุณสมบัติประการสำคัญของเครื่องหมายที่มีขึ้นเพื่อสร้างความแตกต่างสำหรับสินค้าหรือบริการที่เครื่องหมายนั้นได้นำเสนออยู่ให้แตกต่างจากของบุคคลอื่น โดยความแตกต่างนั้นขยายอาณาเขตออกไปจากความเป็นเจ้าของสู่ลักษณะอื่น ๆ อีกหลายประการ

¹² 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.

¹³ เลอสรร ธนสุกาญจน์, *เพิ่งอ้าง*.

2.3.2 พลวัตการคุ้มครองของเครื่องหมายการค้า

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมไปถึงสิทธิในเครื่องหมายการค้าถูกสร้างโดยนักกฎหมายให้เป็นสิทธิชนิดใหม่เพื่อปรับใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างเป็นรากฐานที่มีมาตั้งแต่กำเนิดทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลา จึงส่งผลให้สิทธิเหล่านี้จำเป็นต้องมีการพัฒนาตามไปด้วยเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะพัฒนาการของนวัตกรรมชนิดใหม่จากสาขาวิชาต่าง ๆ รวมไปถึงเศรษฐกิจการค้าที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ความต้องการในการคุ้มครองสำหรับสิ่งของชนิดใหม่ที่ถูกสร้างขึ้นย่อมมีมากขึ้นตามลำดับ เพราะ เมื่อมนุษย์ได้สร้าง คิดค้น ประดิษฐ์ หรือแม้กระทั่งเล็งเห็นถึงผลประโยชน์เพิ่มเติมของสิ่งที่มีอยู่แล้วให้มากขึ้นย่อมส่งผลให้เกิดการนำเอาสิ่งเหล่านี้มาเข้าระบบความคุ้มครองเป็นทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของตน อนึ่งรูปแบบของของสิ่งใหม่ที่ได้รับการสร้างสรรค์ที่กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมนี้อาจเป็นได้ทั้งสิ่งใหม่ที่เพิ่งขึ้นในสังคมมนุษย์เพราะพัฒนาการก้าวหน้าทางเทคโนโลยี หรือไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นใหม่หากเป็นเพียงการหยิบนำเอาสิ่งที่ปรากฏแต่เดิมแล้วมาสร้างหลักการและแนวคิดทางกฎหมายเพื่อสนับสนุน ทำให้ปัจจุบันนี้มีลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ทั้งหมด 8 ชนิดได้แก่ 1. ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง 2. เครื่องหมายการค้า 3. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ 4. การออกแบบอุตสาหกรรม 5. สิทธิบัตร 6. การออกแบบผังภูมิของวงจรรวม 7. การคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย และ 8. การควบคุมการปฏิบัติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันในการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญา แสดงให้เห็นว่าการขยายขอบเขตความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีได้หยุดอยู่ที่การเพิ่มจำนวนของสิ่งที่มนุษย์เห็นว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใหม่เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการตีความสิ่งที่เดิมถูกจัดประเภทและได้รับความคุ้มครองอยู่ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้วเดิม แต่ขยายความให้ได้รับความคุ้มครองในมิติใหม่ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมลักษณะของสิทธิที่มีอยู่แล้ว¹⁴

สำหรับเครื่องหมายการค้าแต่เดิมนั้นได้ถูกยอมรับในฐานะสิ่งใดก็ตามที่บุคคลใช้เพื่อแยกแยะสิ่งของ ๆ ตนออกจากสิ่งของผู้อื่น เช่น ตรา สัญลักษณ์ รูปภาพ ลวดลาย คำ ข้อความ ประโยค ตัวเลข ฯลฯ ต่อมาสังคมได้มีการพัฒนามากขึ้นทำให้การใช้เครื่องหมายการค้าได้รับความนิยมและเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจการค้ามากขึ้นเช่นกัน แต่ก็ยังคงลักษณะสำคัญเดิมไว้ คือเพื่อจำแนกแยกสินค้าให้มีเอกลักษณ์และแตกต่างออกจากกัน ส่งผลให้ในเวลาต่อมาได้ปรากฏแนวคิดการคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ๆ เพราะเมื่อมีสิ่งอื่นที่สามารถทำหน้าที่ได้เช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้า กลุ่มผู้ที่สร้างสรรค์คิดค้น รวมไปถึงกลุ่มผู้ได้รับผลประโยชน์ย่อมเรียกร้องให้ตนมีสิทธิเหนือสิ่งนั้น ยกตัวอย่างเช่น เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายกลิ่น หรือ เครื่องหมายเสียง ดังนั้นลักษณะของการขยายกรอบการตีความเพื่อเพิ่มความคุ้มครองนั้นนับว่าเป็นพลวัตอย่างหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการพิจารณาให้สิทธิทางกฎหมายแก่ผู้ขอรับความคุ้มครองมากขึ้น ซึ่งแนวโน้มทางสังคมนั้นมนุษย์จะพัฒนาตนเองอยู่อย่างต่อเนื่อง¹⁵

¹⁴ ญัตติกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 50.

¹⁵ ญัตติกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, *เพ็ญอ้าง*.

การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ หรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า “Trade Dress” เป็นอีกรูปแบบหนึ่งที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ให้ความคุ้มครองไว้ ซึ่งส่วนประกอบที่พินิจพิจารณาถึงบริบทในคำภาษาอังกฤษ 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 เป็นต้น¹⁶ นอกเหนือไปจากนี้ ส่วนประกอบดังกล่าวยังทำหน้าที่อยู่ในขอบเขตของหลักการเครื่องหมายการค้าเดิม คือ เพื่อใช้จำแนกแยกแยะสินค้าและบริการเพื่อให้บุคคลรับรู้ว่ามี ความแตกต่างกันอย่างไร

ส่วนประกอบของสินค้าและบริการยังเป็นสิ่งที่ช่วยสร้างหรือดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคให้กับตัวสินค้าหรือบริการชนิดนั้น ๆ เสมือนทำหน้าที่เป็นส่วนเสริมของเครื่องหมายไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการเนื่องจากเครื่องหมายจะทำหน้าที่เป็นตัวชี้แนะหรือแยกแยะความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการ และส่วนประกอบได้มีส่วนช่วยในการชี้แนะหรือแยกแยะดังกล่าวเป็นไปได้โดยง่าย สะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการใช้ประสาทสัมผัสทางตาในการบ่งบอกถึงความแตกต่าง แต่อยู่ในขอบเขตที่กว้างกว่าตัวเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการเอง¹⁷ เท่ากับว่าในสินค้าชนิดหนึ่งนั้นความคุ้มครองอาจมิได้ถูกจำกัดเพียงแต่รูปลักษณะของเครื่องหมายเพียงอย่างเดียว แต่ยังได้รวมไปถึงส่วนประกอบที่ทำให้เห็นสินค้านั้นซึ่งนั้นย่อมหมายรวมไปถึงบรรจุภัณฑ์ด้วย อย่างไรก็ตามก็ตักต้องพึงระลึกไว้เสมอว่า ส่วนประกอบของสินค้านี้ต้องตกอยู่ในหลักเกณฑ์องค์ประกอบแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกัน

ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการสามารถกล่าวได้ว่าเป็นพลวัตของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่เพิ่มเติมขึ้นมาซึ่งเป็นการขยายกรอบความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้มีปริมาตรออกไปมากขึ้นกว่าเดิม แต่ก็เป็นที่ไปเพื่อการจำแนกสินค้าและบริการที่เป็นคุณสมบัติสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าเช่นเดิมไม่เปลี่ยนแปลง โดยรูปแบบของความคุ้มครองส่วนประกอบก็เป็นประเด็นที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากเครื่องหมายการค้าที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับตัวบรรจุภัณฑ์ของสินค้า อย่างไรก็ตามดังได้กล่าวไปในส่วนก่อนหน้านี้การขอรับความคุ้มครองยังต้องเป็นไปตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าซึ่งต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์องค์ประกอบของเครื่องหมายซึ่งแน่นอนว่าจะต้องรวมไปถึงต้องเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายเพื่อให้คงไว้ถึงคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนว่าจะต้องไม่มีความเหมือนหรือคล้าย หรือ ทำให้เล็งเห็นถึงคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการที่จดทะเบียนด้วย

¹⁶ มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, “การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น. 7.

¹⁷ มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, *เพิ่งอ้าง*, น. 8.

2.3.3 พลวัตรและการขยายขอบเขตของข้อยกเว้นว่าด้วยเรื่องสุขภาพ¹⁸

นิติศาสตร์หรือกฎหมายจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายบทหลัก ย่อมต้องมีบทยกเว้นเพื่อให้เกิดความสมดุล และความยุติธรรมสูงสุดเท่าที่กฎหมายพึงจะให้ได้ แต่หากกฎหมายไม่มีการบัญญัติข้อยกเว้นไว้ อาจเกิดสถานการณ์ที่มีผลประหลาดจากการบังคับใช้กฎหมายเช่นว่านั้น เนื่องจากกฎหมายไม่อาจอำนวยความสะดวกได้ในสังคมได้ เปรียบเสมือนว่ากฎหมายหากปราศจากบทยกเว้นก็เสมือนกับเส้นด้ายที่ดึงมากเกินไป หากดันทุรังบังคับใช้เส้นด้ายก็จะขาดไปในที่สุด กล่าวคือกฎหมายนั้นจำเป็นต้องมีบทบัญญัติยกเว้นเอาไว้เสมอ ดังนั้น เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายชนิดหนึ่งเช่นเดียวกับกฎหมายอื่น ๆ รวมทั้งแนวคิดเบื้องหลังของทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกสร้างขึ้นโดยพื้นฐานของความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม ทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการสร้างข้อยกเว้นตามกฎหมาย เพื่อให้บริบทของการบังคับใช้นั้นเป็นธรรมกับทุกฝ่าย กล่าวคือแนวคิดการสร้างข้อยกเว้นของทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นไปเพื่อการจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิแล้ว ยังเป็นการกำหนดข้อยกเว้นบางประการเพื่อให้สังคมได้รับผลประโยชน์อีกด้วย

เมื่อมีพัฒนาการของสิทธิในด้านที่มากขึ้นดังที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่แล้ว ย่อมตามมาด้วยพัฒนาการของข้อยกเว้นเช่นเดียวกันเพื่อเป็นจุดสร้างสมดุลสำหรับสิทธิที่เพิ่มขึ้นมานั้น ในประเด็นของข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาพบว่าได้มีการพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง และมีเหตุผลสนับสนุนมากมายหลายประการที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีบริบทอยู่ในชีวิตประจำวันของมนุษย์เกือบจะทุกกระบวนการ และในอีกด้านหนึ่งก็เป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจชิ้นสำคัญเพื่อแสวงประโยชน์และผลกำไร ทำให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างผู้เป็นเจ้าของสิทธิและสาธารณชนอยู่เสมอ สำหรับประเด็นปัญหาในชีวิตและสุขภาพของมนุษย์เข้ามามีบทบาทในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในหลายประเด็นด้วยกัน แต่ประเด็นที่สำคัญและจำเป็นจะต้องกล่าวถึงเสียก่อนคือ ประเด็นว่าด้วยสิทธิในสุขภาพกับสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยา (Right to Health and Access to Patented Medicines) เนื่องจากผลิตภัณฑ์ยาเป็นสิ่งสำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์ประการหนึ่ง เพราะ เป็นสิ่งที่ทำหน้าที่บรรเทาและรักษาโรคร้ายชนิดต่าง ๆ ซึ่งมีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงรูปแบบอันก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตมนุษย์อยู่ตลอดเวลา ดังนั้นผู้ประดิษฐ์คิดค้นผลิตภัณฑ์ยาชนิดใหม่เพื่อรักษาโรคนับว่าเป็นประโยชน์ต่อมนุษยชาติอย่างมหาศาล อย่างไรก็ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้เข้ามามีบทบาทต่อผลิตภัณฑ์ยา โดยให้ความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทสิทธิบัตร ประเด็นปัญหาจึงเกิดขึ้นเมื่อการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยากลับแยกออกเป็นสองฝ่ายที่แสดงทรรศนะคติแตกต่างกัน ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหากต้องการให้คุณภาพของชีวิตมนุษยชาติดีขึ้นนั้นควรจะให้ยารักษาโรคทั้งหลายไม่ตกเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้ใด เนื่องจากจะทำให้การรักษาโรคเป็นไปได้ยากและติดปัญหามากมาย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้บัญญัติและบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นที่เรียบร้อยรัฐภาคีสมาชิกจำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ คือ การให้สิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์ยาที่ครบองค์ประกอบตามกฎหมาย

¹⁸ ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 52.

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ออกโดยองค์การการค้าโลก ความตกลงฉบับนี้ได้มีการบัญญัติความคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา พร้อมกับกำหนดมาตรการยืดหยุ่น (Flexibilities) เพื่อช่วยผ่อนปรนความตึงเครียดของกฎหมายลงเฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ยกเว้นได้ ทั้งนี้ความตกลงทริปส์ยังได้รับการส่งเสริมจากปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์กับสาธารณสุข (Doha Declaration on TRIPs and Public Health) ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมรอบโดฮาที่รัฐสมาชิกต่างเห็นพ้องต้องกันในเรื่องการให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะเรื่องสาธารณสุขทั้งหลาย โดยปฏิญญาได้กำหนดว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องไม่กีดขวางประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อปกป้องสาธารณสุขของประเทศ นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้รัฐภาคีตัดสินใจเองในเรื่องการกำหนดมูลเหตุอันเหมาะสมในการใช้มาตรการบังคับสิทธิ (Compulsory Licensing) ได้¹⁹ ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับหลักการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิและประโยชน์ของสังคมได้เป็นอย่างดี กล่าวโดยสรุปเบื้องต้นได้ว่าผลิตภัณฑ์ยาแม้จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่อาจถูกยกเว้นได้หากเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด เช่น เกิดภาวะโรคระบาด รัฐสามารถอ้างข้อยกเว้นตามกฎหมายเพื่อยกเว้นสิทธิในสิทธิบัตรเสียก่อนเพื่อใช้ผลิตภัณฑ์ยาเข้าช่วยเหลือประชาชนภายในรัฐ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าสิทธิบัตรสามารถถูกยกเว้นได้เช่นเดียวกัน แต่กฎหมายก็กำหนดว่ารัฐจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรนั้น อนึ่งข้อยกเว้นที่ว่าด้วยการรักษาชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นี้จำเป็นต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมด้วยเหตุผล และมีฐานแห่งกฎหมายรองรับด้วย มิใช่ว่ารัฐจะออกมาตรการใดก็ได้ตามอำเภอใจโดยอ้างเพียงเหตุผลในการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์เท่านั้น และประการสำคัญที่สุด คือ มาตรการดังกล่าวต้องมีความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งในการตีความองค์ประกอบทางกฎหมายนั้นจะต้องพิจารณาตามสนธิสัญญาขององค์การการค้าโลกที่จะแสดงให้เห็นในบทต่อไป

ข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีเหตุผลมาจากเรื่องของชีวิตและข้างต้นนี้ได้ถูกยกขึ้นอ้างประกอบกับกรณีของมาตรการบรรจุกัญชาของผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วยเช่นเดียวกัน เพื่อเป็นการสนับสนุนว่ามาตรการดังกล่าวมีความชอบธรรมในการยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเด็นปัญหาสำคัญ²⁰ อย่างไรก็ตามแนวคิดที่จะยกเว้นเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้มีช่องโหว่สำคัญประการหนึ่ง คือ การบังคับเอากับตัวบรรจุกัญชานั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพปรากฏของเครื่องหมายการค้าให้แตกต่างออกไปอย่างสิ้นเชิง

¹⁹ วิมล สิทธิโอสถ, “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.”

²⁰ วิมล สิทธิโอสถ, *เพิ่งอ้าง*.

ลักษณะของมาตรการที่บังคับให้เจ้าของผลิตภัณฑ์บุหรี่ยาสูบจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้าของตนให้แตกต่างจากเดิมนั้น เป็นประเด็นปัญหาสำคัญที่ฝ่ายกฎหมายของผู้ที่เป็นเจ้าของผลิตภัณฑ์ให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง แสดงให้เห็นจากการยกข้อต่อสู้ขึ้นมาจากฝ่ายผู้ผลิตว่า การเปลี่ยนแปลงที่มาตรการบรรจุภัณฑ์บุหรี่ยาสูบที่กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก และ กฎหมายภายในของบางรัฐที่ได้้อนุวัติการไปนั้น ส่งผลให้สาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าได้สิ้นสุดลง เพราะ ตัวเครื่องหมายไม่อาจทำหน้าที่ของตนได้อีก กล่าวคือ ความเป็นเครื่องหมายการค้าที่ตนได้รับสิทธิมาอย่างถูกต้องผ่านระบบทะเบียนเครื่องหมายที่คุ้มครองโดยรัฐนั้นไม่มีอีกต่อไป ซึ่งในประเด็นนี้เองที่ทำให้ข้อโต้แย้งของเจ้าของเครื่องหมายการค้าบุหรี่ยาสูบมีน้ำหนักไปอย่างยิ่ง เพราะดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวแล้วว่าคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญสูงสุดของเครื่องหมายการค้าที่ไม่อาจถูกเพิกถอน แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเว้นได้ คือ คุณสมบัติที่ว่าด้วยการสร้างความแตกต่างหรือแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ที่เครื่องหมายได้ทำหน้าที่นำเสนออยู่ ดังนั้น ประเด็นพิจารณาสำคัญที่จะต้องมีการใช้และการตีความกฎหมายทั้งในภาคส่วนประวัติศาสตร์ที่นำเสนอไปนั้น ประกอบกับกฎหมายบัญญัติทั้งในบริบทระหว่างประเทศและภายในประเทศ คือ รูปแบบของมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสุขภาพที่ไม่มีส่วนขัดหรือแย้งกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นการไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายบทหลัก หรือ การปฏิบัติตามข้อยกเว้นตามกฎหมายซึ่งตัวกฎหมายนั้น ๆ เองได้ยอมรับและให้อำนาจที่จะกระทำได้ไว้ ดังนั้น ในบทต่อไปนี้จะได้นำเสนอถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า และ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย เพื่อนำเสนอถึงความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายบัญญัติที่ถูกสร้างขึ้นกับแนวคิดพื้นฐานของทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าที่ได้นำเสนอแล้วในบทนี้ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ที่ความเหมาะสมสำหรับมาตรการที่บังคับเอากับตัวบรรจุภัณฑ์ของบุหรี่ยาสูบอันเป็นผลสุดท้ายของงานวิจัยเรื่องนี้

บทที่ 3

เครื่องหมายการค้าตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ขององค์การการค้าโลกและพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทย

การศึกษาแนวคิดทางประวัติศาสตร์ในบทที่ 2 นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบแนวคิดหลักการพื้นฐาน รวมไปถึงพัฒนาการของทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าอย่างเป็นองค์รวม โดยการนำเสนอถึงสิ่งดังกล่าวนี้ ทำให้สามารถพิจารณาได้ว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายเครื่องหมายการค้ามีประเด็นจุดร่วมแห่งการพัฒนา ได้แก่ การเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่มนุษย์ใช้เพื่อสร้างผลประโยชน์ จึงมีการเรียกร้องให้เกิดความคุ้มครองในทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตามแม้ว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะมีจุดร่วมกำเนิดอย่างเดียวกัน แต่ทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทหากศึกษาให้ลึกลงไปแล้วนั้นต่างก็มีจุดกำเนิดและพัฒนาการที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเภทอย่างชัดเจน

เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งที่ถูกกำเนิดขึ้นมาอย่างมีเอกลักษณ์และพัฒนาการที่เฉพาะตัวจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ โดยคุณสมบัติและสาระสำคัญนั้น ได้แก่การสร้างความแตกต่างให้เกิดขึ้นระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งให้แตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่งซึ่งในเวลาต่อมาได้ขยายปริมาณออกไปจากเดิมที่มีเพียงความเป็นเจ้าของไปสู่ แหล่งที่มา คุณภาพ รวมถึงความมีชื่อเสียงของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักการเบื้องหลังแห่งเครื่องหมายการค้าแล้ว ในบทที่ 3 นี้จะได้นำเสนอถึงกฎหมายบัญญัติของทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นสาระสำคัญ 2 ฉบับได้แก่ ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศกลางที่เป็นหลักมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิด และ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทย ในฐานะกฎหมายหลักที่อนุวัติการและให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย เพื่อเชื่อมโยงกับหลักการเบื้องหลังข้างต้น ซึ่งจะทำให้เห็นถึงนิติวิธี รวมไปถึงการบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องซึ่งกันและกัน

มาตรการที่บังคับกับบรรจุกฎณ์ของบุหรี่ยาสูบที่ถูกต้องได้แย้งด้วยหลักการและกฎหมายบัญญัติแห่งเครื่องหมายการค้าอันถูกสร้างขึ้นโดยอาศัยหลักเหตุผลว่าด้วยการคุ้มครองสุขภาพซึ่งมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายบัญญัติที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า เพื่อนำไปสู่การมุ่งหาคำตอบที่ว่าแท้จริงแล้วมาตรการที่บังคับกับบรรจุกฎณ์ของบุหรี่ยาสูบตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และ กฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือไม่ทั้งในภาคส่วนที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และ ภาคส่วนที่เป็นกฎหมายภายในประเทศ โดยจะนำเสนอทั้งบทบัญญัติกฎหมายหลักที่ให้ความคุ้มครอง ข้อยกเว้นทางกฎหมาย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ อันมีประเด็นควรพิจารณาถึงด้วย

3.1 ความตกลงทริปส์กับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade Related Aspects in Intellectual Property Rights – TRIPs) ถือกำเนิดขึ้นจากปัญหาความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่แต่เดิมมีความลักลั่นในการให้คุ้มครองเนื่องจากกฎหมายบัญญัติแต่ละรัฐที่แตกต่างกัน นำไปสู่สถานะการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างเป็นวงกว้างเมื่อทรัพย์สินทางปัญญาถูกละเมิดจึงส่งผลกระทบต่อการค้าเพราะตั้งที่กล่าวแล้วว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นพื้นฐานของเศรษฐกิจและการค้า¹ ความตกลงทริปส์จึงถูกสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างบรรทัดฐานกฎเกณฑ์การคุ้มครองขั้นต่ำ (Minimum Standard)² โดยนำเอาหลักการและหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญามาบัญญัติให้สอดคล้องกัน เพื่อให้ปราศจากความขัดแย้งหรือลักลั่นทางกฎหมาย นอกจากนี้ความตกลงทริปส์ยังมีการกำหนดลักษณะของช้อยกเว้นสำหรับสิทธิดังกล่าวเอาไว้ด้วย ซึ่งช้อยกเว้นที่ว่านี้ก็ได้รับแนวคิดมาจากหลักการหลายภาคส่วน ทั้งในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญาเองที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิมกับส่วนที่มีการตกลงสร้างขึ้นใหม่ตามเหตุผลของเรื่องนั้น ๆ ที่รัฐทั้งหลายเห็นต้องตรงกันว่าสามารถเป็นเหตุให้ยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ เพื่อเป็นการรักษาสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม เมื่อความตกลงทริปส์เป็นส่วนหนึ่งขององค์การการค้าโลก รัฐที่เป็นภาคีสมาชิกองค์การฯ มีหน้าที่ในออกกฎหมายอนุวัติการความตกลงทริปส์โดยอัตโนมัติให้เป็นกฎหมายภายใน เพื่อให้หลักความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ในมาตรฐานเดียวกัน³ โดยมาตรฐานที่ว่านี้ส่งผลให้การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเนื่องจากสาระสำคัญทางกฎหมายนั้นจะเป็นเรื่องเดียวกัน ปราศจากความลักลั่นทางกฎหมาย ดังนั้น รูปแบบของกฎหมายที่เหมือนกันทำให้การบังคับใช้และการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ความตกลงทริปส์เป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศหลักที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งแน่นอนว่ารวมไปถึงเครื่องหมายการค้าด้วย ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในรัฐต่าง ๆ ทั่วโลกย่อมเป็นไปในทิศทางเดียวกันตามความตกลงทริปส์นี้ ดังนั้น การศึกษาบทบัญญัติและช้อยกเว้นทางกฎหมายตามความตกลงทริปส์ จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเพื่อให้เกิดการใช้การตีความกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า

¹ Antony Taubman, *A Practical Guide to Working with TRIPs*, (Oxford University Press, 2011), p. 67-70.

² Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, (Oxford University Press, 2007), p. 14-16.

³ Carlos M. Correa, *Ibid*.

3.1.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้มีมาตรฐานการคุ้มครองเช่นเดียวกันทั่วโลกสำหรับรัฐที่เข้าเป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก อย่างไรก็ตาม นอกเหนือไปจากการสร้างมาตรฐานขั้นต่ำนี้ ความตกลงทริปส์ยังมีขึ้นเพื่อการตอบสนองด้านอื่น ๆ ด้วยไม่ว่าจะเป็นเพื่อการถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยี การคุ้มครองด้านสาธารณสุข การลดการบิดเบือนอุปสรรคทางการค้า ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์เช่นเดียวกัน⁴ ทั้งนี้ผู้วิจัยขอเน้นย้ำเป็นประการสำคัญเสียก่อนว่า นโยบายด้านสาธารณสุขนั้นเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครองโดยบริบทแห่งกฎหมายมีพื้นฐานมาจากหลักเหตุผลหลายประการซึ่งก่อตัวขึ้นในฐานะเป็นสิ่งที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องให้การยอมรับไม่ว่าจะผ่านบทกฎหมายหลักหรือการยินยอมให้มีการยกเว้นสิทธิได้ก็ตาม

มาตรการบังคับเข้ากับบรรพบุรุษของบุหรืซิกาแรตที่สร้างขึ้นโดยองค์การการค้าโลกนั้นก็มีสาระสำคัญในการบังคับเพื่อรักษาสุขภาพของมนุษย์ให้ปลอดภัยจากการบริโภคบุหรืซิกาแรตที่ส่งผลอันตรายให้มากที่สุด ดังนั้น สาระสำคัญที่สมควรพิจารณาเป็นอย่างยิ่งคือมาตรการเช่นว่านี้ได้ดำเนินการตามกรอบแห่งการใช้และการตีความกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ความตกลงทริปส์นี้หรือไม่ ซึ่งแนวคิดของการคุ้มครองสุขภาพผู้วิจัยจะได้นำเสนอในส่วนต่อไป

3.1.1.1 เพื่อถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยี

การถ่ายทอดและเผยแพร่เป็นส่วนหนึ่งของการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม เนื่องจากแนวคิดเบื้องหลังของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องยินยอมยกเว้นสิทธิของตนเองบางส่วนเพื่อให้สังคมได้รับผลประโยชน์ โดยเป็นการให้โอกาสบุคคลอื่นนำเอางานที่ได้สร้างสรรค์ออกไปพัฒนาต่อยอดทางเทคโนโลยี ทั้งนี้เหตุผลเบื้องหลังของกฎหมายก็เพื่อให้เทคโนโลยีความเป็นอยู่ของมนุษย์ได้มีการพัฒนาก้าวหน้าอยู่ตลอดเวลา โดยนักคิดค้นพัฒนาสร้างสรรค์สิ่งใหม่ สามารถเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หลักในหัวข้อนี้แล้ว อาจสื่อความหมายถึง “สิทธิบัตร” มากที่สุดเนื่องจากลักษณะของสิทธิบัตรนั้นจะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งใหม่ มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น รวมไปถึงการประยุกต์ใช้เชิงอุตสาหกรรมได้ ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางกฎหมายในการให้สิทธิบัตร⁵

⁴ ขวัญเรือน เพบขุนท, “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้ากับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 57-59.

⁵ 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

3.1.1.2 เพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ

การคุ้มครองสุขโภชนาการเป็นวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ที่เกิดจากการที่รัฐสมาชิกได้เห็นพ้องกันในเรื่องการให้ความคุ้มครองในประโยชน์สาธารณะในฐานะข้อยกเว้นของกฎหมาย แบ่งออกได้สองส่วน ได้แก่

(1) บทบัญญัติทั่วไปปรากฏอยู่ในข้อ 8 ความตกลงทริปส์ในส่วนของหลักการ (Principles)⁶ ที่ให้อำนาจรัฐสมาชิกในการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ โดยที่มาตรการเช่นว่านั้นจะต้องสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ซึ่งในส่วนนี้นั้นเป็นบทบัญญัติที่มีความหมายอย่างกว้างรัฐสมาชิกสามารถใช้ดุลยพินิจในการตีความกฎหมายและอนุวัติการได้อย่างอิสระ และ

(2) บทบัญญัติเฉพาะ หมายถึง บทบัญญัติคุ้มครองเรื่องสาธารณสุขที่แยกบัญญัติอยู่ในแต่ละประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ ซึ่งในส่วนนี้จะมีบริบททางกฎหมายอยู่ภายใต้ข้อ 8 ที่เป็นบทหลักการว่าด้วยการคุ้มครองเรื่องสาธารณสุขเช่นเดียวกัน

ยกตัวอย่างเช่น ข้อ 27 (3) ของความตกลงฯ กำหนดว่ารัฐสมาชิกไม่อาจให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การวินิจฉัย อายุรกรรมและศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์ได้ เพราะสิ่งเหล่านี้ไม่ควรตกเป็นสิทธิบัตรแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่อาจใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่ชอบธรรมและส่งผลกระทบต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในสังคมได้ อนึ่งต้องพึงระลึกไว้ว่าแม้วิธีการในการวินิจฉัยโรคจะไม่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ แต่มิได้รวมไปถึงผลิตภัณฑ์ที่เป็นยาที่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่าผลิตภัณฑ์ยาจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่กฎหมายก็ได้กำหนดมาตรการบังคับสิทธิ เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิเอาไว้ด้วยเช่นเดียวกัน แต่จำกัดเช่นว่านั้นจะต้องอยู่ในระยะเวลาที่จำกัด เช่น การเกิดสภาวะโรคระบาด ทั้งนี้รัฐจะต้องมีการชดเชยในระยะเวลาที่พราวเอาสิทธิบัตรมาจากผู้ทรงสิทธิด้วย นอกเหนือไปจากบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตร ในส่วนของเครื่องหมายการค้าก็มีการกำหนดแนวทางการสร้างข้อยกเว้นไว้ใน ข้อ 17 ว่ารัฐสมาชิกอาจสร้างมาตรการเพื่อจำกัดการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยอ้างเหตุผลเพื่อการคุ้มครองการสาธารณสุขได้เช่นเดียวกัน⁷

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.”

⁶ 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.”

⁷ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, (พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), น. 266-267.

การพิจารณาแนวทางการสร้างช้อยกเว้นข้างต้นไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติทั่วไปหรือบทบัญญัติเฉพาะนั้นก็ไปในทิศทางเดียวกัน คือ การคุ้มครองและปกป้องเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุขซึ่งเป็นประเด็นสำคัญต่อหัวข้อวิจัยของงานฉบับนี้ ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นว่ามาตรการบังคับกับบุหรี่ยาเสพติดก็มีการอ้างถึงประเด็นเหตุผลของสุขภาพเช่นเดียวกัน โดยประเด็นปัญหาข้างต้นจะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าการอ้างหลักเหตุผลเรื่องสาธารณสุขนั้นเป็นหัวใจหลักของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ โดยที่สาระสำคัญของมาตรการที่บังคับเข้ากับบรรจุกฎนั้นนั้นถูกโต้แย้งว่าเป็นการทำลายสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าอันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงทริปส์⁸ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหลักของความตกลงทริปส์นั้นจะพิจารณาตีความและการใช้กฎหมายเพียงแต่ส่วนหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าอย่างเดียว นั้นอาจไม่ถูกต้องเสียทีเดียว เพราะดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอแล้วว่านิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมายนั้นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และแนวคิดปรัชญา บทบัญญัติความคุ้มครองที่กฎหมายมอบให้ และ ช้อยกเว้นทางกฎหมายประกอบกัน

สถานะของวัตถุประสงค์ในกรณีเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะตามความตกลงทริปส์ที่กำลังพิจารณาอยู่นี้จึงต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าเป็นหลักการและวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์มิใช่ช้อยกเว้นทางกฎหมาย เนื่องจากได้รับการบัญญัติเอาไว้ในข้อ 8 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักการของความตกลงทริปส์ อย่างไรก็ตามได้มีการเข้าใจสถานะของวัตถุประสงค์ดังกล่าวผิดไปเนื่องจากตัวบทบัญญัติเป็นการกำหนดให้รัฐสมาชิกสามารถตราช้อยกเว้นความคุ้มครองของทรัพย์สินทางปัญญาได้ หากมีการปฏิบัติและดำเนินการตามเหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงอาจเกิดความสับสนว่าบทบัญญัติข้อ 8 เป็นบทกฎหมายลักษณะที่เป็นช้อยกเว้นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา บริบทของหัวข้อที่ครอบคลุมข้อ 8 ถูกบัญญัติไว้นั้น จะเห็นได้ว่าความตกลงทริปส์ใช้คำว่า “หลักการ” อย่างชัดเจน ส่งผลให้บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่มีสถานะเป็นช้อยกเว้นทางกฎหมาย ในทางตรงกันข้ามบทบัญญัตินี้เป็นเรื่องหลักการของความตกลงทริปส์ที่รัฐสมาชิกต่างเห็นพ้องต้องกันว่าควรจะให้มีการสร้างช้อยกเว้นตามกฎหมายเพื่อช้อยกเว้นหลักเกณฑ์ของทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องมาจากหลักการในส่วนนี้เป็นการตอบสนองสาระสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ หลักการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับผลประโยชน์ของสังคม กล่าวคือ การสร้างช้อยกเว้นเป็นหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้วทั้งตามแนวคิดพื้นฐานและพัฒนาการทางกฎหมาย จึงทำให้การออกช้อยกเว้นทางกฎหมายเป็นการส่งเสริมการสร้างสมดุล ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าแนวคิดเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์หรือการสาธารณสุขเป็นประเด็นสำคัญที่ได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีสมาชิกรวมไปถึงบริบทของกฎหมายให้สามารถยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้⁹

⁸ อ้างถึง, ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, “การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นช้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีบรรจุกฎแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 98.

3.1.1.3 เพื่อลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ

ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจที่สำคัญซึ่งรัฐมักใช้เป็น ส่วนผลักดันให้เศรษฐกิจการค้าการลงทุนมีความเจริญก้าวหน้า ดังนั้นเมื่อพิจารณาในมุมมองนี้เท่ากันว่า การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ด้อยส่งเสริมเศรษฐกิจการค้าและการลงทุน ในทางตรงกันข้าม หากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปด้วยความหละหลวมและล้าล้นย่อมก่อให้เกิด ผลลัพธ์ที่เป็นอันตรายต่อเศรษฐกิจและการค้า เพราะเจ้าของสิทธิที่ไม่ได้รับความคุ้มครองย่อมได้รับ ผลกระทบทางธุรกิจ ซึ่งจะนำไปสู่การยกเลิกการผลิต นำเข้า และ ส่งออก ไปยังรัฐที่เกิดความล้าล้น ในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของ ทำให้การเศรษฐกิจชะลอตัวลง เม็ดเงินจึงหมุนเวียนในระบบน้อยลง ตามไปด้วย สำหรับความตกลงทริพส์ถูกบัญญัติขึ้นภายใต้ต้องการการค้าโลกเพื่อการแก้ไขปัญหา ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน รัฐภาคีจึงเห็นชอบร่วมกันที่จะต้อง บัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นมาตรฐานกลางสำหรับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น ความตกลงทริพส์ที่บัญญัติอยู่ภายใต้ต้องการการค้าโลกจำต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานและวัตถุประสงค์ ขององค์การฯ รวมไปถึงบทบัญญัติทางกฎหมาย ได้แก่ ความตกลงแกตต์เพื่อตอบสนองต่อการพัฒนา เศรษฐกิจและคุ้มครองอุตสาหกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในบริบทของ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา⁹ ดังนั้นจึงสามารถทำความเข้าใจได้โดยง่ายเมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่า หลักการพื้นฐานของความตกลงแกตต์ถูกนำมาบัญญัติในความตกลงทริพส์ เช่น หลักผลปฏิบัติอย่าง คนชาติพื้นเมือง หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หรือแม้แต่วัตถุประสงค์พื้นฐาน คือ เพื่อเป็นการส่งเสริมเสรีทางการค้า เป็นต้น¹⁰

หลักเกณฑ์ทางการค้าที่ถูกนำมาบังคับใช้นี้มีลักษณะเชื่อมโยงกันทั้งใน หลักการและกฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ทางการค้าถูกนำมาบัญญัติซ้ำเอาไว้ในความตกลง ทริพส์ทั้งสิ้น ดังนั้นนอกเหนือจากเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศที่สร้างความ คุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ความตกลงทริพส์ยังเป็นกฎหมายที่ช่วยเหลือและสนับสนุน หลักเกณฑ์ทางการค้าอีกด้วย อนึ่งนอกเหนือไปจากบททั่วไปว่าด้วยสิทธิและการค้าแล้ว ความตกลง ทริพส์ยังมีการบัญญัติข้อยกเว้นของสิทธิ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าสอดคล้องตามความตกลงแกตต์ที่ ยินยอมให้รัฐสมาชิกสามารถออกมาตรการที่กีดกันทางการค้าได้ ในบริบทนี้ คือ การจำกัดสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญาบางประการเพื่อรักษาดุลอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นไว้ รวมไปถึงเป็นการ ตอบสนองต่อหลักการสร้างความสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของ สังคมอีกด้วย กล่าวคือ ทั้งสองหลักเกณฑ์นั้นเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ เพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการสร้างความ สมดุลระหว่างสิทธิ ซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทที่ถูกจัดว่า เป็นเครื่องมือทางการค้าที่สำคัญประเภทหนึ่ง

⁹ TRIPs Preamble “Desiring to reduce distortions and impediments to international trade.”

¹⁰ TRIPs Preamble “the applicability of the basic principles of GATT 1994.”

3.1.2 หลักการทั่วไปของความตกลงทริปส์

เมื่อทราบถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ที่ได้นำเสนอไปข้างต้น อันหมายรวมถึงเรื่องของการคุ้มครองเรื่องสาธารณสุขซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวข้องกับปัญหาหน่วยงานวิจัยหลักแล้ว อีกภาคส่วนหนึ่งที่มีส่วนสำคัญในปัญหาการวิจัยเช่นเดียวกัน คือ หลักการทั่วไปของความตกลงทริปส์ที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการใช้และการตีความตัวกฎหมายด้วยเพื่อประสิทธิภาพสูงสุด ในภาคส่วนนี้ผู้วิจัยขอนำเสนอถึงหลักการขอความตกลงทริปส์ที่สำคัญซึ่งเป็นส่วนประกอบในการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเมื่อจะต้องมีการใช้และการตีความร่วมกับวัตถุประสงค์แห่งความตกลงทริปส์ด้วยเช่นเดียวกัน โดยหลักการทั่วไปของความตกลงทริปส์มีส่วนผสมของหลักการแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแฝงตัวอยู่ด้วยในหลายภาคส่วน ดังนั้น การทำความเข้าใจต่อหลักการของความตกลงทริปส์จึงเป็นตัวอย่างหนึ่งของหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งในส่วนนี้จะเป็นส่วนช่วยในการใช้และการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองส่วนมาพิพาทกัน

3.1.2.1 ความเป็นสิทธิเอกชน

สิทธิในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิเอกชน เนื่องจากจากลักษณะของสิทธินั้นเป็นการที่เอกชนใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อยันระหว่างกัน กล่าวคือ การปรับใช้สิทธิมักเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน ในประเด็นนี้มีผู้เห็นว่า “เมื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิที่ใช้สำหรับการเรียกร้องสิทธิทางทรัพย์สินและเป็นสิทธิเฉพาะของผู้สร้างสรรค์งาน ดังนั้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นสิทธิในทางแพ่งที่มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียกร้องค่าตอบแทน ค่าเสียหาย หรือเรียกร้องเอาค่าใช้สิทธิจากการที่บุคคลอื่นใช้สิทธินั้นโดยมิชอบหรือไม่ถูกต้อง”¹¹ จากข้อความข้างต้นยังเป็นที่ยืนยันว่าลักษณะแห่งสิทธิเป็นการใช้บังคับกันระหว่างตัวเอกชนด้วยกัน ซึ่งเป็นสิทธิเชิงปฏิเสศบุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้ทรัพย์สินของตน อย่างไรก็ตามดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไปถึงส่วนของบริบททางประวัติศาสตร์ ในอีกด้านหนึ่งรัฐจะมีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องเฉพาะบางเรื่องที่มีความจำเป็นเท่านั้น เช่น การจัดตั้งหน่วยงานที่ดูแลงานด้านทะเบียนไม่ว่าจะเป็นลักษณะของการรับจดทะเบียน รับจดทะเบียนข้อมูล หรือ รับการตรวจสอบ นอกเหนือจากนี้รัฐยังเข้ามามีบทบาทในด้านการบัญญัติกฎหมายให้เป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือในบางกรณีอาจสร้างข้อยกเว้นที่เหมาะสมและจำเป็นตามแต่ลักษณะเหตุที่ปรากฏโดยมีรากฐานของกฎหมายยอมรับ อย่างไรก็ตามความตกลงทริปส์เองก็ยินยอมให้มีโทษทางอาญาได้เฉพาะกรณีความเสียหายจากการกระทำโดยจงใจอันเป็นการกระทำในระดับที่เป็นเชิงพาณิชย์เท่านั้น¹²

¹¹ จุมพล ภิญญโณสินวัฒน์ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา, (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 145-148.

¹² 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.”

ประเด็นของสิทธิเอกชนนี้เองที่มีสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาเรื่องมาตรการบรรจุกฎของบุหรี่ยาเสพติดอย่างยิ่ง เนื่องจากการออกกฎหมายและการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวนี้เป็นภาคส่วนที่รัฐเป็นผู้ออกเพื่อบังคับเอกชนให้ต้องปฏิบัติตามซึ่งเป็นลักษณะการบังคับที่เหนือกว่าในกรณีสิทธิระหว่างเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตามจกต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้านั้นจะต้องแยกออกเป็นสองกรณี ได้แก่ การแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของในเครื่องหมายการค้าในลักษณะหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องมีรัฐมามอบให้ ในอีกด้านหนึ่งคือสิทธิที่กฎหมายมอบหมายที่ถูกสร้างขึ้นโดยรัฐซึ่งแยกออกจากส่วนแรกอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากสิทธิความเป็นเจ้าของในส่วนแรกนั้นรัฐไม่มีส่วนเกี่ยวข้องแต่อย่างใด ดังนั้นในบริบทของสิทธิความเป็นเอกชนนี้พึงพิจารณาไว้เสมอว่าจะต้องพิจารณาแยกออกเป็นสองส่วน การพิจารณาแต่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือ พิจารณารวมกันนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากข้อความคิดของทั้งสองส่วนนั้นแตกต่างกัน

3.1.2.2 หลักดินแดน

หลักดินแดนเป็นสาระสำคัญในบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นส่วนหลักของข้อความคิดว่าด้วยสิทธิซึ่งมีนิยามว่า “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง” โดยลักษณะของกฎหมายจะต้องมีที่มาจากรัฐที่ไม่ว่ารัฐนั้นจะอยู่ในระบอบการปกครองใดก็ตาม รัฐต้องมีหน้าที่บัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ตามอำนาจอธิปไตยของตน¹³ เมื่อเป็นเช่นนี้ลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความยึดโยงกับกฎหมายบัญญัติของแต่ละรัฐที่ได้ทำการบัญญัติขึ้น กล่าวคือ รัฐเป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่สร้างกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองโดยผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายภายในรัฐนั้นบัญญัติ¹⁴ ดังนั้น เมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนแล้วรัฐผู้รับการจดทะเบียน หรือ ผู้รับการตรวจสอบเท่านั้นที่จะเป็นผู้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิ มิได้ขยายไปยังอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น¹⁵ ตามที่ได้กล่าวไปในส่วนต้นแล้วว่าหลักการในส่วนนี้จะต้องไม่สับสนกันในบริบทของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่แบ่งแยกออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนของสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่บุคคลมีอยู่แล้วด้วยตนเองตามธรรมชาติ รัฐไม่จำเป็นต้องมามอบให้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงไม่ได้ยึดโยงอยู่กับหลักดินแดนด้วยเช่นกัน ในทางตรงกันข้ามสิทธิอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ สิทธิตามกฎหมายที่บุคคลที่เป็นเจ้าของพึงมีต่อเมื่อรัฐมอบให้ กล่าวคือ เมื่อได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นโดยรัฐตามหลักดินแดนนี้ ซึ่งในส่วนการวิเคราะห์นั้นจะได้นำเสนอให้เห็นแยกประเด็นกันอย่างชัดเจนระหว่างสองสิทธิดังกล่าวนี้

¹³ Graeme B. Dinwoodie, William O. Hennessey, Shira Perlmutter, *International Intellectual Property Law and Policy*, (LexisNexis, 2001), p. 28-34.

¹⁴ สิทธิบัตรเป็นการขอรับความคุ้มครองตามระบบการตรวจสอบ (Examination) ซึ่งมีความคล้ายคลึงแต่มีใช้อย่างเดียวกันกับระบบการจดทะเบียน (Registration) ที่ใช้กับเครื่องหมายการค้า หรือระบบการจดทะเบียน (Recordal) ที่ใช้กับลิขสิทธิ์.

¹⁵ ญูฎกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 101.

3.1.2.3 หลักมาตรฐานขั้นต่ำ

การสร้างมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขั้นต่ำเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญของความตกลงทริปส์ เนื่องจากสถานการณ์ที่เกิดความสับสนในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาแต่เดิม ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันเชิงเศรษฐกิจการค้าว่าจะไม่เกิดความสับสนในการให้ความคุ้มครองลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา โดยความตกลงทริปส์ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเอาไว้ใน ข้อ 1 (1) (Nature and Scope of Obligations) ความว่า “ภายใต้ความตกลงนี้ห้ามภาคีสมาชิกกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่ตนออกอนุวัติการเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความคุ้มครองน้อยกว่าความตกลงนี้กำหนดเอาไว้ แต่จะบัญญัติให้มากกว่าก็สามารถทำได้ซึ่งมิได้มีการบังคับว่าจะต้องกำหนดส่วนเพิ่มเติมให้มากกว่าความตกลงนี้ โดยการอนุวัติการนั้นรัฐสมาชิกมีอิสระโดยพิจารณามาตรการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายและระเบียบการปฏิบัติภายในรัฐของตนเอง แต่ภาคีสมาชิกไม่สามารถออกกฎหมายอนุวัติการให้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติความตกลงนี้ได้”¹⁶

3.1.2.4 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติตามความตกลงทริปส์นี้เป็นส่วนที่กำหนดข้อความคิดเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเสมอภาคกันโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งตามหลักขององค์การการค้าโลกนั้น หมายถึง สองส่วนได้แก่ การให้ความคุ้มครองตามหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง (National Treatment) และ หลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation) ตามบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับการไม่เลือกปฏิบัติตามทั้งสองหลักการนี้ คือ การให้ความคุ้มครอง (Protection) ทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเท่าเทียมกันต่อทุกฝ่าย ความคุ้มครองข้างต้น หมายรวมถึง สภาพการมีอยู่ การได้มาซึ่งสิทธิ ขอบเขตการคุ้มครอง การรักษา และการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ รวมไปถึงสิ่งที่อาจส่งผลในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะที่บัญญัติไว้ในความตกลงฉบับนี้¹⁷

¹⁶ 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.”

¹⁷ 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.”

3.1.2.5 หลักการสร้างความสมดุล

การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์แห่งสังคมนั้นได้กล่าวถึงแล้วว่าเป็นหลักการเบื้องหลังของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานจนถึงปัจจุบัน เป็นที่แน่นอนว่าหลักการดังกล่าวจะต้องรับการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเช่นเดียวกัน ปรากฏในความตกลงทริปส์ข้อ 7 และ ข้อ 8 ได้แก่ “ร่วมกันตระหนักถึงวัตถุประสงค์ของนโยบายสาธารณะในประเทศต่าง ๆ สำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการพัฒนาและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์”¹⁸

ข้อ 7 “การคุ้มครองและบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี การถ่ายทอดและการแพร่กระจายทางเทคโนโลยี เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้สร้างสรรค์และผู้ใช้ข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีและในลักษณะที่นำมาสู่ผลประโยชน์ของสังคมและเศรษฐกิจและเพื่อการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ”¹⁹

ข้อ 8 “1. ประเทศภาคีอาจบัญญัติหรือแก้ไขกฎหมายและกฎเกณฑ์ภายในของตนเพื่อที่จะกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องสาธารณสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับความจำเป็นอย่างสำคัญในการพัฒนาสภาพสังคมเศรษฐกิจและการพัฒนาทางเทคโนโลยี ทั้งนี้มาตรการที่กำหนดขึ้นนั้นต้องสอดคล้องกับบทบัญญัตินี้

2. มาตรการที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในความตกลงนี้อาจมีความจำเป็นต้องถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันการอ้างใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ชอบของเจ้าของสิทธิ หรือเพื่อป้องกันทางปฏิบัติต่าง ๆ ที่มีผลเป็นการกีดกันการค้าอย่างไม่สมเหตุผล หรือที่เป็นผลกระทบต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ”²⁰

¹⁸ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา,” (ดุสิตนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 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.”

¹⁹ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เฟิ่งอ้วง*, 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.”

²⁰ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เฟิ่งอ้วง*, น. 205-206; TRIPs Article 8, *supra note* 108.

เมื่อพิจารณาข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องความสมดุลแล้ว แสดงให้เห็นว่า ความตกลงทริปส์ให้ความสำคัญต่อการสร้าง “ความสมดุล” เอาไว้หลายส่วนด้วยกัน ในส่วนแรกของ อารัมภบทนั้น ความสมดุลที่ความตกลงทริปส์ต้องการสร้าง คือ การพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ให้มีความก้าวหน้า ซึ่งหากพิจารณาจากมุมมองนี้ตัวทรัพย์สินทางปัญญาที่สื่อถึงน่าจะเป็นทรัพย์สินอุตสาหกรรมบางประเภท อาทิเช่น สิทธิบัตรซึ่งเป็นการคุ้มครองความคิดในการสร้างสิ่งประดิษฐ์หรือกรรมวิธีที่ส่วนใหญ่มาจากหลักการเชิงวิทยาศาสตร์ซึ่งกฎหมายต้องการจูงใจให้ผู้สร้างสรรค์งานคิดค้นงานขึ้น²¹ โดยจะให้สิ่งตอบแทนเป็นสิทธิเด็ดขาดทางกฎหมายให้นำไปบริหารเพื่อแสวงประโยชน์ในเวลาที่ยกจำกัด ในทางตรงกันข้าม เจ้าของงานจะต้องเปิดเผยรายละเอียดในชิ้นงานของตนให้สาธารณะได้รับรู้ด้วยเช่นเดียวกัน ในส่วนของข้อ 7 นั้น สังเกตได้ว่าบทบัญญัติมุ่งไปที่เรื่องความก้าวหน้า การเผยแพร่ทางเทคโนโลยีเป็นส่วนแรก และอีกส่วนหนึ่งที่ว่าด้วยความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในส่วนแรกนั้นจะคล้ายคลึงกับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่ความตกลงทริปส์มุ่งส่งเสริมให้ประโยชน์แก่สังคมและผู้ทรงสิทธิให้มีความเหมาะสม อนึ่งในส่วนหลังนั้นมีการบัญญัติคำว่าความสมดุลเอาไว้อย่างชัดเจน ในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องระหว่างผู้ทรงสิทธิและประโยชน์ทางสาธารณะที่ควรได้รับจากการบัญญัติและกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นสิทธิและหน้าที่ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ได้รับสิทธิบัตรจะได้รับสิทธิเด็ดขาดในระยะเวลาที่ยกจำกัด แต่ก็มีหน้าที่ในการเปิดเผยรายละเอียดแก่สังคม และเมื่อสิทธิบัตรนั้นสิ้นอายุไปก็จะตกเป็นทรัพย์สินของส่วนรวม หรือ สาธารณสมบัติ (Public Domain)

สำหรับข้อ 8 นั้น ได้กล่าวไปแล้วในส่วนของหัวข้อว่าด้วยวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ในเรื่อง “เพื่อคุ้มครองสาธารณสุขโภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ” จึงไม่ขอกล่าวซ้ำในรายละเอียดเนื้อหา ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้กลับมาปรากฏตัวอีกครั้ง ในลักษณะของการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิเช่นเดียวกันกับเรื่องวิทยาศาสตร์ และ เทคโนโลยีก่อนหน้านี้ บทบัญญัติข้อ 8 มีวิธีการบังคับใช้เช่นเดียวกับ ข้อ 7 คือมีสถานะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดกรอบพื้นฐานสำหรับข้อบทยื่น ๆ ในความตกลงทริปส์ และเป็นบริบทพื้นฐานที่ประเทศภาคีต้องใช้เป็นกรอบในการตีความบทบัญญัติของความตกลงทริปส์²² ซึ่งถือว่ามีสถานะพิเศษในการกำหนดวัตถุประสงค์และหลักการให้ประเทศภาคีใช้และตีความข้ออื่น ๆ ในความตกลงเพื่อให้สามารถสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและประโยชน์สาธารณะโดยอ้างหลักเหตุผลจากทั้งข้อ 7 และ ข้อ 8 เป็นหลักในการตีความ

²¹ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เพ็ญอ่าง*, น. 203.

²² จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เพ็ญอ่าง*, น. 206; “Section B of The Doha Ministerial Conference in Part One ระบุถึงการใช้ข้อ 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 Greaves, *The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis 2ed*, (London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 81.

เมื่อได้ศึกษาวัตถุประสงค์และหลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์อย่างครบถ้วนแล้ว แสดงให้เห็นได้ว่าลักษณะการบัญญัติแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงทริปส์นั้นได้รับรองเอาหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้นำเสนอมาที่บทกอนหนานี้ได้อย่างครบถ้วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่อง หลักการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์แห่งสังคมที่จัดว่าเป็นหลักการเบื้องต้นหลังประการสำคัญที่สุดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยบริบทของกฎหมายนั้นได้ยอมรับเอาหลักการดังกล่าวออกมาในรูปแบบของข้อยกเว้นทางกฎหมาย ซึ่งข้อยกเว้นเช่นว่านั้นมีได้ทั้งที่เป็นข้อยกเว้นในเรื่องที่เฉพาะเจาะจง และข้อยกเว้นทั่วไป กล่าวคือ การสร้างข้อยกเว้นของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคมนั้นเอง

การสร้างข้อยกเว้นนี้เองจึงเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาประเด็นที่งานวิจัยฉบับนี้ได้ตั้งขึ้น เนื่องจากมาตรการที่บังคับกับบรรจุกณ์ของบุหรืซิกาเรตที่ออกโดยกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกนั้น ถูกโต้แย้งและตั้งข้อสังเกตว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่เป็นประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาอันได้รับผลกระทบโดยตรง ดังนั้น เมื่อมาตรการที่บังคับเอากับบรรจุกณ์ของบุหรืซิกาเรตเป็นการขัดแย้งกับบทบัญญัติทางกฎหมายที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าแล้ว ย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้ จึงควรยกเลิกหรือปรับปรุงมาตรการดังกล่าวให้มีความเหมาะสมโดย สาระสำคัญ คือ จะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหรือเครื่องหมายการค้า อย่างเป็นอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามข้อกล่าวอ้างเช่นนี้ผู้วิจัยเห็นว่ายังไม่ครบถ้วนเสียทีเดียวในเรื่อง การวิเคราะห์เหตุผลทางกฎหมาย เพราะยังขาดการพิจารณาบริบทการศึกษาในข้อยกเว้นทางกฎหมายซึ่งเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่ง เพราะข้อโต้แย้งดังกล่าวนั้นเป็นการมุ่งพิจารณาถึงสิทธิทางกฎหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพียงอย่างเดียว โดยมิได้พิจารณาเหตุผลว่าข้อยกเว้นทางกฎหมายนั้นแท้จริงแล้วอนุญาตให้สามารถออกมาตรการเช่นว่านั้นหรือไม่ กล่าวโดยสรุปคือมาตรการ บังคับกับบรรจุกณ์ของบุหรืซิกาเรตนั้นได้ออกตามข้อยกเว้นแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อหนึ่งของวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ คือการปกป้องเรื่องสาธารณสุขของมนุษย์ซึ่งตรงกับเหตุผลในการสนับสนุนมาตรการบรรจุกณ์ที่ปราศจากสีสน้อย่างชัดเจน

ในส่วนต่อไปนี้จะได้พิจารณาถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ารวมไปถึงข้อยกเว้นทางกฎหมายตามความตกลงทริปส์โดยการศึกษาที่นอกจากจะศึกษาในประเด็นเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้วิจัยได้เพิ่มเติมประเด็นเรื่องการให้ความคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ เพื่อศึกษาเป็นกรณีเฉพาะในการตอบประเด็นปัญหาวิจัยให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้การศึกษาในส่วนของความตกลงทริปส์จะได้ผนวกการศึกษาเกี่ยวกับปฏิญญาสากลโดฮากับการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอีกหนึ่งฉบับที่ทำหน้าที่ในการเสริมหลักเหตุผลในการคุ้มครองสุขภาพกับประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์นี้ว่าจะสามารถใช้สนับสนุนในการออกมาตรการที่บังคับเอากับบรรจุกณ์ของบุหรืซิกาเรตได้หรือไม่ และหากสามารถทำได้จะทำได้ด้วยเหตุผลสนับสนุนในฐานะข้อยกเว้นทางกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลัก

3.1.3 การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขั้นต่ำ โดยมีประเภทแห่งการคุ้มครองที่หลากหลาย เครื่องหมายการค้าเป็นหนึ่งในประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่ความตกลงทริปส์ให้การคุ้มครอง ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอถึงหลักเกณฑ์การคุ้มครองเครื่องหมายการค้า รวมไปถึงข้อยกเว้นทางกฎหมาย ทั้งนี้จะได้พิจารณาถึงส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่จัดว่าเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่งด้วย

3.1.3.1 องค์ประกอบของเครื่องหมายการค้า

องค์ประกอบแห่งการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้นมิได้เป็นสาระสำคัญในการได้รับสิทธิความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ในทางตรงกันข้ามจากที่ได้กล่าวถึงแล้วข้างต้นว่าระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้นเป็นระบบที่ถูกสร้างขึ้นโดยรัฐเพื่อให้ความคุ้มครองทางกฎหมายบางประการตามสิทธิที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ ทั้งนี้ผู้ที่ต้องการได้รับความคุ้มครองจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการเพื่อให้ได้สิทธิดังกล่าวด้วย กล่าวคือ การให้สิทธิทางกฎหมายต่อเครื่องหมายการค้านี้ จะต้องเป็นเครื่องหมายที่ปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่รัฐกำหนดไว้จึงจะเข้าข่ายรับพิจารณาจดทะเบียน ในประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้า นั้นความตกลงทริปส์ที่เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากลางได้กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายนั้น จะเป็นสัญลักษณ์รูปแบบใด ๆ ก็ได้ไม่ว่าจะเป็นรูปภาพ คำ หรือ ตัวเลข ฯลฯ²³ ที่สามารถใช้จำแนกสินค้าและบริการออกจากกันได้โดยที่เครื่องหมายการค้า หรือ เครื่องหมายบริการนั้นมีสาระสำคัญอยู่ที่ “จะต้องไม่เป็นการสื่อให้เห็นโดยตัวของเครื่องหมายเองถึงลักษณะของสินค้าหรือบริการที่เครื่องหมายนั้นทำหน้าที่ในการนำเสนอ”²⁴ เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ เพราะ คำหรือข้อความที่สื่อถึงสินค้าและบริการอย่างชัดเจนนั้นไม่ควรตกเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้ใด มิฉะนั้นจะเกิดผลร้ายต่อสังคมได้ เนื่องจากบุคคลอื่นจะไม่สามารถใช้คำเหล่านั้นได้อีกเลย กล่าวโดยสรุปข้อความที่ได้อธิบายนี้ นักกฎหมายใช้คำว่า “ลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctive)” ในตัวเอง²⁵ เพื่อเป็นการอธิบาย กล่าวคือ เครื่องหมายที่สามารถรับจดทะเบียนได้จะต้องไม่มีลักษณะที่ไม่บ่งเฉพาะ (Distinctiveness) ที่สื่อถึง ลักษณะ คุณสมบัติ หรืออย่างอื่นอย่างใดของสินค้าและบริการ

²³ 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.”

²⁴ อ่านและแปลมาจากข้อความของ, TRIPs Article 15 “Where signs are not inherently capable of distinguishing the relevant goods or services.”

²⁵ จักรกฤษณ์ ควรวพจน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 267-268.

ความตกลงทริปส์นอกจากที่จะกำหนดให้มีกรณีของลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเครื่องหมายการค้าแล้ว ในอีกด้านหนึ่งความตกลงทริปส์ยังยินยอมให้เป็นดุลยพินิจของรัฐสมาชิกที่จะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ (Distinctive Through Use)²⁶ ซึ่งรูปแบบและเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองนั้นเป็นอิสระที่รัฐสมาชิกจะสามารถกำหนดได้²⁷ โดยเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้นั้น เริ่มต้นจากแนวคิด และลักษณะของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลายประเด็นด้วยกัน ได้แก่ ประเด็นแรกเมื่อบุคคลใช้ความวิริยะอุตสาหะของตนในการใช้เครื่องหมายไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ เพื่อสร้างให้เครื่องหมายการค้าของตนให้เป็นที่รู้จัก และยอมรับ และ ประเด็นที่สองเมื่อบุคคลหนึ่งสามารถสร้างเครื่องหมายการค้าหรือบริการของตนให้มีชื่อเสียงจนเป็นที่รู้จักภายในสังคมแล้ว ย่อมมีผู้ต้องการแสวงประโยชน์โดยมิชอบตามกฎหมายจากเครื่องหมายดังกล่าว เนื่องจากในทางปฏิบัติเป็นที่ทราบกันดีว่ายิ่งเครื่องหมายมีชื่อเสียงมาก เท่ากับว่าสินค้าที่มาจากเครื่องหมายดังกล่าวย่อมมีผู้ต้องการเป็นจำนวนมากเช่นเดียวกัน และประเด็นสุดท้าย คือ การคุ้มครองประโยชน์ของสังคม เนื่องจากเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหากไม่ได้รับสิทธิประการใดเลย อาจเกิดการลวงขายสินค้าได้ ซึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดความสับสนของประชากรในสังคมและนำไปสู่การสร้าง ความเสียหายหลายประการ

การใช้เครื่องหมายจนมีชื่อเสียงแพร่หลาย เป็นการสร้างชื่อเสียงในทางการค้า หรือที่เรียกว่า “กู๊ดวิลล์” (Goodwill) ดังนั้นกฎหมายจึงต้องมีส่วนเข้ามาให้ความคุ้มครองด้วยเช่นเดียวกัน เพื่อป้องกันการกระทำอันมีลักษณะฉ้อโกง และหลอกลวงผู้บริโภคในแหล่งที่มาแห่งสินค้า²⁸ ความเป็นเจ้าของ คุณภาพของสินค้า ฯลฯ ซึ่งเป็นผลตามมาให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิในเครื่องหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตามจกต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้น อาจได้รับความคุ้มครองในสองส่วนด้วยกัน คือ ส่วนแรก คือ การคุ้มครองในลักษณะลวงขาย เพื่อเป็นการป้องกันบุคคลที่สามเข้ามาแสวงประโยชน์อันมิชอบธรรมจากเครื่องหมายที่ตนไม่มีสิทธิ ซึ่งในส่วนแรกนี้กฎหมายให้ความคุ้มครองโดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนตามกฎหมาย และในส่วนที่สอง คือ ส่วนที่ว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ ซึ่งในประเด็นนี้มีใช้สิทธิทางกฎหมายอย่างส่วนแรก แต่เป็นส่วนที่ว่าด้วยองค์ประกอบทางกฎหมายที่ยินยอมให้สิ่งที่ไม่มิลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองสามารถนำมาจดทะเบียนได้ หากมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ กล่าวโดยสรุป คือ เครื่องหมายการค้าที่อาจขอรับความคุ้มครองทางระบบการจดทะเบียน จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะไม่ว่าด้วยตัวเองหรือบ่งเฉพาะที่มาจากการใช้ ลักษณะบ่งเฉพาะเป็นสาระสำคัญที่สุดของเครื่องหมายการค้า เพราะเป็นสิ่งที่สร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าและบริการ หากขาดไปซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะเท่ากับว่าเครื่องหมายนั้นไม่มีลักษณะความเป็นเครื่องหมายอีกต่อไป

²⁶ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *เฟื่องอ้าง*, น. 269.

²⁷ TRIPs Article 15 “Members may make registrability depend on distinctiveness acquired through use.”

²⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)*, (พิมพ์ครั้งที่ 9, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม 2555), น. 283.

3.1.3.2 สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า

ความตกลงทริปส์ได้มีการกำหนดสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าเอาไว้ ใน ข้อ 16 ใจความสำคัญว่า “ผู้ทรงเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วนั้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการหวงกันบุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายของตนโดยไม่ได้รับความยินยอมไม่ว่าเครื่องหมายที่ใช้จะมีลักษณะที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันในการใช้กับผลิตภัณฑ์จำพวกที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันจนอาจทำให้เกิดความสับสนหลงผิดในเครื่องหมายการค้าได้”²⁹ บทบัญญัติข้างต้นสามารถแยก ลักษณะการพิจารณาออกเป็นองค์ประกอบทางกฎหมายได้ ดังนี้

(1) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการห้ามบุคคลอื่นเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าที่ ตนเป็นเจ้าของสิทธิโดยการจดทะเบียนนั้น แสดงให้เห็นถึงประเภทแห่งสิทธิที่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นใน กรณีนี้นิยามกำหนดให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว³⁰ ในกรณีนี้ คือ เครื่องหมายการค้ามีลักษณะเป็น สิทธิปฏิเสธ (Negative Rights) หมายถึง กฎหมายได้มอบสิทธิแก่เจ้าของสิทธิในการปฏิเสธบุคคลอื่น เข้ามาใช้สิทธิของตนโดยมิได้รับอนุญาต มิใช่เป็นกรณีที่กฎหมายมอบสิทธิให้เจ้าของสิทธิกระทำการ เพราะดังที่กล่าวแล้วว่าเจ้าของสิทธิสามารถแสวงประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้อยู่แล้ว โดยมีจำต้องได้รับอนุญาตจากรัฐตามสิทธิความเป็นเจ้าของตามธรรมชาติ³¹ ความเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้านี้บุคคลสามารถมีได้ด้วยตนเองรัฐมิได้มอบให้

กล่าวโดยสรุป คือ สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้านี้จะต้องแบ่งแยก การพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก กฎหมายมอบสิทธิในการปฏิเสธบุคคลอื่นโดยมี สาระสำคัญคือ บุคคลอื่นนั้นจะต้องเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมาย การค้าของเจ้าของสิทธิ ดังนั้น สิทธิที่กฎหมายมอบให้จึงจำกัดอยู่ที่การปฏิเสธเครื่องหมายการค้าที่ เหมือนหรือคล้ายเพื่อวัตถุประสงค์ในการจำแนกแยกแยะสินค้าและบริการให้แตกต่างกันอย่างชัดเจน โดยไม่ก่อให้เกิดความสับสนจากการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายระหว่างกัน

²⁹ 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.”- หมายเหตุ: แปลโดยผู้วิจัย.

³⁰ เลอสรร ฌนสุกาญจน์, “การบริหารจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี,” *อ้าวไว้ เจริญธรรมที่ 63*, ดร. เลอสรร กล่าวว่า “ความหมายของคำว่า “Exclusive Rights” เหมือนกับ “Negative Rights” กล่าวคือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ สิทธิในการปฏิเสธ ซึ่งอาจมีการแปลคำดังกล่าวแตกต่างกันออกไปได้ เช่น “สิทธิหวงกัน” “สิทธิแต่เพียงผู้เดียว” หรือ “สิทธิเด็ดขาด.”

³¹ เลอสรร ฌนสุกาญจน์, *เพ็งอ้าว*.

กรณีที่สอง คือ สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อแสวงประโยชน์ ในส่วนนี้เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ต้องขอความยินยอมจากรัฐเพื่อกระทำการดังกล่าว เนื่องจากสิทธิความเป็นเจ้าของนั้นรัฐไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการมอบให้ แต่กับเกิดจากบุคคลนั่นเองที่ประสงค์จะแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์อยู่แล้ว³² จึงมิได้ยึดโยงอยู่กับอำนาจรัฐและหลักดินแดน จึงไม่ต้องขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือระบบทะเบียนที่รัฐสร้างขึ้น ดังนั้น หลักการนี้มีความจำเป็นที่จะต้องแยกการพิจารณาระหว่างสองสิทธิให้ชัดเจน โดยไม่ขึ้นกับระบบการจดทะเบียนที่รัฐเป็นผู้สร้างขึ้น

(2) การใช้เครื่องหมายการค้า ในบริบทของกฎหมายจะต้องเป็นการใช้เพื่อทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้าเท่านั้นจึงจะเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามระบบทะเบียนและกฎหมาย กล่าวคือ การใช้ในลักษณะอื่นที่ไม่ได้มุ่งประสงค์เพื่อใช้อย่างเครื่องหมายการค้าไม่ได้เป็นการละเมิดสิทธิแต่อย่างใด ทั้งนี้จะต้องพึงระลึกเสมอว่าการใช้ตามองค์ประกอบนี้จะยึดโยงอยู่กับองค์ประกอบแรกที่ว่า การใช้อย่างเครื่องหมายการค้าจะต้องเกิดกับกรณีเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเจ้าของเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ในสององค์ประกอบแรกนี้ทำให้เห็นได้ว่าสิทธิตามกฎหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั่นคือ สิทธิในการปฏิเสธบุคคลอื่นที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตนอย่างวัตถุประสงค์ที่เป็นเครื่องหมายการค้าด้วย ซึ่งคำอธิบายทั้งหมดนี้ก็เพื่อนำไปสู่องค์ประกอบที่สามซึ่งเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าได้แก่เพื่อป้องกันการทำให้เกิดความสับสนหลงผิด

3) การทำให้เกิดความสับสนหลงผิด เจตนารมณ์ของเครื่องหมายการค้า นั้น มีขึ้นเพื่อมิให้ประชากรรัฐในฐานะผู้บริโภคสินค้าหรือบริการสับสนหลงผิดต่อการเลือกซื้อสินค้าหรือใช้บริการ ดังนั้น การดำเนินตามเจตนารมณ์เช่นว่านั้นจะต้องมีอยู่ต่อไป แสดงให้เห็นผ่านกฎหมายบัญญัติที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าเครื่องหมายการค้าที่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายจะต้องไม่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันจนเป็นการทำให้ประชาชนเข้าใจผิดว่าสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้านี้มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้า³³

ผู้วิจัยขอสรุปประเด็นสิทธิตามความตกลงทริพส์นี้ว่าเป็นสิทธิที่กฎหมายสร้างขึ้นเพื่อเคารพหลักการสำคัญที่สุดของเครื่องหมายการค้า คือ การสร้างเอกลักษณ์ความแตกต่างระหว่างสินค้าของบุคคลหนึ่งจากบุคคลอื่นซึ่งผู้วิจัยได้เน้นย้ำมาโดยตลอดตั้งแต่การค้นคว้าที่นำเสนอในบทที่ 2 แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนผ่านลักษณะของสิทธิที่ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันการแสวงประโยชน์โดยมิชอบโดยการก่อให้เกิดความสับสนหลงของสังคมที่ย้อนไปถึงต้นของหลักการที่ว่า การยินยอมให้การกระทำแบบนี้เกิดขึ้นเท่ากับเป็นการปล่อยให้เอกลักษณ์และความแตกต่างของสินค้าหรือบริการหมดลง เท่ากับเป็นการหมดวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าด้วยเช่นเดียวกัน

³² Karen I. Vaughn, “John Locke and the Labor Theory of Value,” *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 2, No. 4, p. 312.

³³ จักรกฤษณ์ ควรรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 277.

3.1.3.3 ข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีสาระสำคัญ คือ หลักการสร้างสมดุลระหว่างผู้ทรงสิทธิและผลประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายได้กำหนดและบัญญัติออกมาในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดไว้ในองค์ประกอบหรือบริบทแห่งสิทธิ หรือ แม้กระทั่งการกำหนดข้อยกเว้นทางกฎหมาย ดังที่กล่าวไปแล้วในหลักการของความตกลงทริปส์ที่ในส่วนที่ว่าด้วยข้อยกเว้นนั้นสามารถแบ่งอธิบายได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ข้อยกเว้นทั่วไปที่เป็นบทบัญญัติกลางของความตกลงทริปส์ และ ข้อยกเว้นเฉพาะที่บัญญัติไว้อย่างเฉพาะเจาะจงสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาชนิดนั้น ๆ ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอถึงข้อยกเว้นเฉพาะกรณีของเครื่องหมายการค้าที่มีการบัญญัติและมีคำอธิบายทางกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) ข้อยกเว้นเฉพาะของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ได้รับการบัญญัติในข้อ 17 เป็นการกำหนดข้อยกเว้นสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าในความสำคัญดังนี้ “บรรดารัฐสมาชิกอาจกำหนดให้มีข้อยกเว้นที่จำกัดต่อสิทธิที่เกิดขึ้นจากเครื่องหมายการค้า เช่นการใช้อย่างเป็นธรรมซึ่งข้อความพรรณนาต่าง ๆ ภายใต้เงื่อนไขว่าข้อยกเว้นเช่นว่านั้นได้คำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สาม”³⁴ จากบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบทางกฎหมาย จะเห็นได้ว่าความตกลงทริปส์อนุญาตให้มีการยกเว้นสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ โดยจะต้องคำนึงถึงประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของและบุคคลที่สาม การกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายข้างต้นนั้นมีความหมายกว้างเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากความตกลงทริปส์มิได้บอกเงื่อนไขอื่นแต่อย่างใด โดยเป็นการเปิดกว้างกฎหมายให้มีการตีความตัวอย่างอื่นเพิ่มเติม ดังนั้น เมื่อลักษณะของข้อยกเว้นอนุญาตให้มีการตีความได้อย่างอิสระ จึงอาจสรุปได้ว่าการสร้างข้อยกเว้นของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ความตกลงทริปส์ยังเปิดกว้างให้รัฐกระทำได้ตามเงื่อนไขเรื่องการสร้างสมดุลระหว่างเจ้าของสิทธิและผลประโยชน์ของสังคมได้ ประกอบกับการอ้างเหตุผลอื่นในการสนับสนุนการสร้างข้อยกเว้นของตน ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจึงอยู่ที่การตีความบทบัญญัติที่สร้างขึ้นไว้อย่างกว้างเพื่อให้มีความยืดหยุ่น ดังนั้น ในกรณีมาตรการคุ้มครองสุขภาพกับบรรพบุรุษของบุหรี่ยาสูบนั้นจึงมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าสามารถทำได้ เนื่องจากเหตุผลในการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์นั้น เป็นวัตถุประสงค์และหลักความสมดุลของความตกลงทริปส์ข้อ 8³⁵ อย่างไรก็ตามการอ้างเหตุผลเรื่องการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องมีการสร้างมาตรการข้อยกเว้นให้ได้สัดส่วนและมีความเหมาะสมเพื่อเป็นการเคารพทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ด้านสาธารณสุขด้วย

³⁴ 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.”

³⁵ จุมพล ภิญญินวัฒน์ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11*, น. 149-164.

(2) การใช้เครื่องหมายการค้าโดยปลอดจากการถูกกีดขวาง บัญญัติเอาไว้ในข้อ 20 ความว่า “การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าจะต้องไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่สมเหตุสมผลโดยข้อกำหนดพิเศษ เช่น ข้อกำหนดที่ห้ามการใช้ร่วมกับเครื่องหมายการค้าอีกอันหนึ่ง ข้อกำหนดที่ให้ใช้เครื่องหมายการค้าในรูปแบบพิเศษ หรือให้ใช้ในลักษณะที่ก่อความเสียหายความสามารถของเครื่องหมายการค้าในการจำแนกสินค้าหรือบริการที่เป็นของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น บทบัญญัติข้างต้นมิให้ใช้บังคับกับข้อกำหนดว่าด้วยการใช้ร่วมกัน แต่ไม่เชื่อมโยงกัน ซึ่งเครื่องหมายที่บ่งชี้กิจการที่ผลิตสินค้าหรือบริการนั้น กับเครื่องหมายการค้าซึ่งจำแนกกว่าเป็นสินค้าหรือบริการดังกล่าวที่เป็นของกิจการนั้น”³⁶ บทบัญญัติดังกล่าวเกิดขึ้นจากกรณีทางปฏิบัติที่รัฐบางรัฐเลือกที่จะสร้างมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเอื้อผลประโยชน์ให้แก่สมาชิกในรัฐตน และลดอิทธิพลที่มาจากเครื่องหมายของรัฐอื่นได้ อันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยหลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมือง ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่อาจถูกยอมรับได้จากหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก โดยรัฐสมาชิกที่เลือกออกมาตรการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้า นั้นมาจากเหตุผลที่แตกต่างกันไป³⁷

สาระสำคัญของบทบัญญัติข้อ 20 ได้แก่ “การใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าจะต้องไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่สมเหตุสมผลโดยข้อกำหนดพิเศษ” ข้อความข้างต้นหากตีความย้อนกลับ จะสื่อความหมายได้ว่า “การใช้เครื่องหมายการค้าสามารถถูกกีดกันได้หากข้อกำหนดพิเศษนั้นมีความสมเหตุสมผล” เท่ากับว่า มาตรการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าสามารถกระทำได้หากมีเหตุผลสนับสนุนอย่างเหมาะสม เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อยกเว้นของสิทธิ แต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าในส่วนก่อนหน้า พบว่ามีลักษณะที่ตรงกัน คือ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้เป็นอำนาจแห่งรัฐสมาชิกนั้นที่จะสร้างข้อยกเว้นหรือกีดขวางการใช้เครื่องหมายการค้าได้ หากมีเหตุผลสนับสนุนที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งในประเด็นว่าด้วยการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้นเป็นวัตถุประสงค์ และหนึ่งในข้อบทการสร้างความสะดวกซึ่งได้มีการบัญญัติเอาไว้ในข้อ 8 ของความตกลงทริปส์อยู่แล้ว ดังนั้น การอ้างเหตุผลเรื่องการคุ้มครองสุขภาพนั้นรัฐสมาชิกสามารถทำได้โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทางกฎหมายตามความตกลงทริปส์นี้ทั้งในลักษณะข้อยกเว้นทั่วไป และ ข้อยกเว้นลักษณะเฉพาะเพื่อสร้างมาตรการบางอย่างอันเป็นการยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าได้

³⁶ 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.”

³⁷ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 297; see also, Kur A. “TRIPs and Trademark Law,” In Beler and Schriker (eds.), “From GATT to TRIPs – the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights,” *ILC Studeis Vol. 18 Weinheim*, 1996, p. 111.

แนวทางการศึกษาทั้งหมดที่ได้กล่าวมานี้จึงสามารถสรุปได้ว่าการให้เหตุผลเพื่อประกอบการสร้างมาตรการที่ว่าเป็นการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์นั้นสามารถนำมาใช้ได้กับข้อยกเว้นที่เป็นบทเฉพาะของเครื่องหมายการค้าตาม ข้อ 17 รวมไปถึงการออกมาตรการกีดกันการใช้เครื่องหมายตามข้อ 20 โดยในประเด็นนี้ก็มีผู้เห็นว่ามาตรการเพื่อวัตถุประสงค์ในการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าที่รัฐสามารถออกได้อย่างอิสระเพื่อยกเว้นสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น สามารถรวมไปถึงมาตรการเกี่ยวกับการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ได้นอกจากนี้ยังมีการเน้นย้ำว่าการสร้างข้อกีดกันในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วยว่าสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นสินค้าบริโภคที่อันตรายต่อมนุษย์³⁸ กล่าวคือ มาตรการที่สร้างขึ้นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จากผลิตภัณฑ์ยาสูบสามารถกระทำเพื่อเป็นการยกเว้น หรือ กีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าได้ เพราะมีเหตุผลสนับสนุนที่เหมาะสมสมควรให้การยกเว้นเครื่องหมายการค้าทำได้

ผู้วิจัยขอชี้ประเด็นให้เห็นเป็นที่ประจักษ์เสียก่อนที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์บทบัญญัติทางกฎหมายต่อไปว่า แม้ความตกลงทริพส์จะมีการให้สิทธิแก่รัฐสมาชิกในการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าโดยอ้างเหตุผลเรื่องการค้าคุ้มครองสุขภาพได้ อย่างไรก็ตามจกต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าสิทธิที่ได้รับการยกเว้นโดยมาตรการนั้นจะต้องเป็นสิทธิทางกฎหมายที่ความตกลงทริพส์ได้กำหนดขึ้นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ จะต้องเป็นการยกเว้นในสิทธิในการปฏิเสธบุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตนอันจะเป็นการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชนเท่านั้น อาจกล่าวได้ว่าอำนาจที่กฎหมายให้สร้างข้อยกเว้นได้นั้นจะต้องเป็นการยกเว้นสิทธิที่กฎหมายฉบับนั้นมอบให้เช่นเดียวกัน มิสามารถไปยกเว้นสิทธิอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายฉบับนั้นมอบให้ ไม่ว่าจะเป็สิทธิที่กำหนดมาจากกฎหมายฉบับอื่น หรือ สิทธิที่เกิดขึ้นโดยตัวบุคคลนั่นเอง ดังนั้น ในกรณีของมาตรการที่บังคับเข้ากับตัวบรรจุกัญธักของบุหรี่ยิกาแรตที่มีการเปลี่ยนแปลงตัวบรรจุกัญธักไปอย่างสิ้นเชิงทั้งในส่วนเครื่องหมายการค้า และ ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้นอาจจะเป็นคนละกรณีกับสิทธิที่กฎหมายมอบให้ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้านั้นดำรงอยู่แล้วซึ่งอยู่นอกเหนือกรอบของการสร้างข้อยกเว้น เนื่องจากไม่ได้เป็นสิทธิที่กฎหมายมอบให้ ดังนั้นจึงจะต้องทำการศึกษาต่อเนื่องลงไปถึงแนวทางการตีความกฎหมายประกอบกับแนวคิดและหลักการของกฎหมายเครื่องหมายการค้า อันจะได้นำเสนอในบทวิเคราะห์

³⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 299. ดร. จักรกฤษณ์ ควรพจน์ กล่าวว่า “ในความเห็นของผู้เขียนแนวทางการควบคุมและจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าที่ประเทศสมาชิกอาจนำมาใช้ได้โดยไม่ขัดต่อข้อ 20 ของความตกลงทริพส์ ได้แก่ (3) ข้อกำหนดที่ห้ามใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าบางประเภทที่เป็นอันตรายต่อบุคคลและสิ่งแวดล้อม เช่น บุหรี่ และ เครื่องดื่มแอลกอฮอล์... ซึ่งในบางประเทศกำลังพิจารณาการห้ามใช้เครื่องหมายการค้ากับบุหรี่ย่างเด็ดขาด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะดังกล่าว เป็นสิ่งที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกสามารถกระทำได้ โดยอาศัยเหตุผลเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคม.”

3.1.3.4 ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ

เครื่องหมายการค้าในฐานะทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งได้มีการพัฒนาตนเองอย่างต่อเนื่องเป็นพลวัต สาเหตุแห่งการพัฒนา เพราะว่าสังคมได้พัฒนาตนเองทำให้มีการค้าแพร่หลายมากขึ้น ดังนั้นเมื่อการค้าพาณิชย์ได้แพร่ขยายวงกว้างไปมากขึ้นย่อมส่งผลให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล การเรียกร้องผลประโยชน์ในสิ่งต่าง ๆ ที่สามารถทำหน้าที่ได้ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าจึงเกิดขึ้น ทำให้มนุษย์นำเอาสิ่งอื่นที่มีหน้าที่ วัตถุประสงค์ และความคล้ายคลึงเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า มานำเสนอและอธิบายภายใต้กรอบของเครื่องหมายการค้า เพื่อขอรับความคุ้มครองเพิ่มเติมทางกฎหมาย ทำให้ลักษณะของเครื่องหมายได้รับการตีความขยายความออกไปจากเดิมที่เป็นเพียงตรา, สัญลักษณ์ หรือ เครื่องหมาย ก็ปรากฏเครื่องหมายกลืน เสียง รูปร่างรูปทรงของวัตถุ และส่วนประกอบสินค้าหรือบริการ เพราะสิ่งทั้งหลายเหล่านี้เมื่อนำมาปรับใช้ทางการค้าก็สามารถทำหน้าที่ได้เช่นเดียวกัน คือ การสร้างความแตกต่างที่มีเอกลักษณ์สำหรับสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งให้แตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่ง ทั้งนี้ในบางกรณีก็สามารถทำหน้าที่ได้ดีกว่าเครื่องหมายการค้าอีกด้วย

การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการเป็นอีกเครื่องหมายอีกรูปแบบหนึ่งที่มีความคุ้มครองภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า ซึ่งส่วนประกอบที่ว่านี้หากพิจารณาถึงบริบทในคำภาษาอังกฤษ คือ “Trade Dress” หมายถึงหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้า เพราะมาจากการตีความว่าเป็นสิ่งที่ห่อหุ้มหรือตกแต่งสินค้า แต่ในปัจจุบันส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการมีความหมายกว้างขึ้นไปอีก กล่าวคือ ได้รวมถึงภาพที่ปรากฏทั้งหมดโดยรวมของสินค้าหนึ่ง ตัวอย่างเช่นรูปร่างของตัวกีตาร์ หรือ รูปร่างของที่จุดบุหรี่ เป็นต้น³⁹ โดยลักษณะของการคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการเป็นอย่างเดียวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เนื่องจากอยู่ภายใต้หลักการแนวคิดและทำหน้าที่อย่างเดียวกัน ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นเจ้าของเครื่องหมายมักนิยมเอาลักษณะภาพรวมของทั้งบรรจุภัณฑ์ของตนที่ปรากฏเครื่องหมายการค้า ประกอบกันเพื่อยื่นจดทะเบียนพร้อมกันต่อรัฐ ให้ได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นองค์รวม ตามความตกลงทริปส์ข้อ 15 (1)⁴⁰ กำหนดความหมายของเครื่องหมายการค้าว่า สัญลักษณ์ใด ๆ หรือการรวมสัญลักษณ์หลาย ๆ สัญลักษณ์เป็นกลุ่ม ที่มีความสามารถในการทำหน้าที่แยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของวิสาหกิจหนึ่งจากสินค้าหรือบริการของวิสาหกิจอื่น” โดยมีการขยายความคำว่า “สัญลักษณ์” ให้หมายถึงโดยเฉพาะคำ รวมถึงชื่อบุคคล ตัวอักษร ฯลฯ รวมตลอดถึงสัญลักษณ์หนึ่งหรือหลายสัญลักษณ์ที่กล่าวมาประกอบรวมกันขึ้น โดยรัฐสมาชิกอาจจะกำหนดให้สัญลักษณ์ดังกล่าวมีลักษณะที่มองเห็นได้เป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ก็ได้⁴¹

³⁹ มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, “การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น. 7.

⁴⁰ TRIPs Article 15 “Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible.”

⁴¹ มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39*, น. 144.

ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการเมื่อเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขประการอื่นอันเป็นองค์ประกอบทางกฎหมาย กล่าวคือ ลักษณะบ่งเฉพาะ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ซึ่งในประเด็นนี้ทำให้ลักษณะการพิจารณาถึงความซับซ้อนมากขึ้นไปว่า ลักษณะของส่วนประกอบอย่างใดจึงจะมีลักษณะบ่งเฉพาะ เนื่องจากส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้น ส่วนใหญ่มักมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน เช่น บรรจุภัณฑ์ที่เป็นกล่องรูปทรงสี่เหลี่ยม บรรจุภัณฑ์รูปทรงที่เป็นขวดน้ำ จากประสบการณ์ที่พบจากการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของผู้วิจัยเอง โดยเฉพาะในราชอาณาจักรไทย แสดงให้เห็นว่า ลักษณะในทางปฏิบัติผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายมักนิยมนำเอาบรรจุภัณฑ์และเครื่องหมายการค้าขอรับความคุ้มครองในทางทะเบียนในเป็นสิ่งเดียวกัน เนื่องจากทั้งสองต่างมีองค์ประกอบและความเป็นเครื่องหมายการค้าอยู่แล้วทั้งคู่⁴² ลักษณะการจดทะเบียนเช่นนี้ ทำให้ลักษณะความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้ขยายออกไปจากตัวของเครื่องหมายเอง ไปถึงบรรจุภัณฑ์หรือหีบห่ออันเป็นส่วนประกอบของเครื่องหมายนั้นไปด้วย ทำให้เจ้าของสิทธิมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการปฏิเสธผู้อื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายรวมถึงส่วนประกอบข้างต้นของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต กล่าวโดยสรุปแล้ว ใน การพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายการค้า นั้น นอกเหนือไปจากตราสัญลักษณ์อันเป็นลักษณะพื้นฐานแล้ว ยังต้องพิจารณาส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้า เช่นเดียวกัน เพื่อให้สิทธิของเจ้าของสิทธิได้รับการคุ้มครองมากที่สุดด้วย⁴³

3.1.4 ปฏิญญาสากลโดฮาเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์

ปฏิญญาสากลโดฮาว่าด้วยข้อตกลงทริพส์และการสาธารณสุข ค.ศ. 2001 เกิดจากเหตุการณ์ที่รัฐสมาชิกทั้งหลายตื่นตัวเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นมาตรฐานเข้มแข็ง เช่นเดียวกันทั่วโลกที่ส่งผลให้ประโยชน์แห่งสาธารณะในบางเรื่องได้รับผลกระทบ และถูกนำมาเป็นประเด็นโต้แย้งโต้เถียงกันเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเรื่อง “สิทธิบัตรยา” เนื่องจากการยินยอมให้มีการกำหนดว่าผลิตภัณฑ์ยาสามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้⁴⁴ ในประเด็นนี้เองทำให้ การเข้าถึงผลิตภัณฑ์ยาได้รับการเข้าถึงยากขึ้นซึ่งเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อน เนื่องจากมีผลกระทบต่อสุขภาพและชีวิตมนุษย์โดยตรง

⁴² 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.

⁴³ ญรัฎกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 118.

⁴⁴ 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.

ปฏิญญาโดฮามักถูกจัดให้อยู่ในสถานะสิ่งที่น่าสนใจที่นำมาประกอบการตีความความตกลงทริปส์ ที่มีการเปิดช่องเพื่อปกป้องมาตรการทางสาธารณสุขเสมอ Benn McGrady⁴⁵ แห่งสถาบัน O'NEILL ได้กล่าวถึงการตีความปฏิญญาโดฮาประกอบ ข้อ 8 (1) ว่า ความตกลงทริปส์ ควรถูกตีความและถูกนำไปใช้ในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนสิทธิของสมาชิกองค์การการค้าโลกที่จะปกป้องการสาธารณสุขด้วยการสร้างมาตรการรูปแบบต่าง ๆ ดังปรากฏในข้อ 4 ของปฏิญญาโดฮาว่าใช้มาตรการเพื่อปกป้องสาธารณสุข และควรตีความและนำไปปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการให้ความยืดหยุ่นแก่ประเทศสมาชิกในการออกมาตรการตามความเหมาะสมเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์อีกด้วย

ปฏิญญาโดฮาช่วยยืนยันสิทธิของรัฐสมาชิกที่จะใช้บทบัญญัติของความตกลงทริปส์ที่สามารถยืดหยุ่นได้ ในย่อหน้าที่ 5 ของปฏิญญาได้เขียนเพื่อสนับสนุนการตีความที่กำหนดในย่อหน้าที่ 4 สำคัญได้แก่ (1) การนำเอาจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการตีความนั้นจะต้องมีการตีความโดยเคารพวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลงทริปส์ ซึ่งหมายถึง ข้อ 7 และ 8 ของความตกลงทริปส์ (2) รัฐสมาชิกมีสิทธิที่จะบังคับมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory License) ในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนของชาติ และ กรณีเร่งด่วนอย่างยิ่ง ซึ่งทั้งสองส่วนนี้รัฐสมาชิกมีอำนาจเต็มที่ในการกำหนดลักษณะของเหตุการณ์ดังกล่าว (3) รัฐสมาชิกมีอำนาจที่กำหนดการสิ้นสุดไปของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Exhaustion of Intellectual Property Rights) โดยจะต้องอยู่ภายใต้หลักผลปฏิบัติอย่างคนชาติพื้นเมืองและหลักผลปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง⁴⁶

จากเนื้อหาสาระส่วนใหญ่ของปฏิญญาจะเห็นได้ว่า สำคัญสำคัญของปฏิญญานั้นไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะสิทธิบัตรยาเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึงเรื่องสาธารณสุขประการอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน แต่ที่บทบัญญัติมีการกำหนดเป็นการเฉพาะ อาจจะมีสาเหตุมาจากต้นเหตุของปัญหาเกิดจากการให้ความคุ้มครองในสิทธิบัตรยา นอกเหนือไปจากนี้บทบัญญัติของปฏิญญาโดฮาก็ได้มีส่วนใดบ่งบอกเลยว่าตัวปฏิญญาฉบับนี้ใช้บังคับแต่เฉพาะเรื่องสิทธิบัตรยาเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามปฏิญญาฉบับนี้เลือกที่ใช้คำในการอธิบายเรื่องสิทธิบัตรยาเป็นส่วนเน้นเท่านั้น ทำให้รัฐสมาชิกมีเสรีในการกำหนดมาตรการที่อ้างอิงเหตุผลเรื่อง “สาธารณสุข” เพื่อเป็นการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ในประเด็นอื่นได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายมีการเปิดช่องให้รัฐสมาชิกมีอำนาจใช้และตีความกฎหมายได้ตามกรอบที่กฎหมายได้กำหนดขึ้น

⁴⁵ วศิน พิพัฒน์ฉัตร, “การควบคุมการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าของอุตสาหกรรมยาสูบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 77.

⁴⁶ 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...”

3.2 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทย

เมื่อกล่าวถึงความตกลงทริพส์ในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้วิจัยจะขอนำเสนอถึงกฎหมายที่บังคับใช้ภายในประเทศไทยเพื่อประกอบการพิจารณาปัญหาด้วย เนื่องจากปัญหาที่งานวิจัยนี้ได้ตั้งขึ้นก็เพื่อจะวิเคราะห์ว่ากฎหมายควบคุมยาสูบนั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพหรือไม่ โดยปัจจัยหลักแห่งการวิจัยคือ กฎหมายควบคุมยาสูบเป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ใช้บังคับอยู่หรือไม่

ผู้วิจัยได้กล่าวถึงไปในส่วนก่อนหน้านี้นี้แล้วว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้แก่ความตกลงทริพส์นั้นถูกสร้างขึ้นในฐานะมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยลักษณะแห่งการบัญญัติกฎหมายก็มีความกว้างเพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกมีอิสระในการตีความกฎหมายได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้จะต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่ความตกลงทริพส์ได้กำหนดไว้ แต่สามารถให้ความคุ้มครองที่สูงกว่าได้ หรือ สามารถสร้างความแตกต่างในรายละเอียดที่มีสาระสำคัญได้เช่นกัน ทั้งนี้ก็เป็นไปตามทฤษฎีของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยนั้นบังคับใช้อยู่ ได้แก่ ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ที่ตัวทฤษฎีนั้นได้กำหนดว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศก็ต่อเมื่อได้มีการอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน⁴⁷ ดังนั้น แนวคิด บริบทการร่างกฎหมายย่อมเป็นของรัฐนั้น ๆ ที่จะนำเอากฎหมายไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน แต่ก็ยังจะต้องยึดโยงกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เปิดช่องให้ใช้และตีความ กล่าวคือ การศึกษากฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศควบคู่กันนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นการแสดงให้เห็นถึงแนวคิดหลักที่เหมือนกัน และ ข้อบังคับที่แตกต่างกันเพื่อประสิทธิภาพในการวินิจฉัยปัญหาสูงสุด

สำหรับประเด็นปัญหาของมาตรการที่บังคับกับบรรจภัณฑ์ของบุหรี่ยี่ห้อที่เรตที่จะได้นำเสนอในบทวิเคราะห์นั้น ผู้วิจัยจะขอนำเสนอบริบทของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยในฐานะกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น โดยที่จะมีได้กล่าวถึงทฤษฎีของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือกฎหมายเครื่องหมายการค้า เนื่องจากรายละเอียดดังกล่าวได้นำเสนอไปแล้วในบทที่ 2 รวมไปถึงการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงทริพส์ ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่หลักที่จะทำการศึกษาคือ กฎหมายควบคุมยาสูบนั้นเป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยหรือไม่ ซึ่งประเด็นแห่งการศึกษาจะเป็นเช่นเดียวกับความตกลงทริพส์ ได้แก่ สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย ข้อยกเว้นทางกฎหมาย และ องค์ประกอบของส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ ทั้งนี้ผู้วิจัยจะได้เน้นย้ำถึงความเหมือนและความแตกต่างระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาไปแล้วที่จะเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับนิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมายในบริบทที่ขัดหรือแย้งกัน

⁴⁷ นพนิธิ สุริยะ, Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552, น. 102-106.

3.2.1 หลักการทั่วไปของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในราชอาณาจักรไทย

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยนั้น ได้มีการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2474 ในชื่อ “พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474” ซึ่งมีการบัญญัติใช้ตั้งแต่โบราณกาล อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาผ่านไปนั้นกฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการแก้ไขปรับปรุงครั้งใหญ่ในปี พ.ศ. 2534 โดยเหตุผลในการจัดทำ คือ “โดยที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2474 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ จึงล้าสมัยและไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้เพียงพอ ประกอบทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่แพร่หลายและได้รับความคุ้มครองในกฎหมายของต่างประเทศ หลายประเทศแล้ว ก็ยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีบทบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสม เช่น มิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ตลอดจนสิทธิของผู้จดทะเบียนไว้ให้ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอยู่มาก สมควรปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เหมาะสมยิ่งขึ้น”⁴⁸ จะเห็นได้ว่าการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายครั้งแรกนี้เป็นไปเพื่อการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยมากขึ้น เพื่อรองรับสถานการณ์ทางกฎหมายที่มีการพัฒนา มากยิ่งขึ้นซึ่งก็เป็นเรื่องที่เหมาะสมแล้ว เนื่องจากกฎหมายฉบับก่อนนั้นบังคับใช้ตั้งแต่ยุคที่ เครื่องหมายการค้ายังไม่มี การบังคับใช้แพร่หลาย รวมไปถึงกระบวนการทางกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบทะเบียนยังไม่มี ความชัดเจนทั้งในส่วนของกระบวนการและอำนาจของผู้ที่เกี่ยวข้อง

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นับว่าเป็นกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบันที่ใช้ในราชอาณาจักรไทย นับจนถึงปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหญ่ 2 ครั้ง ได้แก่ พ.ศ. 2543 โดยเหตุผลที่ว่า “โดยที่การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัยที่นานาประเทศได้ทำความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าและจัดตั้งองค์การการค้าโลกได้เสร็จสิ้นลงและมีผลใช้บังคับแล้ว ทำให้ประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลกมีพันธกรณีที่ จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการให้สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว เพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และโดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนด ลักษณะของเครื่องหมายและเครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า การสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและการดำเนินการที่เกี่ยวข้อง การเก็บค่าธรรมเนียมในการโฆษณาของจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า รวมทั้งเพิ่มเติมให้มีการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ให้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กับเพิ่มเติมอำนาจของนายทะเบียนในส่วนของการพิจารณาคำคัดค้าน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”⁴⁹ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายครั้งที่สองนี้จะเห็นได้ว่ามีสาระสำคัญประการสำคัญ คือ การปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ในกรณีนี้ ได้แก่ องค์การการค้าโลกซึ่งเป็นองค์การที่บัญญัติความตกลงทริปส์ขึ้น

⁴⁸ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474.

⁴⁹ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

ในประเด็นนี้นั้นเป็นสิ่งที่ผู้วิจัยได้นำเสนอมาโดยตลอดว่าระบบกฎหมายในประเทศไทยนั้นได้ถือเอาแนวคิดทฤษฎีเรื่อง ทฤษฎีทวินิยมที่จะต้องมีการนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายระหว่างประเทศอนุวัติการเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้น เมื่อประเทศไทยเป็นรัฐภาคีแห่งองค์การการค้าโลกจึงมีหน้าที่ในการอนุวัติการกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศเช่นว่านั้น ในกรณีนี้คือความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลงทริปส์) ในฐานะกฎหมายกลางที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะมาตรฐานขั้นต่ำ ทั้งนี้จะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าบทบัญญัติความตกลงทริปส์นั้นเป็นเพียงแนวทางการบัญญัติกฎหมายภายในเท่านั้น มิใช่ว่าประเทศไทยจะต้องบัญญัติตามทุกกรณีและรายละเอียดทั้งหมด เพียงแต่จะต้องมีการบัญญัติให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขั้นต่ำตามที่ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้เท่านั้น แต่สามารถแตกต่างกันรายละเอียดได้ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะกฎหมายภายในประเทศแต่ละประเทศนั้นอาจมีปัจจัยหลายส่วนที่ไม่สามารถปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายกลางได้ ยกตัวอย่างเช่น การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่หนังผู้ใหญ่ (Adult Video) นั้นสามารถเกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่นได้เนื่องจากวัฒนธรรมให้การยอมรับ ในทางตรงกันข้ามในประเทศไทยนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลย เนื่องจากทางวัฒนธรรมไทยถือว่าหนังรูปแบบนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่สามารถขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายได้

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยครั้งล่าสุดนั้นเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2559 กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้มีการแก้ไขอีกครั้งหนึ่งซึ่งเหตุผลแห่งการแก้ไขนั้นมีเหตุผลที่ว่า “โดยที่ปัจจุบันการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในระดับสากลได้มีการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองไปยังเครื่องหมายประเภทใหม่ ๆ ซึ่งบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ยังไม่ครอบคลุม ประกอบกับประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีแห่งพิธีสารที่เกี่ยวกับความตกลงมาดริดเรื่องการจดทะเบียนระหว่างประเทศของเครื่องหมาย (พิธีสารมาดริด) ซึ่งพิธีสารดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้มีการยื่นคำขอรับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และเครื่องหมายร่วม ในประเทศภาคีแห่งพิธีสารมาดริด โดยการยื่นคำขอจดทะเบียนระหว่างประเทศเพียงครั้งเดียวเพื่อขอรับความคุ้มครองไปยังประเทศต่าง ๆ ที่เป็นภาคีแห่งพิธีสารมาดริดได้ สมควรขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับพิธีสารมาดริดดังกล่าว นอกจากนี้ ในปัจจุบันมีการนำหีบห่อหรือภาชนะที่แสดงเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วม ของบุคคลอื่นที่จดทะเบียนไว้แล้วมาใช้ ในลักษณะเป็นการหลอกลวงซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณชนและเจ้าของเครื่องหมายดังกล่าว สมควรกำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญาสำหรับการกระทำดังกล่าว รวมทั้งสมควรปรับปรุงขั้นตอนและระยะเวลาในการดำเนินการจดทะเบียนให้มีความชัดเจนและรวดเร็วมากขึ้น และปรับอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”⁵⁰ ในกรณีก็เป็นเช่นเดียวกับการแก้ไขครั้งก่อนหน้านี้ก็เพื่อปฏิบัติตามหลักการที่กฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดไว้

⁵⁰ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2559.

การแก้ไขกฎหมายใหม่ทั้ง 2 ครั้งสำหรับกฎหมายเครื่องหมายการค้าในไทยนั้น แม้จะมีการเพิ่มเติมและแก้ไขในหลายภาคส่วนของกฎหมาย อย่างไรก็ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักยังคงไว้เดิมที่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เนื่องจากได้มีการบัญญัติสาระสำคัญของกฎหมายเครื่องหมายการค้าไว้อย่างครบถ้วน การแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองนั้นเป็นส่วนเพิ่มเติมในรายละเอียดเข้ามาให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีแรกคือความตกลงทริพส์ ในฐานะการบัญญัติการให้ความคุ้มครองอย่างมาตรฐานขั้นต่ำและส่วนรายละเอียดอื่น ๆ ส่วนกรณีที่สองคือพิธีสารมาดริดเพื่อปฏิบัติตามระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอย่างเป็นทางการ ซึ่งเป็นประเด็นนี้ผู้วิจัยขอเน้นย้ำการปฏิบัติตามหลักการแห่งสากลตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีสมาชิกที่ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้หากพิจารณาออกเป็น 2 ด้าน จะเห็นได้ว่าด้านแรกนั้นประเทศไทยนั้นมีพันธกรณีตามความตกลงทริพส์และพิธีสารมาดริด ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า ส่วนด้านที่สองนั้น คือ การอนุวัติการกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบในการให้ความคุ้มครองสุขภาพของประชาชนภายในประเทศ ทั้งนี้แนวทางการให้ความคุ้มครองนั้นรวมถึงการสร้างมาตรการที่บังคับเข้ากับบรรจุกฎอื่นอีกด้วย ในประเด็นนี้ทำให้การอนุวัติการกฎหมายทั้งสองฉบับจึงเป็นหน้าที่ของประเทศไทยที่จะต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตามเนื้อหาและบทบัญญัติทางกฎหมายทั้งสองส่วนอาจมีบริบทที่ขัดแย้งกันได้ซึ่งเกิดขึ้นแล้วทั่วโลก ทั้งออสเตรเลีย อังกฤษ ฝรั่งเศส ฯลฯ ซึ่งเป็นประเด็นที่บริษัทผู้ผลิตบุหรี่ยี่ห้อเรตนาประเด็นขึ้นสู่ศาลภายในประเทศ รวมไปถึงการร้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) ขององค์การการค้าโลก โดยประเด็นหลักที่ยกขึ้นที่เป็นหลักของการวิจัยนี้ คือ การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าเนื่องมาจากการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่ส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงตัวบรรจุกฎของบุหรี่ยี่ห้อเรตนาให้แตกต่างไปจากเดิม

ในการศึกษาตามงานวิจัยฉบับนี้จะได้ศึกษาถึง พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 ซึ่งเป็นกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับล่าสุดที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันเพื่อให้เห็นมุมมองทางกฎหมายอย่างครบถ้วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตอบประเด็นปัญหาที่ว่ากฎหมายควบคุมยาสูบในประเด็นของมาตรการที่บังคับเข้ากับบรรจุกฎของบุหรี่ยี่ห้อเรตนาที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือไม่ ทั้งนี้ผู้วิจัยขอเน้นย้ำว่าการวิเคราะห์จะมุ่งเน้นไปที่บทบัญญัติกฎหมายสาระบัญญัติและการใช้การตีความกฎหมายโดยพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายเครื่องหมายการค้าโดยพิจารณาบริบทหลักการทางกฎหมายประกอบกัน นอกเหนือไปจากนี้ผู้วิจัยยังจะได้นำเสนอถึง ระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพิธีสารมาดริด ซึ่งเป็นประเด็นปัญหากฎหมายในทางปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าอย่างเป็นทางการรวม กล่าวคือ นอกเหนือไปจากปัญหาด้านทฤษฎีที่ทำการวิเคราะห์แล้ว ผู้วิจัยยังจะได้นำเสนอประเด็นปัญหาทางปฏิบัติซึ่งผู้วิจัยเองที่เคยอยู่ในสถานะทนายความทรัพย์สินทางปัญญาได้ประสบไว้ด้วยเพื่อให้งานวิจัยฉบับนี้สมบูรณ์มากที่สุด

การศึกษานี้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอหัวข้อให้สอดคล้องกับการศึกษาส่วนความตกลงทริพส์ ได้แก่ องค์ประกอบ สิทธิ ข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้า ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ และ ระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพิธีสารมาดริดตามกฎหมายฉบับล่าสุด

3.2.1 องค์ประกอบของเครื่องหมายการค้า

พรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 กำหนดลักษณะองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 4 ในบริบทของนิยามเอาไว้ว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” ในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการให้เสียงจัดเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าได้นอกจากนี้รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุนั้นก็สามารถเป็นเครื่องหมายได้เช่นเดียวกัน ซึ่งในส่วนนี้ผู้วิจัยจะแยกอธิบายต่างหากในหัวข้อส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ จากสิ่งที่ เป็นเครื่องหมายได้ทั้งหมดนี้ กฎหมายได้จำแนกออกเป็นประเภทของเครื่องหมายได้ ดังนี้ เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และ เครื่องหมายร่วม ซึ่งทั้งหมดนี้สามารถขอรับความคุ้มครองทางระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าของกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ทั้งหมด

การพิจารณาสิ่งใดก็ตามที่นำมาใช้เป็นเครื่องหมายได้นั้น จะเห็นได้ว่ากว้างเป็นอย่างมาก ยิ่งจะเห็นได้ว่ารูปสัญลักษณ์ใดก็ตามที่สามารถปรากฏให้เห็นได้ด้วยสายตา และ ได้ยินโดยหูที่เพิ่มเข้ามาสามารถถูกจัดมาเป็นเครื่องหมายการค้าได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงสิ่งที่ถูกจัดเป็นเครื่องหมายได้แล้ว ประเด็นต่อมา คือ องค์ประกอบทางกฎหมายของความเป็นเครื่องหมายการค้า เพราะมีเชื่อว่าทุกสิ่งจะสามารถนำมาจดทะเบียนขอรับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าได้ โดยพรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 นั้นองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าจะอยู่ที่มาตรา 6⁵¹ ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบของทางกฎหมาย ได้แก่

(1) ลักษณะบ่งเฉพาะ องค์ประกอบทางกฎหมายนี้ตรงกับส่วนที่กำหนดเอาไว้ในความตกลงทริพส์ซึ่งเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าตั้งแต่เหตุผลในอดีตกาลซึ่งกำหนดไว้โดยประเด็นนั้นนั่นคือประเด็นที่ว่าด้วยการสร้างเอกลักษณ์ของเครื่องหมายการค้า เพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างความแตกต่างระหว่างสิ่งใด ๆ ก็ตามที่เครื่องหมายนั้นได้ทำหน้าที่นำเสนออยู่ องค์ประกอบทางกฎหมายข้างต้นนี้สร้างขึ้นเพื่อเป็นการยืนยันว่าเครื่องหมายที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจะต้องเคารพต่อหลักการเบื้องต้นของเครื่องหมายการค้าว่าด้วยการสร้างเอกลักษณ์เพื่อสร้างความแตกต่าง โดยในภาษากฎหมายนั้นใช้คำว่า “ลักษณะบ่งเฉพาะ” ซึ่งคำอธิบายทางกฎหมายสำหรับกฎหมายไทยที่สร้างขึ้นนั้นปรากฏในมาตรา 7 มีข้อความดังนี้

⁵¹ พรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 มาตรา 6 “เครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ
- (2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และ
- (3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว”

มาตรา 7 วรรค 1 “เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น” สำหรับการนิยามความหมายเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะของไทยนั้น เป็นไปอย่างถูกต้องตรงตามหลักการแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีที่กฎหมายใช้คำว่า “ให้แตกต่าง” ในประเด็นนี้ความตกลงทริปส์ได้ใช้วลีว่า “Capable of Distinguishing”⁵² ที่อาจแปลได้ว่า “สามารถสร้างความแตกต่าง” ดังนั้น พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยนอกจากจะเป็นการยอมรับเอาหลักการแห่งเครื่องหมายการค้าแล้ว ยังได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ความตกลงทริปส์ได้บัญญัติไว้ด้วย

การสร้างความแตกต่างโดยใช้เครื่องหมายสำหรับกรณีนี้ นั้น หมายถึง การสร้างความแตกต่างระหว่างสินค้า หรือ บริการ ระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการด้วยกัน ในประเด็นนี้ผู้วิจัยจึงขอทำความเข้าใจไว้เป็นพื้นฐานว่าเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายนี้เพียงแค่สร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการได้นั้น เท่ากับว่าเครื่องหมายได้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งหลักการนี้แล้ว ดังนั้น ไม่ว่าจะรูปแบบหรือรูปร่างของเครื่องหมายจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรก็ไม่อาจกระทบต่อองค์ประกอบว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะได้ อย่างไรก็ตามจกต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าการมีลักษณะบ่งเฉพาะนั้นเป็นเพียงองค์ประกอบทางกฎหมายที่บุคคลผู้ต้องการจดทะเบียนเครื่องหมายจะต้องมีการปฏิบัติตามเพื่อให้เครื่องหมายของตนได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย ดังนั้น การจดทะเบียนตามกฎหมายจึงได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้เครื่องหมายการค้า บุคคลสามารถใช้เครื่องหมายของตนเพื่อนำเสนอสินค้าหรือบริการได้ทั้งสิ้นโดยมิจำเป็นต้องจดทะเบียนเครื่องหมายดังกล่าว ทั้งนี้สิทธิทางกฎหมายระหว่างเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและมิได้จดทะเบียนย่อมมีความแตกต่างกัน เนื่องจากกฎหมายย่อมจะต้องให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของที่นำเอาเครื่องหมายของตนมาจดทะเบียนภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้ามากกว่า ทั้งนี้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอในส่วนของสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าในหัวข้อถัดไป

การพิจารณาบริบทคำว่า “ลักษณะบ่งเฉพาะ” ข้างต้นนั้นเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาประเด็นปัญหาว่าด้วยมาตรการที่เกี่ยวข้องกับบรรจุกฎหมายของบุรีศรีชากาเรต เนื่องจากตัวมาตรการมีการเปลี่ยนแปลงรูปร่างหรือรูปแบบของเครื่องหมายการค้าให้แตกต่างออกไปจากเดิม ซึ่งประเด็นถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอยู่หลายครั้งว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นการทำลายลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าหรือไม่ เพราะดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวในชั้นการศึกษาริบททางประวัติศาสตร์ว่าด้วยหลักการของเครื่องหมายการค้าแล้วว่า ลักษณะบ่งเฉพาะ หรือ การสร้างความแตกต่างนั้นเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าที่มีอายุยกเว้น เพิกถอน หรือทำลายลงได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ เนื่องจากหากหลักการดังกล่าวถูกทำลายลงจะมีผลเท่ากับว่าเครื่องหมายการค้าไม่มีสถานะเป็นเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป ซึ่งในทางหลักกฎหมายแล้วเป็นเรื่องที่มีอายุยินยอมได้

⁵² TRIPs Article 15 (1) “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...”

นอกเหนือจากคำอธิบายอย่างกว้างขององค์ประกอบว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติในวรรคที่ 2 เพิ่มเติมว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมที่ขยายข้อความจากวรรคแรกให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทั้งผู้วิจัยขอเน้นให้เห็นถึงคำว่า “ให้ถือว่า” เพราะกฎหมายต้องการให้มีตัวอย่างการสร้างลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อให้ง่ายต่อการใช้และการตีความกฎหมายมากยิ่งขึ้น ในประเด็นของวรรค 2 นี้ นักกฎหมายบางท่านใช้คำอธิบายว่าเป็น ลักษณะบ่งเฉพาะที่มีอยู่ในตัวเครื่องหมายนั้น (Inherent Distinctiveness) เพราะมิได้มีส่วนหนึ่งส่วนใดเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ แต่เกิดจากการสร้างสรรค์ทางความคิดโดยเฉพาะเพื่อให้เครื่องหมายนั้นมีลักษณะพิเศษต่าง ๆ กัน⁵³ โดย พรบ. เครื่องหมายการค้า มาตรา 7 มีการกำหนดไว้ ดังนี้

- (1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง
- (2) คำหรือข้อความอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- (3) คำที่ประดิษฐ์ขึ้น
- (4) ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์ขึ้น
- (5) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ
- (6) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียน หรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว
- (7) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามี แล้ว
- (8) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น
- (9) ภาพอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่เป็นภาพแผนที่หรือภาพแสดงสถานที่ทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- (10) รูปร่างหรือรูปทรงอันไม่เป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้านั้นเอง หรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิคของสินค้านั้น หรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่ทำให้สินค้านั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้น
- (11) เสียงอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น

⁵³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 28*, น. 300.

จากข้อ (1) - (11) นั้น พรบ. เครื่องหมายการค้า มาตรา 7 ได้มีการขยายแนวทางการใช้และการตีความคำว่า ลักษณะบ่งเฉพาะ ทั้งนี้เมื่อกฎหมายกำหนดให้มีคำว่า “ให้ถือว่า” ดังนั้น สิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ 11 ประการนั้นมิได้เป็นการจำกัดว่าสิ่งเหล่านี้เท่านั้นที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายตามวรรค 1 ยังเป็นบทบัญญัติหลักว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะ ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายนั้นมิจำต้องยึดโยงอยู่กับ 11 ประการที่กฎหมายกำหนดขึ้นหากแต่สามารถตีความได้อย่างอิสระตามวรรค 1 นั่นเอง โดยในส่วนี้ผู้วิจัยจะมีได้กล่าวถึงรายละเอียดเนื่องจากหลักสำคัญในการวิเคราะห์ปัญหาที่งานวิจัยที่งานฉบับนี้ได้ตั้งขึ้นนั้นอยู่ที่ วรรค 1 ดังที่นำเสนอเอาไว้แล้ว

ในวรรคที่ 3 นั้น พรบ. เครื่องหมายการค้าได้มีการบัญญัติลักษณะบ่งเฉพาะเอาไว้อีกประการหนึ่ง ได้แก่ “เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) ถึง (11) หากได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะ” ในวรรคที่ 3 นี้เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ลักษณะบ่งเฉพาะนั้นมาจากการใช้ได้ (Distinctive through Use) กล่าวคือ เครื่องหมายเหล่านี้ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง กล่าวคือ มีส่วนที่ทำให้สังเกตเห็นถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ได้ แต่เมื่อมีการใช้อย่างต่อเนื่องจนบุคคลสามารถจำแนกแยกแยะได้แล้วว่าสิ่งดังกล่าวนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะกฎหมายก็พร้อมที่จะมอบความคุ้มครองทางกฎหมายโดยให้มีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ได้ โดยในประเทศไทยนั้นมี “ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า” ซึ่งมีองค์ประกอบทางกฎหมายซ้อนอยู่อีกชั้นหนึ่งเพิ่มเติมจาก พรบ. เครื่องหมายการค้า มีสามองค์ประกอบด้วยกัน ดังนี้

(1) สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันพอสมควร จนทำให้สาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักและเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการอื่น และ

(2) การจำหน่าย เผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการใดจนทำให้เครื่องหมายมีความแพร่หลายในประเทศไทย ให้ถือว่าเครื่องหมายมีลักษณะบ่งเฉพาะเพียงที่ใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นเท่านั้น และ

(3) เครื่องหมายที่จะพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามประกาศฉบับนี้ จะต้องเป็นเครื่องหมายเดียวกันกับเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียน⁵⁴

⁵⁴ ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543, ข้อ 2.

โดยผู้ใช้จะต้องนำส่งเอกสารหลักฐานเพื่อให้นายทะเบียนพิจารณาถึงการ
ใช้ดังกล่าวว่าเพียงพอต่อการมอบลักษณะบ่งเฉพาะให้หรือไม่⁵⁵ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบ
เรื่องลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ของประเทศไทยนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของนายทะเบียนเครื่องหมาย
การค้าโดยแท้ ทั้งนี้จึงต้องพึงระลึกไว้ว่าลักษณะบ่งเฉพาะองค์ประกอบทางกฎหมายประการหนึ่ง
เท่านั้น ยังคงเหลือองค์ประกอบทางกฎหมายประการอื่นเพื่อประกอบเป็นเครื่องหมายการค้าที่
สามารถรับจดทะเบียนได้ตาม พรบ. เครื่องหมายการค้า

(2) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ ในองค์ประกอบนี้ พรบ.
เครื่องหมายการค้าได้กำหนดลักษณะต้องห้ามสำหรับเครื่องหมายไว้โดยเฉพาะ ซึ่งหากมีนำเอา
เครื่องหมายเหล่านี้มาจดทะเบียนจะถูกพิจารณาเพิกถอนทันที เนื่องจากขัดต่อกฎหมายตาม มาตรา
8⁵⁶ โดยสิ่งที่กฎหมายบัญญัติขึ้นมานั้นล้วนเป็นสิ่งที่เข้าใจได้โดยสามัญ และโดยความสงบเรียบร้อย
และศีลธรรมอันดีในสังคมไทยว่าเครื่องหมายเหล่านี้ไม่อาจนำมาขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายได้

⁵⁵ ประกาศกระทรวงพาณิชย์, *เพ็งอ้วง*, ข้อ 3 “การพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้อ 2 ให้ผู้
ขอจดทะเบียนส่งพยานหลักฐานเกี่ยวกับการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาซึ่งสินค้าหรือบริการที่ใช้
เครื่องหมายที่ประสงค์จะขอจดทะเบียน เช่น สำเนาใบเสร็จรับเงินค่าราคาสินค้าหรือบริการ สำเนา
ใบเสร็จรับเงินค่าโฆษณาสินค้าหรือบริการ สำเนาใบส่งของ สำเนาใบสั่งซื้อสินค้าหรือบริการ สำเนา
ใบอนุญาตจัดตั้งโรงงาน สำเนาหลักฐานการโฆษณาในสื่อต่าง ๆ ตัวอย่างสินค้า หรือพยานหลักฐาน
อื่น ๆ รวมทั้งพยานบุคคล (ถ้ามี) เป็นต้น”

⁵⁶ มาตรา 8 เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง
ดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน

(1) ตราแผ่นดิน พระราชลัญจกร ลัญจกรในราชการ ตราจักรี ตรา
เครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตราประจำตำแหน่ง ตราประจำกระทรวง ทบวง กรม หรือตราประจำจังหวัด

(2) ธงชาติของประเทศไทย ธงพระอิสริยยศ หรือธงราชการ

(3) พระปรมาภิไธย พระนามาภิไธย พระปรมาภิไธยย่อ พระนามาภิไธยย่อ หรือนาม
พระราชวงศ์

(4) พระบรมฉายาลักษณ์ หรือพระบรมสาทิสลักษณ์ของพระมหากษัตริย์ พระราชินี
หรือรัชทายาท

(5) ชื่อ คำ ข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัช
ทายาท หรือพระราชวงศ์

(6) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำชาติของรัฐต่างประเทศ ธงหรือเครื่องหมายของ
องค์การระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการและเครื่องหมาย
ควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือชื่อและชื่อย่อ
ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของ
รัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น

(7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือกาเจนีวา

(3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่น องค์กรประกอบข้อสุดท้ายนี้เป็นเรื่องความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้า (Similar or Identical Trademark) ซึ่งพรบ. เครื่องหมายการค้า มาตรา 13 ได้กำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของ องค์กรประกอบของเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้ ในประเด็นนี้จะต้องไม่สับสนกับกรณี ของลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายในองค์กรประกอบข้อที่ 1 ที่ได้กล่าวถึงไปแล้ว สำหรับการเหมือน หรือคล้ายของเครื่องหมายการค้า นั้น จะเป็นองค์กรประกอบที่ทำการตรวจสอบเครื่องหมายภายในระบบ ทะเบียนเครื่องหมายการค้าของนายทะเบียนสำนักเครื่องหมายการค้าว่า เครื่องหมายที่ผู้ยื่นจด ทะเบียนนั้นมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่นหรือไม่ ทั้งนี้ความเหมือนหรือ คล้ายนั้นอาจพิจารณาได้ 2 กรณี คือ กรณีแรกรูปลักษณะที่แสดงออกมา และ กรณีที่สอง เสียงเรียก ขานที่เปล่งออกมาเมื่อมีการออกเสียงสำหรับชื่อเครื่องหมายนั้น ๆ หรืออาจพิจารณาทั้งสองกรณี ประกอบกันก็สามารถทำได้เช่นเดียวกัน⁵⁷ สำหรับส่วนนี้ผู้วิจัยขอให้ท่านพึงระลึกไว้เสมอว่าการ พิจารณาความเหมือนหรือคล้ายนั้น โดยหลักจะต้องผ่านองค์กรประกอบว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะ เสียก่อน ดังนั้น หากขาดซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะแล้วการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายจะ ไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป กล่าวคือ เครื่องหมายที่จะมาพิจารณาว่าเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ นั้น จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะทางกฎหมายแล้วไม่ว่าจะเป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หรือ ลักษณะบ่ง เฉพาะจากการใช้เครื่องหมายโดยการนำส่งเอกสารหลักฐานต่อนายทะเบียน โดยการเหมือนหรือ คล้ายนี้ในทางกฎหมายไทยเป็นองค์กรประกอบทางกฎหมายสำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมาย

(8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาล ไทย ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐของประเทศไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือ องค์กรระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้จดทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายเช่นว่านั้น เป็นรางวัลสำหรับสินค้านั้น และใช้เป็นส่วนหนึ่งของ เครื่องหมายการค้า นั้น แต่ทั้งนี้ต้องระบุปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย

(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐ ประศาสน์บาย

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตาม หลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชน สับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ ตาม

(11) เครื่องหมายที่คล้ายกับ (1) (2) (3) (4) (5) (6) หรือ (7)

(12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

⁵⁷ คู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2554, สำนัก เครื่องหมายการค้า กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กรทรวงพาณิชย์, น. 21.

จากองค์ประกอบทางกฎหมายข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่า พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยได้มีการเพิ่มองค์ประกอบของความเป็นเครื่องหมายการค้าออกจากความตกลงทริปส์ถึง 2 องค์ประกอบด้วยกัน ทั้งกรณีต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด และ ต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่น สองประเด็นนี้เท่ากับว่าเป็นการสร้างมาตรฐานที่สูงกว่าความตกลงทริปส์ได้กำหนดเอาไว้เพียงองค์ประกอบว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะเพียงอย่างเดียว ซึ่งทั้งสองประเด็นนี้อาจเป็นปัจจัยต่อการวินิจฉัยปัญหาเรื่องมาตรการที่บังคับเข้ากับบรรทัดฐานของบุหรีซิกา แรตที่อาจแตกต่างจากบริบทของความตกลงทริปส์ได้เช่นเดียวกัน

ประเด็นแรกว่าด้วยองค์ประกอบเรื่องข้อห้ามตามกฎหมายนั้นเป็นไปตามสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศที่จะเลือกว่ากรณีใดบ้างที่ไม่สมควรได้รับการจดทะเบียนซึ่งก็จะมี ความแตกต่างกันไป สำหรับกรณีของประเทศไทยจะเห็นได้อย่างชัดเจนถึงเอกลักษณ์เกี่ยวกับ เครื่องหมายของพระมหากษัตริย์หรือราชวงศ์ไทยนั้นไม่สามารถนำมาจดทะเบียนตามกฎหมายได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ เหตุผลก็เนื่องมาจากระบบการปกครองและวัฒนธรรมของประเทศไทยที่ปกครองด้วย ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อนึ่งผู้วิจัยพึงตั้งข้อสังเกตไว้ว่าเครื่องหมาย ที่ต้องห้ามมิให้จดทะเบียนนั้นมีได้บัญญัติให้หมายรวมถึงเครื่องหมายสำหรับบุหรีซิกาแรตหรือยาสูบ ประการใด นอกจากนี้สำหรับสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่ผิดต่อกฎหมายชนิดต่าง ๆ เช่น ยาเสพติดนั้นเป็น ที่เข้าใจตรงกันว่าไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติลงไปด้วย เพราะเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอยู่แล้วแต่ต้น นอกจากนี้การนำชื่อสิ่งผิดกฎหมายมาทำเป็นเครื่องหมายการค้าก็มิอาจทำได้ด้วย เพราะจะขัดต่อ (9) ว่าด้วยเครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสน์ บาย ในส่วนนี้ผู้วิจัยต้องการเน้นย้ำว่าสินค้าบุหรีซิกาแรตมิใช่สินค้าที่ผิดกฎหมาย หรือ เป็นสินค้าที่ เป็นยาเสพติดอันมีความผิดต่อกฎหมาย จึงไม่เข้าองค์ประกอบว่าด้วยสิ่งต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน ตามกฎหมายแต่อย่างใด

ประเด็นข้างต้นนี้ผู้วิจัยต้องการเน้นย้ำในการตั้งข้อสังเกตเป็นอย่างยิ่งว่า เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่ามีการวิชาการทางสาธารณสุขและการแพทย์เป็นจำนวนมากที่อธิบายว่าสินค้า บุหรีซิกาแรตนั้นมิใช่สินค้าบริโภคทั่วไป เพราะ สินค้าบุหรีซิกาแรตหรือยาสูบสามารถสร้างอันตรายแก่ ผู้บริโภคเมื่อบริโภคเข้าไปจำนวนหนึ่ง⁵⁸ ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นความจริงที่ได้รับการพิสูจน์แล้วว่าบุหรีซิกา แรตเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้บริโภคจริงและในหลายกรณีก็ส่งผลกระทบต่อชีวิตของมนุษย์ ได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามในทางบริบทของกฎหมายบัญญัติที่บุหรีซิกาแรตยังมีใช้สินค้าที่ กฎหมายกำหนดให้เป็นสินค้าต้องห้ามเช่นเดียวกับยาเสพติด ดังนั้น บริบทของกฎหมายบัญญัติของ เครื่องหมายการค้าในปัจจุบันแนวทางที่จะทำให้สินค้าบุหรีซิกาแรตเป็นสินค้าที่ผิดกฎหมายเพื่อนำไปสู่การห้ามใช้เครื่องหมายการค้านั้นยังไม่สามารถทำได้

⁵⁸ ประกิต วาทีสารกกิจ, “มะเร็งปอดแชมป์เหตุตายจากมะเร็ง,” ศูนย์ข่าว มูลนิธิ ธรรมรงค์เพื่อการไม่สูบบุหรี่, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2560, จาก www.smokefreezone.or.th/, โปรดดู, หทัย ชิตานนท์, “บุหรีแปรร่าง อันตรายกว่าเดิม,” หนังสือพิมพ์ไทยโพสต์, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2560, จาก www.thaihealth.or.th.

ประการที่สองผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตเป็นประการสำคัญว่าองค์ประกอบที่ว่าด้วยความไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่นนั้น ความตกลงทริปส์กำหนดให้อยู่ในส่วนของสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในอันที่จะห้ามบุคคลอื่นเข้ามาใช้เครื่องหมายที่อาจเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของตนที่อาจก่อให้เกิดความสับสน ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกัองค์ประกอบความเป็นเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด กล่าวคือ แม้เครื่องหมายการค้าจะเหมือนหรือคล้ายกับบุคคลอื่น ความตกลงทริปส์ก็ยินยอมให้ความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าได้แต่เครื่องหมายนั้นอาจถูกโต้แย้งสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายที่จดทะเบียนเครื่องหมายนั้นก่อน ซึ่งในบางประเทศก็นิยมใช้ระบบดังกล่าว เช่น ระบบเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (Community Trademark) ที่ไม่มีองค์ประกอบว่าด้วยความเหมือนหรือคล้ายสำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เนื่องจากทางสำนักงานเครื่องหมายการค้าของยุโรปนั้นให้เป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกันเองในกระบวนการยุติธรรมว่าเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นเหมือนกับของตนหรือไม่ หากเหมือนเจ้าของสิทธิก็ย่อมมีสิทธิในทางกฎหมายในการร้องขอให้เพิกถอนดังกล่าว ในทางตรงกันข้าม พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยนั้นได้ห้ามเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจดทะเบียนตั้งแต่ต้นแล้ว กล่าวคือ เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายของความเป็นเครื่องหมาย ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบทางกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยนั้นสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำแห่งความตกลงทริปส์ ทั้งนี้แม้ความเหมือนหรือคล้ายจะเป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย แต่กฎหมายไทยก็ยังมีกำหนดให้มีการเขียนคำโต้แย้งได้หากผู้ใดเห็นว่าตนมีสิทธิที่ดีกว่าตามกฎหมาย⁵⁹

กล่าวโดยสรุป องค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าตาม พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยนั้นหากจะพิจารณาแล้วมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการพิจารณาเบื้องต้นสำหรับการสร้างมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพกรณีบุหรี่ยูนิเซฟและเครื่องหมายการค้า เพราะเหตุที่ว่าหากเครื่องหมายการค้าได้รับความคุ้มครองโดยการปฏิบัติตามองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าแล้วจะส่งผลให้เครื่องหมายการค้าได้รับความคุ้มครองโดยรัฐเองทั้งรูปแบบที่ปรากฏและคำอ่านออกเสียง ทั้งยังเป็นการยืนยันด้วยว่าเครื่องหมายที่ได้รับจดทะเบียนนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะทางกฎหมายวินิจฉัยโดยนายทะเบียนในฐานะผู้แทนของรัฐสำหรับการดำเนินการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ดังนั้น การที่รัฐจะเข้ามาเปลี่ยนแปลงสิ่งดังกล่าวโดยอ้างถึงบทบัญญัติของกฎหมายอื่นนั้น อาจส่งผลเป็นการทำลายองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะบ่งเฉพาะอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่หากเป็นเช่นนั้นจริงจะส่งผลให้มาตรการที่สร้างขึ้นขาดความเหมาะสมไปในที่สุด ทั้งนี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์โดยละเอียดในบทถัดไป

⁵⁹ พรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 มาตรา 35 “เมื่อได้ประกาศโฆษณาคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายใดตามมาตรา 29 แล้ว บุคคลใดเห็นว่าตนมีสิทธิดีกว่าผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้น หรือเห็นว่าเครื่องหมายการค้ารายนั้นไม่มีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 6 หรือการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้นไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ บุคคลนั้นจะยื่นคำคัดค้านต่อนายทะเบียนก็ได้ แต่ต้องยื่นภายในหกสิบวันนับแต่วันประกาศโฆษณาตามมาตรา 29 พร้อมทั้งแสดงเหตุแห่งการคัดค้าน”

3.2.3 สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า

สิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้าตาม พรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 44 ความว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27⁶⁰ และมาตรา 68⁶¹ เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้” จากบริบทขององค์ประกอบทางกฎหมายข้างต้น ขอแยกอธิบายออกเป็นสองส่วน ได้แก่

(1) มาตรา 44 นั้น บทกฎหมายกำหนดองค์ประกอบส่วนแรกไว้ว่าจะต้องมีการปฏิบัติตามมาตรา 27 และ 68 เสียก่อน ดังนั้นจึงขอพิจารณาทั้งสองมาตรารายคร่าว สำหรับมาตรา 27 นั้นเป็นเรื่องของการให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้ามากกว่าหนึ่งบุคคลไม่ว่าจะเป็นกรณีต่างเจ้าของต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกันโดยสุจริตหรือมีพฤติการณ์พิเศษอย่างหนึ่งอย่างใด เช่นนี้นายทะเบียนสามารถอนุญาตให้มีเจ้าของเครื่องหมายการค้ามากกว่าหนึ่งบุคคลได้ ส่วนกรณีตามมาตรา 68 นั้นเป็นเรื่องการทำอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ กฎหมายทั้งสองมาตรามุ่งนำเสนอว่าสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44 นั้นที่เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของนั้น อาจมีบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของ หรือ เจ้าของร่วมมาใช้สิทธิดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน

(2) ลักษณะของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ตามกฎหมายนั้นบัญญัติไว้ เจ้าของเครื่องหมายมีสิทธิ “ใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้” ในประเด็นนี้ พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยบัญญัติคำว่า “ใช้ (Use)⁶²” โดยการใช้ในที่นี้หมายถึงการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าเท่านั้น มิได้รวมถึงการใช้อย่างอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง สำหรับการใช้อย่างเครื่องหมายการค้า หมายถึง การใช้เครื่องหมายเพื่อนำเสนอถึงสินค้าหรือบริการว่ามีความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการที่นำเสนอโดยเครื่องหมายอื่นอย่างไร

⁶⁰ มาตรา 27 “ในกรณีที่มีผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 13 หรือ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้านั้นเป็นเครื่องหมายการค้าซึ่งต่างเจ้าของต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกันโดยสุจริต หรือมีพฤติการณ์พิเศษที่นายทะเบียนเห็นสมควรรับจดทะเบียน นายทะเบียนจะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันดังกล่าวให้แก่เจ้าของหลายคนก็ได้ โดยจะมีเงื่อนไขและข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการใช้และเขตแห่งการใช้เครื่องหมายการค้า นั้น หรือเงื่อนไขและข้อจำกัดอื่นตามที่นายทะเบียนเห็นสมควรกำหนดด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ให้นายทะเบียนมีหนังสือแจ้งคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ขอจดทะเบียนและเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วทราบโดยไม่ชักช้า”

⁶¹ มาตรา 68 “เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วจะทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน สำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ทั้งหมดหรือบางอย่างก็ได้”

⁶² Section 44, Trademark Act Official Translation “Subject to Sections 27 and 68, a person who is registered as the owner of a trademark shall have the exclusive right to use it for the goods for which it is registered.”

พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยหากเปรียบเทียบกับความตกลงทริปส์ที่ได้ นำเสนอไปข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันอย่างยิ่งในเชิงลายลักษณ์อักษร เนื่องจากกฎหมาย ไทยบัญญัติว่า มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมาย ในทางตรงกันข้ามความตกลงทริปส์บัญญัติ ว่า มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการห้ามบุคคลที่สามเข้ามาใช้เครื่องหมายของตน (Exclusive Right to Prevent All Third parties) ในประเด็นนี้ผู้วิจัยได้มีการวิเคราะห์โดยอาศัยแนวทางการใช้และการ ตีความกฎหมายแล้วพบว่าแม้ว่าการใช้คำจะมีการเขียนที่แตกต่างกันระหว่าง “การใช้” และ “การ ห้ามบุคคลที่สามใช้” ผลลัพธ์ก็เป็นเช่นเดียวกัน คือ เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวใน การใช้เครื่องหมายของตนนั้นก็หมายความว่าบุคคลอื่นไม่มีสิทธิใช้เครื่องหมายดังกล่าวนั่นเอง ทั้งนี้ จะต้องไม่ลืมว่าสิทธิดังกล่าวขึ้นอยู่กับสินค้าหรือบริการที่จดทะเบียนกับเครื่องหมายการค้าเท่านั้น

สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้วิจัยขอเน้นย้ำว่าลักษณะแห่ง สิทธินั้นแบ่งออกเป็น 2 ส่วนแยกออกจากกัน ส่วนแรกว่าด้วยสิทธิตามกฎหมายซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้ เดียวข้างต้น ส่วนที่สองว่าด้วยสิทธิความเป็นเจ้าของเครื่องหมายตามธรรมชาติที่ไม่ต้องกฎหมาย บัญญัติมอบให้ กล่าวคือ ไม่ต้องได้รับมอบจากรัฐในรูปแบบของระบบทะเบียน ในส่วนนี้ก็เป็นไปตาม ลักษณะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าจากบริบทหลักการแห่งกฎหมายที่ว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่กฎหมายมอบให้เป็นสิทธิเชิงปฏิเสธ (Negative Rights)⁶³ แก่เจ้าของ เพื่อปฏิเสธบุคคลอื่นมิให้มาละเมิดสิทธิของตน ในทางตรงกันข้ามการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิ ที่เจ้าของมีอยู่แล้ว โดยไม่ต้องมีกฎหมายมอบให้ ดังนั้น หากต้องการใช้และตีความกฎหมายให้ถูกต้อง ตามหลักการแล้วจะเห็นได้ว่าแนวทางการบัญญัติคำทางกฎหมายของ พรบ. เครื่องหมายการค้าของ ไทยอาจทำให้สับสนได้ เพราะ กฎหมายเลือกเขียนวลีว่า “มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้” อย่างไรก็ตาม วลีดังกล่าวก็ได้ชี้ชัดขบวนการตีความกฎหมายที่ถูกต้องตามหลักการแห่งกฎหมายได้ที่จะต้องนิยามว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเชิงปฏิเสธ แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าตามระบบเครื่องหมายการค้าของไทย นั้น เครื่องหมายที่มีได้จดทะเบียนก็สามารถใช้ได้ เพียงแต่จะไม่ได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการปฏิเสธ บุคคลอื่น นอกจากนี้เพื่อเป็นการยืนยันหลักการข้างต้น พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยยังได้ กำหนดสิทธิสำหรับเครื่องหมายที่มีได้จดทะเบียนไว้ในมาตรา 46 วรรค 2⁶⁴ เป็นเรื่องของการลงขาย ซึ่งในส่วนนี้นั้นเป็นสิทธิเพิ่มเติมที่กฎหมายมอบให้จากการจดทะเบียน กล่าวคือ หากมีองค์ประกอบ ครบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เครื่องหมายที่จดทะเบียนหรือไม่ก็ตามมิใช่สาระสำคัญในการได้รับ สิทธิว่าด้วยเรื่องของการลงขายตามมาตรา 46 วรรค 2 นี้

⁶³ เลอสรร ธนสุกาญจน์. “การบริหารจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวข้องกับ เทคโนโลยี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2558, จาก <http://www.lerson.sc.chula.ac.th/bc/index.php/articles/tech-innovation/ipr-management>, น. 14.

⁶⁴ มาตรา 46 “บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมาย การค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของ เจ้าของเครื่องหมายการค้านี้”

การลวงขาย (Passing Off) เป็นลักษณะหนึ่งของการแข่งขันทางการค้าโดยใช้วิธีการที่ไม่ชอบธรรมเอาเปรียบคู่แข่งอื่น ดังนั้น เพื่อให้การแข่งขันดำเนินต่อไปอย่างเป็นธรรมต่อผู้ค้าขายทั้งหลาย กฎหมายเครื่องหมายการค้าจึงต้องเข้ามาควบคุมดูแลด้วย ลักษณะของการกระทำที่เป็น การลวงขาย คือ การที่บุคคลหนึ่งเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า⁶⁵ ในประเด็นนี้หากพิจารณาจากการกระทำของผู้ลวงขายจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า แสดงให้เห็นว่าเครื่องหมายที่ถูกละเมิดนั้นจะต้องมีชื่อเสียงแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับของสาธารณชนโดยสามารถทำประโยชน์ทางพาณิชย์ธุรกิจได้อย่างมหาศาล มิเช่นนั้นผู้ลวงขายคงจะไม่เข้าแสวงประโยชน์โดยมิชอบ เมื่อเป็นเช่นนี้กฎหมายก็มีการกำหนดเอาไว้เช่นเดียวกันว่าเครื่องหมายที่จะได้รับสิทธิคุ้มครองเรื่องการลวงขายมิใช่จะเป็นเครื่องหมายใดก็ได้ และสาระสำคัญก็ได้ขึ้นอยู่กับการจดทะเบียน ในทางตรงกันข้ามสาระสำคัญของการคุ้มครองเรื่องลวงขายนั้นอยู่ที่ชื่อเสียงของเครื่องหมายนั้น ๆ ในเรื่องชื่อเสียงแพร่หลาย โดยการมีชื่อเสียงแพร่หลายตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า (Well-Known Marks) ของไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2547 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ได้แก่ 1. สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นจะต้องมีการจำหน่ายหรือมีการใช้หรือมีการโฆษณาอย่างแพร่หลายโดยสุจริต และ 2. เครื่องหมายนั้นจะต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภค⁶⁶

ลักษณะพิเศษของการคุ้มครองเรื่องลวงขายนี้ หากสังเกตให้ดีจะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้คุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีคุ้มครองสาธารณชนมิให้สับสนหลงผิดจากการกระทำว่าด้วยการลวงขาย กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้และตีความสำหรับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเพื่อเป็นหลักประกันว่าสังคมได้รับรู้ถึงเครื่องหมายดังกล่าว และเมื่อมีการแสวงประโยชน์โดยมิชอบสังคมจะได้รับผลกระทบด้วยเช่นเดียวกัน เพราะจะต้องสับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้น ๆ กล่าวคือ การคุ้มครองเรื่องการลวงขายนี้ยังเป็นการยืนยันถึงหลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้า คือ การป้องกันความสับสนหลงผิด เพียงแต่ในประเด็นนี้เป็นกรณีของการกระทำโดยทุจริตของบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตามจกต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าสิทธิในประการนี้นั้นยังเป็นสิทธิที่กฎหมายมอบให้อยู่มิใช่ว่าคุณจะมีได้ด้วยตนเองเช่นเดียวกับสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อทำประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า จึงยังมีความจำเป็นต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ เจ้าของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายสามารถกล่าวอ้างสิทธิได้ต่อบุคคลที่สามสำหรับการกระทำในลักษณะลวงขายเท่านั้น ดังนั้น การที่รัฐออกมาตรการเพื่อบังคับเอาภัยกับบรรจุกฎณ์ในประเด็นที่งานวิจัยนี้ตั้งขึ้นแม้ว่าจะไม่เข้าองค์ประกอบเรื่องการลวงขาย แต่ก็ยังอยู่ในขอบเขตของการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดอยู่เช่นเดิม

⁶⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 28*, น. 328.

⁶⁶ ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2547, กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กระทรวงพาณิชย์, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2558, จาก http://www.ipthailand.go.th/images/781/t_1008.pdf.

บริบทของสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้านี้เป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งต่อการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพ สาเหตุเพราะมีการใช้และตีความกฎหมายเครื่องหมายการค้าอย่างแพร่หลายว่า เมื่อผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมาย ดังนั้น การที่รัฐเข้ามาปรับเปลี่ยนรูปแบบของเครื่องหมายจึงมิได้เป็นการกระทบสิทธิแต่อย่างใด เพราะรัฐมิได้เข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของสิทธิในอันที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดระหว่างสินค้าหรือบริการของเจ้าของสิทธิ อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์เช่นนี้ทำให้เกิดการโต้แย้งอย่างแพร่หลาย เนื่องจากการใช้และการตีความโดยยึดถือเพียงสิทธิที่กฎหมายมอบให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยไม่พิจารณาบริบทอื่นประกอบด้วยเลยส่งผลให้เกิดผลลัพธ์ที่ประหลาด เพราะเท่ากับว่ารัฐมีสิทธิเปลี่ยนแปลงแก้ไขทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีนี้ คือ เครื่องหมายการค้าอย่างใดก็ได้โดยอ้างถึงเพียงเหตุผลเรื่องการคุ้มครองสุขภาพ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอเน้นย้ำประเด็นแห่งการวิเคราะห์ปัญหาว่ามีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการเบื้องหลังแห่งกฎหมายเป็นประการสำคัญ นอกจากนี้ยังมีประเด็นในทางปฏิบัติประกอบด้วยว่าเมื่อเครื่องหมายได้รับจดทะเบียนโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะหน่วยงานของรัฐแล้ว รัฐจะสามารถเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเครื่องหมายที่จดทะเบียนไปได้หรือไม่

3.2.4 ข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า

หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายเมื่อถูกสร้างขึ้นแล้วย่อมต้องมีการสร้างข้อยกเว้นทางกฎหมายขึ้นพร้อมกัน ในฐานะที่เป็นส่วนที่ให้ความยืดหยุ่นสำหรับการใช้และการตีความกฎหมายมิให้มีความตึงมากเกินไปจนสมควร เมื่อพิจารณาถึงเหตุผล แนวคิด รวมไปถึงองค์ประกอบทางกฎหมายยกตัวอย่างเช่น การขำผู้อื่นมีความผิดทางกฎหมายอาญา แต่ก็มีข้อยกเว้นได้หากการกระทำเป็นการป้องกันโดยสมควรแก่เหตุ ในกรณีของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาผู้วิจัยได้นำเสนอแล้วว่าหลักการสำคัญเบื้องหลังอันเป็นจุดกำเนิดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ หลักการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์สาธารณะ⁶⁷ โดยการสร้างความสมดุลนี้แสดงออกให้อยู่ในหลายรูปแบบของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นบทกฎหมายหลัก กระบวนการให้ความคุ้มครอง หรือแม้กระทั่งการสร้างข้อยกเว้นนี้ซึ่งเป็นส่วนสำคัญและได้รับความนิยมนมากที่สุดเนื่องจากทำได้สะดวกโดยไม่ต้องไปกระทบกระเทือนถึงบริบทของหลักการแห่งกฎหมาย กระบวนการขอรับความคุ้มครอง หรือ ระบบทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นสำหรับการใช้และการตีความกฎหมายที่ให้ความเป็นธรรมสูงสุด ในประเด็นนี้ความตกลงทริปส์ได้มีการบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นทางกฎหมายเอาไว้หลายส่วนด้วยกันทั้งในบริบทของเครื่องหมายการค้าเอง หรือบริบทในหลักการกลางของความตกลงในข้อที่ 8⁶⁸ซึ่งมีการกล่าวถึงเรื่องสาธารณสุขเอาไว้โดยมีการเน้นย้ำถึงอำนาจของรัฐสมาชิกที่จะกำหนดข้อยกเว้นหรือออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อเป็นข้อยกเว้นสิทธิได้หากมีความจำเป็นต้องกระทำ

⁶⁷ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 11*, น. 149-164.

⁶⁸ TRIPs Article 8, *supra note 7*.

สำหรับพรบ. เครื่องหมายการค้าของไทยนั้นเป็นที่น่าสนใจว่าไม่มีการเขียนหมวดว่าด้วยสิทธิหรือข้อยกเว้นแห่งสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้อย่างชัดเจน ในทางตรงกันข้ามบทบัญญัติที่เป็นการยกเว้นสิทธิได้แฝงตัวอยู่ในส่วนต่าง ๆ โดยผู้วิจัยได้ทำการสืบค้นจากพรบ. เครื่องหมายการค้าแล้ว พบข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ ดังนี้

(1) การใช้สิทธิโดยสุจริตตาม มาตรา 47⁶⁹ กรณีนี้เป็นเรื่องที่ใช้ชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าโดยสุจริตเพื่อบรรยายซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตนนั้น แม้จะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วนั้น กฎหมายเครื่องหมายการค้าจะไม่เข้าไปขัดขวางในการกระทำโดยสุจริต ประเด็นที่มาตราได้ถูกบัญญัติก็เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้สุจริตซึ่งหมายถึงผู้ที่ไม่ทราบว่าการใช้ของตนไปมีส่วนที่ละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งกฎหมายยินยอมให้กระทำได้เป็นข้อยกเว้นประการหนึ่ง

(2) การไม่ใช้เครื่องหมายที่ตนได้จดทะเบียนไว้ตาม มาตรา 63⁷⁰ ในกรณีนี้เป็นเรื่องการที่เจ้าของเครื่องหมายมาจดทะเบียนจนสำเร็จทุกกระบวนการและได้ทะเบียนแห่งสิทธิแล้ว อย่างไรก็ตามเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิได้ใช้สิทธิของตนที่ได้รับตามกฎหมายเสมือนเป็นการจดทะเบียนกันสิทธิของบุคคลอื่นที่จะใช้เครื่องหมายดังกล่าวทำประโยชน์ได้ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือนายทะเบียนอาจร้องขอต่อคณะกรรมการให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ สาเหตุที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ด้วยเหตุเพราะ กฎหมายต้องการให้สังคมได้รับประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าดังกล่าวด้วย เมื่อเจ้าของเครื่องหมายมิได้มุ่งจะใช้สิทธิของตน กฎหมายจึงกำหนดให้มีการเพิกถอนสิทธิได้ เพื่อให้สังคมหรือบุคคลอื่นนำเอาเครื่องหมายดังกล่าวไปขอรับความคุ้มครองหรือใช้สิทธิเป็นลำดับต่อไป ดังนั้น การรับทะเบียนทางเครื่องหมายนั้นมีความจำเป็นจะต้องมีการใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายต่อสินค้าหรือบริการด้วย จะเพิกเฉยมิใช้สิทธิดังกล่าวไม่ได้ ทั้งนี้ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ได้เปิดโอกาสให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าหากการไม่ใช้มีเหตุผลที่เหมาะสมก็อาจเป็นเหตุให้ยกคำร้องเพิกถอนได้เช่นเดียวกัน

⁶⁹ มาตรา 47 “การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตนหรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน”

⁷⁰ มาตรา 63 “ผู้มีส่วนได้เสียหรือนายทะเบียนอาจร้องขอต่อคณะกรรมการให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าใดได้ หากพิสูจน์ได้ว่าในขณะที่ขอจดทะเบียน เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นมิได้ตั้งใจโดยสุจริตที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ และตามความจริงก็ไม่เคยมีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นโดยสุจริตสำหรับสินค้าดังกล่าวเลย หรือในระหว่างสามปีก่อนที่จะมีคำร้องขอให้เพิกถอนมิได้มีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นโดยสุจริตสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ ทั้งนี้ เว้นแต่เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นจะพิสูจน์ได้ว่า การที่มีได้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นมีสาเหตุมาจากพฤติการณ์พิเศษในทางการค้า และมีได้มีสาเหตุมาจากความตั้งใจที่จะไม่ใช้หรือจะละทิ้งเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

(3) การมีลักษณะสามัญตาม มาตรา 66⁷¹ กรณีสุดท้ายที่เป็นข้อยกเว้นในสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น คือ กรณีที่เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ของตนเองได้อย่างดีมากเกินไป จนส่งผลถึงขนาดให้เครื่องหมายนั้นเป็นสิ่งสามัญทั่วไป กล่าวคือ เครื่องหมายมิได้เป็นเครื่องหมายตามนิยามแห่งกฎหมายอีกต่อไป เพราะ ขาดไปซึ่งวัตถุประสงค์ในการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า คือ การแสดงเอกลักษณ์ให้มีความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการที่เครื่องหมายนำเสนออยู่ให้แตกต่างจากที่เครื่องหมายอื่นนำเสนออยู่ ในประเด็นนี้เป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากกฎหมายเล็งเห็นถึงความสำคัญว่าหากเครื่องหมายไม่สามารถทำหน้าที่ของตนเองได้แล้วย่อมขาดจากความเป็นเครื่องหมายไป ซึ่งในส่วนนี้จะต้องเป็นเหตุมาจากการเป็นสิ่งสามัญเท่านั้น อย่างไรก็ตาม กรณีที่ขาดลักษณะบ่งเฉพาะไปนั้นเป็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งว่าสามารถเพิกถอนได้หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วย่อมเป็นไปได้ เพราะ เมื่อเครื่องหมายจดทะเบียนแล้วจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงรูปแบบได้เลยไม่ว่าวิธีการใด ๆ กล่าวคือ เครื่องหมายที่ได้รับจดทะเบียนจึงมีสถานะรับจดทะเบียนไปแล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในขั้นตอนของการใช้ไม่มีส่วนผลกระทบอย่างไรต่อคำขอจดทะเบียน

มาตรา 66 ว่าด้วยการเพิกถอนเครื่องหมายที่กลายเป็นสิ่งสามัญนั้น เมื่อถอดความแล้วจะเห็นได้ว่าสาระสำคัญ คือ เครื่องหมายที่ไม่สามารถทำหน้าที่ของตนเองได้แล้ว เพราะสังคมเห็นว่าเป็นสิ่งสามัญ หากวิเคราะห์การใช้และการตีความกฎหมายแล้ว เครื่องหมายที่ปราศจากลักษณะบ่งเฉพาะภายหลังจะสามารถบัญญัติกฎหมายให้ถูกร้องขอเพิกถอนได้อย่างเดียวกันหรือไม่ประการใด ซึ่งหากพิจารณาตามหลักกฎหมายบัญญัติแล้วตอบได้ว่าไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากกฎหมายมิได้ให้อำนาจกระทำการไว้ ในทางตรงกันข้ามหากพิจารณาในเชิงของหลักการทางกฎหมาย ผู้วิจัยเห็นว่าหากมีบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาในอนาคต บทบัญญัติดังกล่าวก็มีความสมเหตุสมผลภายในตรรกะเดียวกัน เพราะ เครื่องหมายการค้าได้สิ้นสาระสำคัญของตนเองไปแล้วนั่นเอง

มาตรการที่บังคับกับบรรจุกฎหมายของบุรีศรีกาเรตนั้นจะต้องพิจารณาแยกออกเป็น 2 ส่วนในหัวข้อนี้ คือ 1) การเปลี่ยนแปลงรูปแบบบรรจุกฎหมายนั้นขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนลักษณะบ่งเฉพาะออกไปหรือไม่ และ 2) หากมีการเพิกถอนลักษณะบ่งเฉพาะข้างต้นจริงจะถือได้ว่ากระทำการโดยละเมิด พรบ. เครื่องหมายการค้าหรือไม่ประการใด ทั้งนี้องค์ประกอบทางกฎหมายเครื่องหมายการค้ายังมีประการอื่นอีกซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวถึงไปก่อนหน้านี้ และจะได้ทำการกล่าวถึงต่อไปเพื่อให้ครบองค์ประกอบแห่งการวินิจฉัยแนวทางการสร้างมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพเพื่อก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผลประโยชน์สาธารณะให้มีประสิทธิภาพและตรงตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมากที่สุด ทั้งนี้จะต้องพิจารณาอย่างรอบด้านโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการของเครื่องหมายการค้า

⁷¹ มาตรา 66 “ผู้มีส่วนได้เสียหรือนายทะเบียนอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ หากแสดงได้ว่าในขณะที่ร้องขอนั้นเครื่องหมายการค้านั้นได้กลายเป็นสิ่งที่ใช้กันสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าบางอย่างหรือบางจำพวก จนกระทั่งในวงการค้าหรือในสายตาของสาธารณชน เครื่องหมายการค้านั้นได้สูญเสียความหมายของการเป็นเครื่องหมายการค้าไปแล้ว”

3.2.5 ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ

ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress) เป็นพัฒนาการแนวความคิดการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ผู้เป็นเจ้าของต้องการให้ทรัพย์สินของตนได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น ผู้วิจัยได้นำเสนอไปในส่วนหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าแล้วว่า ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นใหม่ แต่เป็นการนำเอาสิ่งที่มีอยู่แล้วเดิมมาอธิบายและนำเสนอให้เข้ากับองค์ประกอบของกฎหมาย สำหรับการถือกำเนิดของส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้นเป็นการเน้นย้ำถึงสาระสำคัญของหลักการแห่งเครื่องหมายการค้า คือ การสร้างความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่เครื่องหมายนั้นได้นำเสนออยู่จากสินค้าหรือบริการที่เครื่องหมายอื่นได้นำเสนออยู่ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าหลักการนี้เป็นพื้นฐานและเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดในกฎหมายเครื่องหมายการค้า ดังนั้น แนวคิดที่ว่าเครื่องหมายการค้าไม่มีความจำเป็นจะต้องมีลักษณะเป็น ตรา, สัญลักษณ์ หรือ เครื่องหมาย ฯลฯ หากแต่เพียงสามารถทำหน้าที่ตามหลักการของเครื่องหมายการค้าก็สามารถเป็นเครื่องหมายได้เช่นเดียวกัน จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า พรบ. เครื่องหมายการค้าของไทย แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 นั้นมีการเพิ่มเติมเรื่องเสียง⁷²เข้าไปให้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ นอกจากนี้ในประเทศอื่นยังมีการให้ความคุ้มครองกลิ่น⁷³ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกัน

ในประเด็นนี้จากข้อมูลที่ได้ทำการศึกษาและค้นคว้ามาแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้ามิใช่ตัวเครื่องหมาย ตรา สัญลักษณ์ หรือการแสดงออกในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด แต่เป็นการทำหน้าที่ของสิ่งนั้นในการแยกแยะสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น ดังนั้น การเพิกถอนสาระสำคัญนี้จึงไม่สามารถกระทำได้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ เพราะจะทำให้เครื่องหมายการค้าไม่มีสถานภาพเป็นเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป เนื่องจากขาดไปซึ่งองค์ประกอบทางกฎหมายแล้ว ผู้วิจัยจึงขอตั้งประเด็นของการเพิกถอนเครื่องหมายการค้ามาอธิบายประกอบร่วมกันอีกครั้งว่า หากเครื่องหมายการค้าขาดไปซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะในอันที่จะสร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการได้แล้ว การบัญญัติกฎหมายให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวออกจากระบบทะเบียนก็เป็นเรื่องที่เหมาะสมผลในทางทฤษฎีของกฎหมายเช่นเดียวกัน กล่าวโดยสรุปการเป็นเครื่องหมายการค้านั้นมีได้ยึดติดกับรูปลักษณ์ที่ปรากฏแต่เป็นการทำหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้า ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการใช้และตีความเพื่อเพิ่มเติมลักษณะของเครื่องหมายหากสามารถทำหน้าที่ได้เช่นเดียวกัน

⁷² มาตรา 7 วรรค 2 (11) “เสียงอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้น โดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น”

⁷³ U.S Trademark Law, Section 2.52 (e) “Sound, scent, and non-visual marks. An applicant is not required to submit a drawing if the mark consists only of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed description of the mark.”

ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการถือกำเนิดขึ้นด้วยหลักการและเหตุผลเดียวกัน ทั้งนี้กลับมีความใกล้ชิดมากกว่ากลิ่นหรือเสียง เพราะส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการจัดว่าเป็นภาคส่วนที่ปรากฏด้วยการมองเห็นต่อสายตา (Eye Vision) พร้อมกับเครื่องหมายที่นำเสนอถึงสินค้าหรือบริการนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าบางรายจึงนิยมยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายพร้อมกับส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการพร้อมกันไม่ว่าจะเป็นรูปทรง, ลวดลาย หรือส่วนอื่นส่วนใดที่ปรากฏให้เห็นบนบรรจุภัณฑ์ซึ่งในประเด็นนี้เจ้าของบุหรี่ยี่ห้อตราได้ตระหนักถึง และมีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในลักษณะดังกล่าวเช่นเดียวกัน⁷⁴ เนื่องจากกฎหมายไทยได้ให้การยอมรับการจดทะเบียนส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการไว้เช่นเดียวกัน โดยพิจารณาจากนิยามของคำว่าเครื่องหมายที่ปรากฏในมาตรา 4 พรบ. เครื่องหมายการค้า ความว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” จะเห็นได้ว่าส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการต่างได้ถูกยอมรับในนิยามแห่งบทบัญญัตินี้ ไม่เพียงแต่รูปร่างรูปทรงของวัตถุแต่ยังรวมไปถึงภาพวาด ภาพประดิษฐ์ที่อาจถูกถ่ายทอดให้อยู่ในรูปแบบลวดลายประกอบ เห็นได้ชัดเจนจากวลีสุดท้ายที่ว่า “สิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” กล่าวคือภาพรวมของสิ่งที่ปรากฏออกมาทั้งหมดจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

อนึ่งจากข้อมูลที่ได้นำเสนอมาทั้งหมดนี้จึงต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าแม้ว่าสิ่งทั้งหลายที่ทำหน้าที่เพื่อสร้างลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการนั้นกฎหมายได้ทำการนิยามให้เป็นเครื่องหมายด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นสิ่งใดก็จะต้องมาพิจารณาตามองค์ประกอบแห่งเครื่องหมายการค้าทั้งสามประการตามมาตรา 6 ได้แก่ (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ (2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และ (3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณารับจดทะเบียนทั้งหมดก็เป็นเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายที่เมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วจะได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นภาพรวม

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนี้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากมาตรการที่บังคับเข้ากับบรรจุภัณฑ์ของบุหรี่ยี่ห้อตรา เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงอันเป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดนั้นมีได้กระทบเพียงเฉพาะตัวเครื่องหมายการค้า ในทางตรงกันข้ามผลกระทบกับขยายวงกว้างออกไปถึงส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการด้วยเนื่องจากลักษณะของมาตรการกำหนดให้มีการเปลี่ยนแปลงทั้งบรรจุภัณฑ์ให้มีลักษณะที่ด้อยคุณค่าลง (Dilution) ดังนั้นการพิจารณาผลกระทบจึงจะต้องวิเคราะห์ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการด้วย

⁷⁴ 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.

3.2.6 ระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพิธีสารมาดริด

พรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 นั้นมีสาระสำคัญ คือ การปฏิบัติตามระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามพิธีสารมาดริด โดยระบบดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามีประสิทธิภาพด้วยการอาศัยการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศ สาเหตุมาจากแต่เดิมนั้นตามหลักการของความตกลงทริปส์ว่าด้วยเรื่องหลักดินแดนที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไปในส่วนของหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศนั้น ทรัพย์สินทางปัญญาจะได้รับความคุ้มครองจากอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐที่ขอยื่นความคุ้มครองเท่านั้นไม่ก้าวล่วงไปถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น ส่งผลให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องยื่นคำขอรับความคุ้มครองสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาของในแต่ละรัฐแยกต่างหากออกจากกันซึ่งทำให้เกิดความลำบากในการรักษาสិทธิ ทั้งเป็นการเสียทรัพยากรเงินตรารวมไปถึงการก่อให้เกิดความสับสนในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

แนวทางการสร้างระบบทะเบียนลักษณะใหม่ที่เป็นความร่วมมือระหว่างรัฐจึงเกิดขึ้นสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาที่นิยมจะต้องขอรับความคุ้มครองทางทะเบียน โดยเป็นการสร้างระบบที่เมื่อยื่นขอรับความคุ้มครองผ่านสำนักงานที่กำหนดขึ้นมาเฉพาะ ตัวสำนักงานนั้นจะทำหน้าที่กระจายส่วนคำขอรับความคุ้มครองไปยังรัฐอื่น ๆ ที่ผู้ขอประสงค์ไว้ซึ่งจะเป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาให้ความคุ้มครองรวดเร็วขึ้นมาก เนื่องจากผู้ขอไม่มีความจำเป็นต้องยื่นคำขอใหม่สำหรับแต่ละประเทศแยกออกจากกัน ทรัพย์สินทางปัญญาที่นิยมขอความรับความคุ้มครองทางทะเบียน คือ ทรัพย์สินอุตสาหกรรม สำหรับสิทธิบัตร คือ สนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร (Patent Cooperation Treaty (PCT) และ

ส่วนกรณีเครื่องหมายการค้า นั้น คือ พิธีสารกรุงมาดริด (Madrid Protocol) โดยประเทศไทยนั้นมีความประสงค์จะเข้าเป็นภาคีสมาชิกของพิธีสารกรุงมาดริด จึงได้แสดงความจำนงขอสมัครเข้าเป็นภาคีได้ที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (WIPO) เพื่ออนุวัติการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในประเทศซึ่งก็คือการแก้ไขเพิ่มเติม พรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2559 ในการที่จะป้องกันปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้า และมีให้ผู้แสวงประโยชน์โดยมิชอบนำเครื่องหมายการค้าไปจดทะเบียนในต่างประเทศโดยมิได้เป็นเจ้าของ ดังนั้น ผู้ประกอบการหรือผู้ส่งออกของไทยก็จะได้รับประโยชน์ที่จะสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพื่อขอรับความคุ้มครองในประเทศต่าง ๆ ได้ หลายประเทศในคราวเดียวกัน โดยยื่นคำขอจดทะเบียนเพียงคำขอเดียว ใช้เพียงภาษาเดียว (อังกฤษ ฝรั่งเศส หรือสเปน) และเสียค่าธรรมเนียมเพียงครั้งเดียว ซึ่งก็จะทำให้ได้รับความสะดวก รวดเร็วในการยื่นคำขอจดทะเบียน และประหยัดค่าใช้จ่ายในการเดินทางอีกด้วย⁷⁵ ทั้งหมดนี้ก็จะเป็นการแก้ไขปัญหาค่าความสับสนในการให้ความคุ้มครองสำหรับเรื่องหลักดินแดนได้เป็นอย่างดี เพราะเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะได้รับความคุ้มครองพร้อมกันหลายประเทศจากการยื่นคำขอจดทะเบียนเพียงครั้งเดียว

⁷⁵ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศ ตามพิธีสารกรุงมาดริด, สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2560 จาก <http://www.ipthailand.go.th>.

สำหรับขั้นตอนการจดทะเบียนนั้นการยื่นคำขอให้ยื่นต่อสำนักงานระหว่างประเทศ (International Bureau) ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกโดยยื่นผ่านสำนักงานทะเบียนต้นกำเนิดของประเทศผู้ขอ ซึ่งจะดำเนินการตรวจสอบและรับรองว่าเครื่องหมายที่ยื่น สินค้า และ/หรือบริการที่ระบุ เหมือนกับคำขอรากฐาน (Basic Application) หรือทะเบียนรากฐาน (Basic Registration) คำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่จะนำไปยื่นขอจดทะเบียนระหว่างประเทศตามพิธีสารกรุงมาดริดได้นั้น ต้องเป็นคำขอที่มีการยื่นขอจดทะเบียน หรือได้รับการจดทะเบียนไว้แล้วในประเทศต้นกำเนิด⁷⁶ โปรดพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าการยื่นขอรับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยใช้วิธีการผ่านพิธีสารกรุงมาดริดนี้มิใช่ว่าเมื่อยื่นแล้วจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันทั้งหมด ระบบมาดริดเกิดขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ยื่นโดยสำนักงานทะเบียนต้นกำเนิดจะช่วยเหลือดำเนินการให้ แต่มิได้หมายความว่าเมื่อสำนักงานทะเบียนต้นกำเนิดยื่นเรื่องแล้วจะได้รับความคุ้มครองหรือได้รับจดทะเบียนทุกกรณี เหตุผลเพราะ คำขอที่สำนักงานทะเบียนต้นกำเนิดยื่นไปในแต่ละประเทศนั้น จะต้องเข้ารับการพิจารณาของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าแต่ละประเทศผู้มีอำนาจตรวจสอบตามหลักดินแดนอยู่นั่นเอง กล่าวคือ ความสะดวกในการยื่นมิใช่เรื่องเดียวกันกับการพิจารณาจดทะเบียน ผู้วิจัยขอเสริมประเด็นเรื่องกฎหมายภายในเพิ่มเติมอีกด้วยการอนุวัติการความตกลงทริปส์แต่ละประเทศนั้นแตกต่างกันไปดังของประเทศไทยที่ได้ยกตัวอย่างแล้วว่ามีกรมการประกอบจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มากกว่าความตกลงทริปส์ ซึ่งประเทศอื่นอาจอนุวัติการแตกต่างออกไปได้ ดังนั้น เมื่อยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหนึ่งผ่านระบบมาดริดมิได้หมายความว่าเครื่องหมายจะได้รับจดทะเบียนทั้งหมด แต่อาจถูกเพิกถอนไปตามแต่องค์ประกอบ การพิจารณาของนายทะเบียน และกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ได้เช่นเดียวกัน

ผู้วิจัยได้นำเอาเรื่องพิธีสารกรุงมาดริดเข้ามาพิจารณาด่วนนั้น เนื่องจากระบบการขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายเครื่องหมายการค้านี้โดยหลักแล้ว นายทะเบียนจะมีสิทธิเพียงปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมาย, ขอให้แก้ไขในรายละเอียดเล็กน้อยที่มีใช้สาระสำคัญเกี่ยวกับตัวเครื่องหมาย หรือ รับจดทะเบียนเครื่องหมายเท่านั้น แต่นายทะเบียนไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้ผู้ขอหรือเจ้าของเครื่องหมายแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงตัวเครื่องหมายได้เลยไม่ว่ากรณีใด ๆ เพราะหากเครื่องหมายที่ยื่นมานั้นไม่ครบองค์ประกอบเป็นเครื่องหมายการค้านายทะเบียนมีสิทธิปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนได้อย่างเดียว ปัญหาที่เกิดขึ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับมาตรการบรรจุกฎหมายของบุหรูซีกาแรต คือ หากเครื่องหมายและส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้นได้ถูกยื่นคำขอผ่านพิธีสารกรุงมาดริดและได้รับจดทะเบียนในหลายประเทศแล้ว นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าของไทยจะต้องดำเนินการอย่างใดได้หรือไม่ เพราะการรับจดทะเบียนเครื่องหมายและส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการข้างต้นนั้นจะต้องถูกเปลี่ยนแปลงให้มีรูปแบบแตกต่างออกไปจากที่จดทะเบียนเอาไว้ด้วยผลของพระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายที่อนุวัติการจากกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ โดยผู้วิจัยจะได้นำเสนอโดยละเอียดในบทวิเคราะห์ต่อไป

⁷⁶ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศ ตามพิธีสารกรุงมาดริด, เพิ่งอ้าง.

บทที่ 4

วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายของบรรจุกัมภ์ของบุหรีซิกาแรต

ผู้วิจัยได้นำเสนอถึงชุดข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าตามกรอบการศึกษาของผู้วิจัยฉบับนี้ทั้งหมดแล้ว โดยแบ่งสาระสำคัญของชุดข้อมูลการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกว่าด้วยหลักการและข้อความคิดของทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าที่ได้ทำการศึกษาผ่านบริบททางประวัติศาสตร์ วิเคราะห์ออกมาเป็นแนวคิดการให้ความคุ้มครอง การสร้างข้อยกเว้น รวมไปถึงวิวัฒนาการทางกฎหมายอย่างเป็นพลวัตรที่นำไปสู่การนำเสนอชุดข้อมูลส่วนที่สองว่าด้วยกฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏตัวอยู่ในรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลงทริปส์) ภายใต้องค์การการค้าโลก และ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 อันเป็นกฎหมายภายในประเทศไทย เพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวทางการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในประเทศ รวมไปถึงนิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมายประกอบกันเพื่อแสดงให้เห็นถึงชุดเชื่อมโยงระหว่างหลักการเบื้องหลังของกฎหมาย และ หลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย ทั้งนี้ผู้วิจัยยังได้นำเสนอถึงพิธีสารกรุงมาดริดที่เป็นระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าใหม่ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาดังกล่าวด้วย เพื่อประสิทธิภาพในการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับบรรจุกัมภ์ของบุหรีซิกาแรตอันเป็นประเด็นปัญหาที่งานวิจัยฉบับนี้ได้ตั้งขึ้น

ในบทนี้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอถึงแนวทางการสร้างมาตรการทางกฎหมายของบรรจุกัมภ์บุหรีซิกาแรตที่เป็นผลมาจากการบังคับใช้กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกโดยรัฐสมาชิกทั้งหลายขององค์การได้นำเอากรอบความตกลงฯ ดังกล่าวไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในของตน อย่างไรก็ตามการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศนั้นก็ยังมีลักษณะการบังคับใช้ที่แตกต่างกันออกไปในต่างละรัฐ สาเหตุเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบนั้นบัญญัติในลักษณะที่กว้างเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้อนุวัติการสามารถใช้และตีความได้อย่างหลากหลาย กล่าวโดยสรุปได้ว่าลักษณะของมาตรการที่บังคับเอากับบรรจุกัมภ์บุหรีซิกาแรตที่มีให้เห็นอย่างแพร่หลายทั่วโลกนี้ก็มีลักษณะที่เหมือนกันหมดทุกรัฐอย่างเป็นเอกเทศในทางตรงกันข้ามรายละเอียดของมาตรการก็มีความแตกต่างกันไปแต่ก็มีใช้ในสาระสำคัญเสียทั้งหมด ทั้งนี้ลักษณะของแต่ละมาตรการก็อาจส่งผลให้การใช้และการตีความกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าในประเด็นที่ว่ามาตรการดังกล่าวนี้มีข้อความขัดแย้งหรือไม่นั้นแตกต่างกันไปด้วยเช่นเดียวกัน เมื่อนำเสนอถึงแนวทางการบังคับใช้และอนุวัติการมาตรการทางกฎหมายของบรรจุกัมภ์บุหรีซิกาแรตแล้ว ผู้วิจัยจะวิเคราะห์แยกให้เห็นแต่ละรูปแบบของมาตรการ เพื่อนำไปสู่การตอบปัญหาแห่งงานวิจัยที่ว่ามาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพในกรณีเครื่องหมายการค้าและมาตรการบรรจุกัมภ์ของบุหรีซิกาแรตนั้นควรมีลักษณะอย่างไร และด้วยเหตุผลประการใดสนับสนุน

4.1 กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

ปัจจุบันนี้เชื่อได้ว่าบุหรี่ซิกาแรตเป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้รับความนิยมสูงมาก สังเกตได้จากผลประกอบการที่มีกำไรอย่างมหาศาลของบริษัทผู้ผลิตบุหรี่ซิกาแรต และเครื่องหมายการค้าที่มูลค่าเชิงการค้าและพาณิชย์ดีดอันดับต้น ๆ ของโลกจากการจัดอันดับมูลค่าของเครื่องหมายการค้า¹ โดยบุหรี่ซิกาแรตเป็นสินค้าที่มีเอกลักษณ์พิเศษแตกต่างจากสินค้าชนิดอื่นอย่างสิ้นเชิง เพราะแม้การบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบจะเป็นอันตรายต่อร่างกายมนุษย์อย่างร้ายแรง เนื่องจากตัวผลิตภัณฑ์มีสารพิษซึ่งทำให้เกิดโรคร้ายชนิดต่าง ๆ แต่กว่าที่สารพิษเหล่านี้จะส่งผลกระทบต่อร่างกายมนุษย์ก็จะต้องใช้ระยะเวลาการบริโภคเป็นเวลานานพอสมควร จากคุณลักษณะนี้เองทำให้พฤติกรรมกรบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบของมนุษย์เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งปฏิเสธไม่ได้เลยว่าผู้ที่เลือกบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นจำนวนมากมิได้ตระหนักถึงอันตรายที่เกิดจากการบริโภค ดังนั้นสถานการณ์ในโลกยุคปัจจุบันนี้นับว่าเป็นห้วงเวลาที่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ตั้งแต่ช่วงแรกที่ยาสูบมีการจำหน่ายเริ่มเจ็บป่วยและเสียชีวิตกันอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้องค์การอนามัยโลก (World Health Organization - WHO) ตระหนักถึงปัญหาการบริโภคน้อยอย่างจริงจังและริเริ่มกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันผลร้ายที่จะเกิดขึ้น จากการสำรวจสถิติการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบทั่วโลกในปัจจุบันนั้นมีจำนวนที่สูงมาก² ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้หากปล่อยให้ล่วงเลยผ่านไปโดยที่ไม่มีมาตรการแก้ไขจะส่งผลให้เกิดอันตรายอย่างมีนัยสำคัญต่อโลกทั้งในแง่ชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ที่ได้รับผลกระทบโดยตรง ทั้งนี้ยังรวมถึงเศรษฐกิจภายในประเทศอีกด้วย เพราะรัฐจะต้องเสียงบประมาณอย่างมากมายมหาศาลในการรักษาและดูแลผู้ที่ประสบโรคร้ายจากการบริโภคบุหรี่ซิกาแรต ดังนั้น การจัดทำกฎหมายเพื่อป้องกันการบรรเทาและแก้ไขปัญหาล่าช้าจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง องค์การอนามัยโลกจึงรับหน้าที่ดังกล่าวเพื่อดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ขององค์การฯ ที่จะต้องรักษาชีวิต อนามัย และสุขภาพของมนุษย์³

¹ จากการสำรวจของนิตยสาร Forbes ตราการค้ำ Marlboro เป็นตราการค้ำที่มีมูลค่าหนึ่งหมื่นเก้าพันเจ็ดร้อยล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นตราการค้ำที่มีมูลค่ามากที่สุดลำดับที่ 27 ของโลก, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2559, จาก <http://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>.

² สาวตรี สุขศรี, “โครงการสำรวจกฎหมายควบคุมยาสูบ: การฟ้องคดียาสูบและคำพิพากษาคดีในต่างประเทศ เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการคุ้มครอง และเยียวยาสุขภาพของผู้สูบและไม่สูบบุหรี่ ผ่านการฟ้องคดีบริษัทหรือกลุ่มอุตสาหกรรมในประเทศไทย,” สำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ, กรมควบคุมโรค, 2556, น. 1.

³ ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, “การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีบรรจุกัญฉน์แบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 125-128.

องค์การอนามัยโลกได้ประมาณการว่าจะมีคนตายจากผลิตภัณฑ์ยาสูบถึง 4.2 ล้านคนต่อปี ซึ่งหากการประมาณการนี้ยังคงดำเนินต่อไป ภายในปี ค.ศ. 2030 จำนวนผู้เสียชีวิตจะเพิ่มขึ้นเป็น 10 ล้านคนต่อปี⁴ โดย 70% จะเป็นผู้สูบบุหรี่ในรัฐที่ประชากรมีรายได้น้อยและรายได้ปานกลาง⁵ สำหรับราชอาณาจักรไทยเองจากสถิติการสำรวจความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้น เมื่อพิจารณาจากรายงานสรุปสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของไทยที่ทำการสำรวจไว้เมื่อปี พ.ศ. 2557⁶ 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%

ข้อมูลข้างต้นหากเราพิจารณาจากข้อมูลเดิมเมื่อปี พ.ศ. 2554⁷ นั้น แสดงให้เห็นว่ามีประชากรไทยอายุ 15 ปีขึ้นไปที่สูบบุหรี่อยู่ประมาณ 11.51 ล้านคน โดยแบ่งเป็นเพศชาย 10.92 ล้านคนและเพศหญิง 5.93 ล้านคน จะเห็นได้ว่าแม้ว่าปริมาณการบริโภคยาสูบจะลดลงด้วยการใช้มาตรการทางภาษีเพื่อปรับให้ราคาของผลิตภัณฑ์สูงขึ้น อย่างไรก็ตามอัตราการบริโภคโดยรวมก็ยังคงอยู่ในระดับที่สูงมาก เพราะจำนวนประชากรที่ยังเลือกบริโภคยาสูบในประเทศไทยมีมากกว่า 10 ล้านคน ส่งผลให้เกิดความเสียหายทั้งที่เกิดขึ้นต่อชีวิตและสุขภาพของบุคคลผู้บริโภคเองโดยตรง และยังรวมไปถึงผู้ที่ไม่บริโภคที่จะต้องได้รับความเสี่ยงจากควันบุหรี่โดยไม่พึงประสงค์จากการบริโภคของคนกลุ่มแรกอีกด้วย ดังนั้น กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบโดยองค์การอนามัยโลกจึงเกิดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาอัตราการบริโภคยาสูบที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องข้างต้น เพื่อเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบให้ได้มากที่สุด ซึ่งหากพิจารณาจากตัววัตถุประสงค์แล้วผลลัพธ์สุดท้ายที่กรอบความตกลงต้องการ คือ การทำให้การบริโภคยาสูบสิ้นสุดลง ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการรักษาชีวิตและสุขภาพของมนุษย์เป็นประการสำคัญ

⁴ สาวตรี สุขศรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 1-2.

⁵ Judith Mackay and Michael Eriksen, *The Tobacco Atlas*, (1st Edition, Brighton Myriad Editions Limited, 2002), p. 36-37.

⁶ รายงานสรุปสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของประเทศไทย พ.ศ. 2557 โดยศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.), สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, <http://ihppta.gov.net/DB/publication/attachbook/166/chapter1.pdf>.

⁷ สรุปสถานการณ์การควบคุมการบริโภคยาสูบของประเทศไทย พ.ศ. 2555 โดยศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.)

4.2 หลักเกณฑ์ของบรรจุกฎบัตรที่ตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกมีการกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบและบุหรี่ยาสูบที่เอื้ออำนวยให้หลายประการด้วยกันทั้งมาตรการทางภาษีและมีใช้ภาษีเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมปริมาณการบริโภคยาสูบเป็นการประการสำคัญสำหรับส่วนมาตรการที่มีใช้ทางภาษีนี้นกรอบความตกลงฯ ได้มีการแบ่งแยกออกเป็นหลายส่วนด้วยกันเพื่อการสร้างมาตรการที่หลากหลายอย่างมีประสิทธิภาพในการควบคุมและลดปริมาณการบริโภคบุหรี่ยาสูบ เช่น การให้ความรู้และการศึกษาในอันตรายที่เกิดขึ้นจากการบริโภค, การควบคุมการขายผลิตภัณฑ์ให้แก่กลุ่มผู้เยาว์, การปกป้องบุคคลจากการสูดดมควันยาสูบในสถานที่สาธารณะ ฯลฯ ส่วนของงานวิจัยฉบับนี้ได้ตั้งปัญหาขึ้นจากการกรณีของบรรจุกฎบัตรของบุหรี่ยาสูบเท่านั้น เนื่องจากบริบทของการสร้างรูปแบบของมาตรการทั้งหมดมิได้เกี่ยวข้องกับเรื่องบรรจุกฎบัตร ส่งผลให้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอถึงมาตรการที่เกี่ยวข้องที่ถูกนำมากล่าวอ้างเพื่อสร้างเป็นมาตรการที่ใช้บังคับแก่บรรจุกฎบัตรได้แก่ มาตรการว่าด้วยการห้ามโฆษณา และ มาตรการการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุกฎบัตร โดยรายละเอียดของทั้งสองมาตรการนั้นในเชิงทฤษฎีจะต้องแยกพิจารณาออกจากกัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศรัฐภาคีสมาชิกมีอำนาจในการอนุวัติการกฎหมายได้อย่างหลากหลาย เนื่องจากกฎหมายได้เปิดช่องให้มีการใช้และการตีความที่ค่อนข้างกว้างทำให้เกิดรูปแบบมาตรการที่หลากหลายด้วย โดยในหัวข้อต่อไปนี้นำเสนอถึงทฤษฎีทางกฎหมายตามกรอบความตกลงฯ ที่ได้ทำการบัญญัติไว้สองส่วน และแนวทางการอนุวัติการตัวมาตรการดังกล่าวให้เป็นรูปธรรม ดังต่อไปนี้

4.2.1 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามโฆษณาผลิตภัณฑ์บุหรี่ยาสูบ

การโฆษณาเป็นวิธีการสำคัญทางการค้าเพราะเป็นการสื่อสารทางการตลาดระหว่างเจ้าของสินค้า หรือระหว่างผู้จำหน่ายกับผู้บริโภคอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะการโฆษณาจะทำให้ผู้บริโภคได้ทราบถึงตราการค้า ที่มา หรือ คุณภาพ ฯลฯ ของสินค้าเหล่านั้น ซึ่งการโฆษณาสามารถกระทำได้หลากหลายวิธีการ ทั้งอาศัยสื่อสิ่งพิมพ์ สื่อโทรทัศน์ หรืออาศัยตัวบุคคลในการประชาสัมพันธ์สินค้าของผู้ผลิต⁸ ดังนั้น เครื่องหมายการค้าก็เป็นส่วนหนึ่งที่ผู้ทำการค้าใช้ในการแสดงถึงสินค้าหรือบริการของตน จึงเปรียบเสมือนเป็นสิ่งแทนที่ประชาชนผู้บริโภคสามารถจดจำรายละเอียดของสินค้านั้น ๆ ที่เครื่องหมายการค้านั้นได้นำเสนออยู่ ซึ่งก็เป็นตามลักษณะและหลักการของเครื่องหมายการค้าเพื่อสร้างลักษณะบ่งเฉพาะให้แก่สินค้าหรือบริการนั้น ๆ

⁸ เอื้ออารีย์ อังจะนิล, “กฎหมายว่าด้วยการจัดการทำของบุหรี่ยาสูบแบบเรียบหรือของบุหรี่ยาสูบมาตรฐาน,” วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 30, ฉบับที่ 1, น. 53.

การพิจารณาความหมายของคำว่า “โฆษณา” นั้น ไม่อาจใช้บริบททางวิชา นิติศาสตร์เพื่อค้นหาคำจำกัดความได้ เนื่องจากขอบเขตแห่งกฎหมายมิได้รวมถึงการกำหนดแนวคิด ของหลักวิชาแห่งศาสตร์อื่น ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะขอนำเสนอถึงประเด็นเรื่องของการโฆษณา เสียก่อนว่าหากพิจารณาตามหลักวิชาทางนิติศาสตร์ว่าด้วยการโฆษณาแล้วหมายถึงประการใด จาก เอกสารทางวิชาการที่ผู้วิจัยได้ค้นคว้านั้น คำว่า “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำโดยไม่ว่าวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และให้หมายความรวมถึงการ สื่อสารการตลาดซึ่ง หมายถึง การกระทำกิจกรรมในรูปแบบต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้า บริการ หรือภาพลักษณ์ การประชาสัมพันธ์ การเผยแพร่ ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดง สินค้า การจัดหรือสนับสนุนให้มีการจัดกิจกรรมพิเศษ และการตลาดแบบทางตรง⁹

เมื่อพิจารณาถึงความหมายและนิยามของคำว่า “โฆษณา” ข้างต้น จะเห็นได้ว่าคำ นิยามมีขอบเขตกว้างขวาง เพราะ นักนิติศาสตร์ได้นิยามว่า การกระทำไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ก็ได้ให้ ประชาชนได้รับรู้เพื่อประโยชน์ในทางการค้า แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเครื่องหมายการค้าหรือ บริการนั้นจะต้องจัดอยู่ในนิยามดังกล่าว เพราะ วัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าก็เพื่อให้สังคม รับทราบถึงลักษณะหลายประการของสินค้า หรือบริการไม่ว่าจะเป็น ความเป็นเจ้าของ ที่มา คุณสมบัติ ฯลฯ โดยสาระสำคัญนั้นก็เป็นที่เจ้าของเครื่องหมายใช้เพื่อสร้างลักษณะบ่งเฉพาะให้แก่ สินค้าหรือบริการของตนเองให้แตกต่างจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น ซึ่งทั้งหมดนี้ล้วนเป็น ประโยชน์ทางการค้าทั้งสิ้น ยิ่งหากพิจารณาไปถึงกรณีทางปฏิบัติจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเครื่องหมาย การค้าหรือบริการในบางกรณีนั้นมีย่านอำนาจในการสร้างความจดจำได้มากกว่าตัวสินค้าหรือบริการเอง อีกด้วย ด้วยเหตุนี้เองทำให้องค์การอนามัยโลกเล็งเห็นความสำคัญและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหาก ปลดปล่อยให้มีการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบอย่างแพร่หลาย เพราะอาจทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ต่อผู้บริโภคว่าสินค้ายาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อใดเป็นสินค้าบริโภคทั่วไป

ประเด็นข้างต้นนี้ผู้วิจัยขอนำเสนอให้เห็นว่ากฎหมายควบคุมการโฆษณาผลิตภัณฑ์ บุหรี่ยี่ห้อใดหรือยาสูบทั้งหลายนั้นมามีมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานก่อนที่จะมีการสร้างกรอบความตกลงว่า ด้วยการควบคุมยาสูบแล้ว อย่างไรก็ตามแนวทางการควบคุมการโฆษณาในยุคก่อนมักเน้นไปที่การ โฆษณาผ่านสื่อทั้งหลายไม่ว่าจะเป็น โทรทัศน์ วิทยุ หนังสือพิมพ์ ฯลฯ ซึ่งเป็นสิ่งที่เห็นได้อย่างชัดเจน และมีความคล้ายคลึงกับสินค้าหรือบริการอย่างอื่นแทบทุกชนิด จึงเป็นที่สังเกตได้ว่าการควบคุมมิได้ ให้ความสำคัญล่วงไปถึงส่วนที่ว่าด้วยเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่บนซองหรือบรรจุภัณฑ์ที่จัดว่า เป็นการโฆษณาอย่างหนึ่งที่บริษัทผู้ผลิตบุหรี่ยี่ห้อใดได้ใช้มาอย่างยาวนานไม่แตกต่างจากสินค้าอื่น ๆ ดังนั้น การที่กฎหมายเข้ามาควบคุมเรื่องการโฆษณาผ่านเครื่องหมายการค้าอย่างเช่นการตีความใน ปัจจุบันนั้นก็เป็นการขยายกรอบการควบคุมการโฆษณาให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

⁹ บุญอยู่ ขอพรประเสริฐ, การวิเคราะห์โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์: แนวคิดและ หลักการทางนิติศาสตร์, เอกสารประกอบการประชุมชี้แจงอนุบัญญัติที่ออกมาใหม่ตาม พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 (รุ่นที่ 1), 2558, น. 1.

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อบังคับให้มีการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ในข้อ 13 (1)¹⁰ ของกรอบความตกลงฯ สรุปใจความได้ว่า “(1) รัฐภาคีสมาชิกเข้าใจและรับรู้ว่าจะห้ามมีการโฆษณาและการสนับสนุนโดยเด็ดขาดเพื่อเป็นการลดจำนวนผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ” อ่านประกอบกับย่อหน้าที่ (4) ข้อ (เอ)¹¹ “ในฐานะมาตรฐานขั้นต่ำรัฐภาคีสมาชิกจะต้องห้ามการโฆษณาและการสนับสนุนทุกรูปแบบที่อาจนำไปสู่การหลอกลวง การเข้าใจผิดในลักษณะทางกายภาพ ผลกระทบต่อสุขภาพ หรือความอันตรายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ” ดังนั้น ประเด็นปัญหาจึงตกอยู่ว่าการห้ามโฆษณาในประเด็นเครื่องหมายการค้านี้สามารถห้ามด้วยวิธีใดได้บ้าง ในเบื้องต้นหากพิจารณาจากบทบัญญัติแล้ว การห้ามโฆษณา คือ การห้ามใช้เครื่องหมายการค้านั่นเอง เพราะบทบัญญัติแห่งกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า จะต้องมีการห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาด (Comprehensive Ban) ต่อผลิตภัณฑ์ยาสูบทุกชนิด แต่ในเบื้องต้นนั้นการตีความเช่นนี้อาจถูกโต้แย้งได้ด้วยบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้เช่นเดียวกัน

ผู้วิจัยขอเน้นย้ำถึงประเด็นการห้ามโฆษณานี้ว่าจะต้องเป็นการห้ามอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ ไม่ว่าจะการโฆษณาด้วยรูปแบบใด ๆ ก็ตามที่เป็นการนำเสนอตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อใดก็ตามไม่สามารถกระทำได้ทั้งสิ้น ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นเบื้องต้นว่าส่วนนี้จะต้องมีการตีความอย่างเคร่งครัด เนื่องจากกฎหมายได้มีการเขียนเอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งก็เป็นการสอดคล้องและไม่ขัดแย้งต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด เพราะ สาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าที่กฎหมายต้องการรักษาไว้คือลักษณะบ่งเฉพาะ และความสามารถในการจำแนกแยกแยะสินค้าหรือบริการให้มีความแตกต่างออกจากกัน ดังนั้น การห้ามใช้เครื่องหมายการค้าย่อมเป็นสิ่งที่กระทำได้สำหรับสินค้าหรือบริการที่ไม่เหมาะสมหรือสินค้าบริการที่ผิดกฎหมาย เช่น การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากับยาเสพติดย่อมไม่สามารถกระทำได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ หรือ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับสถานบริการทางเพศก็เป็นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การห้ามใช้เครื่องหมายการค้าเกิดจากตัวสินค้าหรือบริการนั้น ๆ เอง ตัวเครื่องหมายการค้ามิได้ถูกกระทบแต่อย่างใดแต่สิ่งที่ถูกกระทบคือสินค้าหรือบริการที่ผิดกฎหมายที่ไม่มีโอกาสจะใช้การโฆษณาประชาสัมพันธ์ที่เป็นประโยชน์จากเครื่องหมายการค้านั่นเอง กล่าวโดยสรุป การแยกแยะเหตุผลการบังคับใช้กฎหมายเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งต่อการวินิจฉัยปัญหากรณีเครื่องหมายการค้าและบรรจุภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อใด¹²

¹⁰ แปลและสรุปความจาก FCTC Article 13 (1) “Parties recognize that a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship would reduce the consumption of tobacco products.”

¹¹ 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.”

¹² ญัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 129-132.

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าหากตีความอย่างเคร่งครัดโดยห้ามใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการที่ผิดกฎหมายเป็นการตีความที่สมเหตุสมผลเป็นอย่างยิ่ง เพราะอย่างที่เคยได้กล่าวไว้ว่า นักวิชาการทางสุขภาพ รวมถึงบุคลากรทางการแพทย์ส่วนใหญ่เห็นพ้องต้องกันว่าบุหรี่ยี่ห้อหรือตราที่มีใช้สินค้าปกติทั่วไป แต่เป็นสินค้าที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรงและมีนัยสำคัญ แสดงให้เห็นได้จากผลลัพธ์ที่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อหรือตราอย่างต่อเนื่องประสบกันเป็นจำนวนมากทั้งต่อสุขภาพ ร่างกาย หรือ ชีวิต อย่างไรก็ตามการตีความและอนุวัติการบทบัญญัติเรื่องการห้ามโฆษณาในทางปฏิบัติ ประเทศต่าง ๆ มิได้มีการอนุวัติอย่างที่คุณวิจัยได้วิเคราะห์เอาไว้ ในทางตรงกันข้ามกลับตีความโดยมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขตัวเครื่องหมายการค้าแทนที่จะห้ามใช้เครื่องหมายการค้าอย่างเด็ดขาด และให้ตัวผลิตภัณฑ์บุหรี่ยี่ห้อหรือตรายังสามารถจำหน่ายได้ เพียงแต่จะต้องเปลี่ยนเครื่องหมายให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทำให้วัตถุที่ถูกกระทบมิใช่สินค้าหรือบริการที่อาจเข้าข่ายการผิดกฎหมายหรือไม่เหมาะสม แต่กลับเป็นตัวเครื่องหมายการค้าเองที่ได้รับการเปลี่ยน จึงก่อให้เกิดข้อโต้แย้งโต้เถียงกันทางนิติศาสตร์เป็นอย่างมาก ทำให้จะต้องมีการศึกษากันต่อไปว่า มาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพอย่างแท้จริงนั้น ควรจะเป็นการห้ามโฆษณาหรือห้ามใช้เครื่องหมายการค้าอย่างเด็ดขาด หรือการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเครื่องหมายการค้าอย่างที่เห็นจากการอนุวัติการกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอถึงตัวอย่างและรูปแบบให้เห็นอย่างชัดเจนในส่วนต่อไป

4.2.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์

การสร้างข้อจำกัดบนตัวบรรจุภัณฑ์โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไว้ในข้อ 11 (เอ)¹³ ระบุว่า “บรรจุภัณฑ์หีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องไม่เป็นการส่งเสริมผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ว่าด้วยการให้ความเท็จ เข้าใจหลงผิด หลอกลวง หรือกระทำอย่างใดที่ใกล้เคียงกัน เพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับ ลักษณะทางกายภาพ ผลกระทบทางสุขภาพ สารพิษ ซึ่งหมายรวมถึง ข้อตกลง ข้อบ่งชี้ เครื่องหมายการค้า รูปประดิษฐ์ หรือสัญลักษณ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่ส่งผลโดยตรงหรือโดยอ้อมให้เกิดความเข้าใจผิดว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบหนึ่งมีอันตรายน้อยกว่าอีกผลิตภัณฑ์ยาสูบหนึ่ง ข้อความในบทบัญญัตินี้ให้รวมไปถึง ข้อความที่ว่า มีสารทาร์ต่ำ เบา เบามาก อ่อนนุ่ม (หมายถึงรสสัมผัสของยาสูบ)” ในส่วนนี้เป็นการกำหนดเพิ่มเติมจากส่วนการห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาด โดยการกำหนดว่าจะต้องไม่มีข้อความใด ๆ ที่จะเป็นการสร้างความเข้าใจผิดให้เกิดแก่ผู้บริโภคตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อหรือตรา

¹³ 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)¹⁴ ว่า “ในแต่ละบรรจุภัณฑ์ทั้งบรรจุแยกหรือบรรจุรวม จะต้องปรากฏข้อความคำเตือนในเรื่องสุขภาพที่จะได้รับผลกระทบจากการบริโภคยาสูบเช่นว่านั้น บนบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์ ซึ่งข้อความคำเตือนจะต้องประกอบไปด้วย (1) จะต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานภายในรัฐ (2) จะต้องมีการหมุนเวียนเปลี่ยนกันไป (3) จะต้องมีความใหญ่ เห็นได้อย่างชัดเจนและสามารถอ่านออกได้ (4) จะต้องมีความเท่ากันกับหรือเกินกว่าร้อยละ 50 และจะต้องไม่เล็กกว่าร้อยละ 30 ของพื้นที่ทั้งหมดของบรรจุภัณฑ์ และ (5) อาจประกอบไปด้วยรูปภาพ หรือ แผนภูมิรูปภาพก็ได้”

เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรการว่าด้วยการห้ามโฆษณาแล้ว ทำให้รูปแบบของบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้นไม่อาจมีโฆษณาได้เลยไม่ว่าด้วยวิธีการใด รวมไปถึงพื้นที่เหลือที่ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ก็จะต้องสละให้กับป้ายข้อความเตือนเรื่องสุขภาพ ดังนั้นในส่วนเครื่องหมายการค้า และส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการจึงเป็นสิ่งที่ได้รับผลกระทบโดยตรงอย่างไรก็ตามผลกระทบที่ได้รับนั้นเป็นสิ่งที่ผู้วิจัยจะต้องเน้นย้ำว่า ผลกระทบนั้นมิได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติที่ออกกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด เพราะสิ่งที่กฎหมายได้กำหนด คือ การห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาด (Comprehensive Ban) ดังนั้นจะต้องไม่ปรากฏเครื่องหมายการค้าใด ๆ บนตัวบรรจุภัณฑ์หรือซองบุหรีชีกาเรตโดยเด็ดขาด ซึ่งไม่เป็นการขัดหรือแย้งสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ส่วนพื้นที่ที่เหลืออยู่นั้นจะมีกฎหมายกำกับสิ่งที่จะต้องปรากฏเอาไว้อีกชั้นหนึ่งว่าสามารถมีสิ่งใดที่จะถูกแสดงให้ปรากฏได้ อย่างไรก็ตามจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่า บทบัญญัติที่ได้นำเสนอข้างต้นนี้บัญญัติไว้อย่างกว้างและเปิดโอกาสให้รัฐผู้อนุมัติสามารถตีความบังคับใช้ได้อย่างหลากหลาย ทำให้ลักษณะแห่งการอนุมัติการอาจแตกต่างออกจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ หากไม่ถึงกับเป็นการขัดแย้งอย่างชัดเจน โดยผู้วิจัยได้เลือก ประเทศออสเตรเลีย และประเทศไทยเพื่อเป็นตัวอย่างการอนุมัติการกฎหมาย เนื่องจากเป็นประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสร้างมาตรการอันเป็นหัวข้อของงานฉบับนี้

¹⁴ 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.”

4.2.3 แนวทางการอนุวัติการมาตรการว่าด้วยบรรจุภัณฑ์

การใช้และการตีความกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ เพื่ออนุวัติการมาตรการที่บังคับกับบรรจุภัณฑ์ของบุหรี่ยิกาแรตจากการใช้มาตรการทั้งสองส่วนข้างต้นประกอบกัน ได้แก่ มาตรการที่ว่าด้วยการห้ามโฆษณา และ มาตรการว่าด้วยการบรรจุหีบห่อและป้ายบรรจุภัณฑ์นั้นถูกอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในแบ่งออกเป็นสองรูปแบบใหญ่ด้วยกัน ซึ่งในกรณีนี้จะได้กล่าวถึงประเทศออสเตรเลีย และ ประเทศไทยที่มีการอนุวัติกฎหมายที่แตกต่างกันออกเป็นสองส่วนตามที่กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบกำหนดไว้ โดยที่ในส่วนนี้ผู้วิจัยขอนำเสนอรูปแบบของมาตรการของทั้งสองประเทศเป็นหลักเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาอย่างภาพรวมและแสดงให้เห็นความแตกต่างของบริบทแห่งการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศในที่นี้คือกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ นำไปสู่ส่วนต่อไปผู้วิจัยจะพิจารณากฎหมายควบคุมยาสูบของไทยที่อนุวัติการเป็นการเฉพาะเพื่อนำเสนอให้เห็นว่ามาตรการที่ประเทศไทยได้สร้างขึ้นมีความเหมาะสมได้สัดส่วนสำหรับการบังคับใช้ โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นนั้นจะมีลักษณะอย่างไร

(1) ประเทศออสเตรเลีย นับว่าเป็นรัฐแรกที่อนุวัติการกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบอย่างเป็นรูปธรรม และบังคับใช้อย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดประเด็นข้อพิพาทต่าง ๆ มากมายสาเหตุเพราะ การบังคับใช้และการตีความกฎหมายของออสเตรเลียเพื่อบังคับเข้ากับตัวบรรจุภัณฑ์หรือซองบุหรี่ยิกาแรตมีความเข้มข้น ส่งผลให้มีหลายส่วนที่อาจมีผลกระทบต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น สำหรับกฎหมายบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีสันที่อนุวัติการเป็นบทบัญญัติกฎหมายภายในของออสเตรเลียนี้ ประกอบไปด้วยเนื้อหาทั้งในส่วนบทมาตรการที่ต้องปฏิบัติสำหรับการผลิตบรรจุภัณฑ์ยาสูบให้มีมาตรฐานตามที่ออสเตรเลียกำหนด รวมถึงบทบังคับการที่หากมิได้กระทำตามจะต้องรับโทษบางประการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ซึ่งรัฐบาลออสเตรเลียได้ยืนยันว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้มีความถูกต้องและชอบธรรม เนื่องจากมีข้อเสนอสนับสนุนทางกฎหมายระหว่างประเทศรองรับทั้งผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาที่ให้อำนาจโดยตรง¹⁵ และสนธิสัญญาที่สนับสนุนเหตุผลในลักษณะของยกเว้นตามหลักเกณฑ์ทางการค้าขององค์การการค้าโลก โดยสำหรับในส่วนนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอถึงมาตรการที่ออสเตรเลียได้สร้างกฎหมายภายในเพื่อบังคับเข้ากับตัวบรรจุภัณฑ์หรือซองของบุหรี่ยิกาแรตว่ามีลักษณะอย่างไร รวมถึงแสดงถึงรูปภาพประกอบเพื่อให้เห็นอย่างชัดเจนยิ่งขึ้นถึงมาตรการที่บังคับใช้จริงว่าอาจส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินทางปัญญาหรือเครื่องหมายการค้า

¹⁵ 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.

กฎหมายควบคุมยาสูบที่เกี่ยวข้องกับบรรจุภัณฑ์ของออสเตรเลียมีชื่อว่า “Tobacco Plain Packaging Act 2011 (No. 148, 2011)”¹⁶ สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการลดปริมาณการบริโภคยาสูบของคนในรัฐลง และเพิ่มประสิทธิภาพให้กับป้ายคำเตือนที่จะต้องมีการปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ให้ดียิ่งขึ้น รวมไปถึงเพื่อเป็นการลดความสามารถของบรรจุภัณฑ์ที่จะทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในอันตรายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคยาสูบเป็นประการสำคัญ¹⁷ โดยสาระสำคัญของกฎหมายนั้นได้มีการกำหนดประกอบกับกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ “Tobacco Plain Packaging Regulations” โดยมีการกำหนดข้อบังคับเข้ากับตัวบรรจุภัณฑ์หรือซองบุหรือซิการ์แรตที่เป็นผลมาจากการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศ แบ่งเป็นประเด็นได้ ดังต่อไปนี้

ประเด็นแรกสิ่งตกแต่งทางกายภาพบนบรรจุภัณฑ์กำหนดว่าพื้นที่ทั้งภายนอกและภายในของบรรจุภัณฑ์จะต้องไม่ปรากฏการตกแต่งบนสันขอบ การทำลายนูนหรือโป่ง หรือการสร้างรอยนูนใด ๆ ทั้งในรูปแบบของข้อความ องค์ประกอบภาพที่มีลักษณะในการตกแต่ง¹⁸ ทั้งนี้กฎหมายยังได้ระบุวิธีการจัดทำบรรจุภัณฑ์ในลักษณะอื่นอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นวัสดุที่ใช้ทำที่จะต้องเป็นกระดาษแข็งเท่านั้น¹⁹ รูปแบบการเปิดบรรจุภัณฑ์ที่จะต้องเปิดจากช่องด้านบนโดยการพลิก²⁰ ฯลฯ

ประเด็นที่สองเป็นเรื่องสีและพื้นผิวของบรรจุภัณฑ์ยาสูบ โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดว่าพื้นผิวของบรรจุภัณฑ์จะต้องเป็นแบบด้านเท่านั้น²¹ ในส่วนของการใช้สีนี้กฎหมายกำหนดว่าสีที่ยินยอมให้ใช้ได้ สำหรับพื้นผิวภายนอกคือสี Pantone 448C หรืออาจเรียกว่า Olive Green ส่วนพื้นผิวภายในสีที่อนุญาต คือ สีขาว เงิน และดำเท่านั้น ในส่วนของพลาสติก หรือสิ่งที่ห่อหุ้มบรรจุภัณฑ์จะต้องเป็นแบบใส และไม่มีปรากฏข้อความใด ๆ ทั้งสิ้น²² นอกจากนี้ส่วนของตัวบุหรือซองนั้นจะต้องเป็นสีขาวทั้งตัว รวมไปถึงตัวกรองต่อท้ายด้วย²³

¹⁶ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011 (No. 148, 2011). Available at: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148>.

¹⁷ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 3.

¹⁸ แปลและสรุปข้อความจาก 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.”

¹⁹ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 18 2 (a).

²⁰ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 18 3 (b).

²¹ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 19 2 (a).

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

²³ Tobacco Plain Packaging Regulations 3.1.3.

ประเด็นที่สามว่าด้วยข้อห้ามสำหรับเครื่องหมายการค้า²⁴ สรุปความได้ว่าห้ามให้มีเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายใด ๆ ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ แม้กฎหมายในส่วนก่อนหน้าที่ทำการศึกษามาจะแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนอยู่แล้วว่าพื้นผิว สี และการตกแต่งอย่างอื่นใดก็ไม่สามารถปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้บัญญัติให้เป็นการเฉพาะอีกครั้งหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการห้ามเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายอื่นใดปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบเว้นแต่จะเป็นกรณีที่กำหนดเอาไว้ในอนุมาตรา (3) ที่ยินยอมให้ (เอ) ตราการค้า ชื่อทางธุรกิจหรือชื่อของบริษัทหรือชื่ออย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้น (บี) ข้อความที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย และ (ซี) เครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายที่ได้รับอนุญาตไว้ในข้อบังคับเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ในส่วนของพลาสติก หรือส่วนที่ห่อหุ้มตัวบรรจุภัณฑ์ก็ต้องไม่ปรากฏเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายอื่นใดเช่นเดียวกัน²⁵

เมื่อพิจารณาประกอบรวมกันแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายยินยอมให้มีตราการค้า ชื่อทางธุรกิจให้ปรากฏ เพื่อทำหน้าที่แทนตัวเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ เครื่องหมายการค้า หากอยู่ในรูปลักษณะของเครื่องหมายการค้า คือ มีการประดิษฐ์รูปแบบอักษรที่เฉพาะเจาะจง มีรูปร่าง ประดิษฐ์ที่มีสีสันความสวยงามก็จะไม่สามารถปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ได้ตามกฎหมายฉบับนี้²⁶ นอกจากนี้ชื่ออย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ก็อาจให้ปรากฏได้ด้วยเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เช่นเดียวกัน โดยทั้งหมดนี้คือส่วนประกอบของมาตรการที่ออสเตรเลียได้สร้างขึ้น

²⁴ แปลและสรุปข้อความจาก 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.”

²⁵ Australia Tobacco Plain Packaging Act 2011, Section 22.

²⁶ Tobacco Plain Packaging Regulations 2.4.1.



รูปที่ 4.1: “ตัวอย่างของบุหรี่ซิกาแรตตามกฎหมายออสเตรเลีย”, สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2560, จาก <http://brandchannel.com/wp-content/uploads/2011/04/smokingcigs2.jpg>

บทบัญญัติแห่งกฎหมายขั้นต้นและรองที่ได้ศึกษามาสำหรับกฎหมายควบคุมบรรจุภัณฑ์หรือซองบุหรี่ซิกาแรตของออสเตรเลียนั้น ตามกฎหมายแล้วใช้ชื่อว่า มาตรการบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีสำหรับผลิตภัณฑ์ยาสูบ (Plain Packaging Measure) [ในบางกรณีอาจแปลได้ว่า “บรรจุภัณฑ์แบบเรียบ”] ซึ่งหากพิจารณาประกอบกับกฎหมายระหว่างประเทศได้แก่กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบที่ได้นำเสนอไปข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่ามีประเด็นที่กฎหมายของออสเตรเลียได้อนุญาตให้มีความเข้มข้นน้อยกว่าที่กรอบความตกลงฯ กำหนดไว้ เพราะกฎหมายออสเตรเลียได้อนุญาตให้ปรากฏเครื่องหมายการค้าบนบรรจุภัณฑ์ได้ ในทางตรงกันข้ามส่วนกรอบความตกลงฯ นั้นผู้วิจัยได้เน้นย้ำแล้วว่าจะต้องมีให้มีการปรากฏเครื่องหมายการค้าใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะการใช้เครื่องหมายเป็นการโฆษณาชนิดหนึ่งที่จะต้องห้ามกระทำได้เด็ดขาดโดยกฎหมาย กล่าวโดยสรุป การอนุวัติการกฎหมายของออสเตรเลียนั้นมีการบังคับใช้ในส่วนการปรากฏเครื่องหมายการค้าที่ต่ำกว่ากรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ โดยผลลัพธ์จากการอนุวัติการกฎหมายภายในของออสเตรเลียถือเป็นจุดเริ่มต้นของความขัดแย้งทางกฎหมาย ระหว่างเหตุผลการคุ้มครองสุขภาพกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องหมายการค้า เพราะ ลักษณะของมาตรการส่งผลกระทบต่อเครื่องหมายการค้าโดยตรง แม้ว่ามีได้เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายโดยมิได้รับอนุญาตตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามการพิจารณาสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิได้พิจารณาเฉพาะบริบททางกฎหมาย แต่จะต้องพิจารณาถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า รวมไปถึงลักษณะที่มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเครื่องหมายให้มีความแตกต่างจากที่เจ้าของได้สร้างขึ้นมา เพราะ เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเครื่องหมายให้แตกต่างไปจากเดิม ยิ่งในกรณีที่มีการจดทะเบียนแล้วยังอาจเป็นการขัดแย้งกับระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายอีกด้วย

เมื่อมีความขัดแย้งทางกฎหมายเกิดขึ้น แนวทางการพิจารณานั้นผู้วิจัยเห็นว่า จะต้องมาพิจารณาหลักข้อยกเว้นทางกฎหมายว่าระหว่างทั้งกฎหมายสองฉบับที่อาจมีบริบทขัดแย้งกันนั้น จะมีช่องให้ดำเนินการได้หรือไม่ ทั้งนี้ผู้วิจัยต้องขอเน้นย้ำว่ากฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศนั้นอาจให้ผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน เนื่องจากได้นำเสนอไปแล้วว่าแนวทางการอนุวัติการกฎหมายนั้นอาจแตกต่างกันได้ เพราะ การใช้และการตีความกฎหมายระหว่างประเทศที่เปิดกว้างให้เป็นอำนาจของรัฐสมาชิกผู้อนุวัติการกฎหมาย

(2) ประเทศไทย นับถึงวันที่ผู้เขียนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทำวิจัยฉบับนี้ กฎหมายได้มีการปรับปรุงแก้ไขใหม่แล้วจากเดิมในปี พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นหัวใจหลักของงานวิจัยฉบับนี้ ว่าการสร้างมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ซิการ์เรตตามกฎหมายฉบับนี้เป็นมาตรการที่เหมาะสมหรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้การวิเคราะห์มาตรการอย่างสมบูรณ์ ผู้วิจัยจะได้แบ่งส่วนการอธิบายแยกออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอถึง พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2535 ที่มีการบังคับและปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม พร้อมทั้งออกกฎกระทรวงเพื่ออนุวัติการควบคุมความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบมาแล้วเป็นระยะเวลาหนึ่ง ส่งผลให้เกิดเป็นมาตรการทางกฎหมายรูปแบบหนึ่งก่อน และในส่วนที่สองจะว่าด้วย พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นการปรับปรุงกฎหมายทั้งฉบับเพื่อรองรับมาตรการตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ โดยส่วนที่สองนี้จะได้นำเสนอในหัวข้อ 4.3 อย่างครบถ้วนในหัวข้อต่อไป

พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2535 ปรากฏในบทบัญญัติตามมาตรา 12 วรรค 2 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ รวมถึงลักษณะคำเตือนบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบได้ ทำให้มีการออกประกาศคำเตือนของกระทรวงสาธารณสุขขึ้นมาหลายฉบับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ โดยแนวทางการออกกฎหมายควบคุมยาสูบของไทยเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์ยาสูบมิได้มีข้อความกำหนดในการห้ามใช้เครื่องหมายการค้ารูปแบบ พื้นผิว สี สันของบรรจุภัณฑ์เข้มงวดเช่นเดียวกับของออสเตรเลียที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายของไทยจะเน้นไปที่การกำหนดเรื่องป้ายคำเตือนซึ่งมีการพัฒนาเพิ่มขนาดอย่างต่อเนื่องจากแต่เดิมมีการกำหนดเอาไว้ร้อยละ 50 ของพื้นที่บนบรรจุภัณฑ์ เป็นร้อยละ 55 และในปี 2556 จึงเพิ่มขนาดเป็นร้อยละ 85 ซึ่งในกรณีนี้ประเทศไทยดำเนินการหลังประเทศอูรุกวัยที่ใช้ขนาดร้อยละ 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 50²⁷

²⁷ 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 10²⁸ ข้อความด้วยกัน และในส่วนที่สอง คือ รูปภาพเพื่อประกอบข้อความเตือน ทั้งนี้ภาพและคำเตือนจะต้องปรากฏครบทุกภาพตามที่กระทรวงฯ ได้มีการกำหนดไว้ต่อการขายสลิปซอง (Carton)²⁹ ที่มาของภาพดังกล่าวมาจากภาพของผู้ป่วยได้รับผลกระทบจากการสูบบุหรี่จริง เพื่อให้ผู้สูบบุหรี่ตระหนักถึงผลลัพธ์ท้ายสุดจากการสูบบุหรี่ นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดภาพดังกล่าวต้องมีการพิมพ์ให้ครบทุกภาพเนื่องจากแต่ละภาพอาจส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลไม่เหมือนกัน ดังนั้นหากมีได้บังคับให้มีการทำภาพคำเตือนให้ครบบริษัทหรืออาจทำการสำรวจตลาดว่าภาพใดได้รับผลกระทบน้อยที่สุด และเลือกผลิตภาพนั้นเพียงภาพเดียวได้ เมื่อรวมทั้งสองส่วนเข้าด้วยกันแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรการของราชอาณาจักรไทยที่ต้องการอนุวัติการตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ เห็นได้ชัดว่าประเทศไทยมีการสร้างกฎหมายที่บังคับกับตัวบรรจุภัณฑ์ยาสูบหรือซองบุหรี่ซิการ์แรตน้อยกว่าประเทศออสเตรเลียอยู่มาก เนื่องจากไทยนั้นบังคับใช้ส่วนกรอบความตกลงเฉพาะก็แต่เรื่องป้ายคำเตือน และใช้วิธีการเพิ่มขนาดเพื่อให้มีความรุนแรงขึ้น แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่มีการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้า สี พื้นผิว ของบรรจุภัณฑ์อย่างมีนัยสำคัญจนถึงขนาดทำให้เป็นบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีสันอย่างเช่นที่ออสเตรเลียได้ออกกฎหมายของตนตามที่ได้ศึกษามาในส่วนก่อนหน้า

จากการพิจารณาบริบททางกฎหมายข้างต้นของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างจากของออสเตรเลียอย่างชัดเจน เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายของไทยนั้นมิได้เป็นการบังคับให้เป็นบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีสัน แต่เป็นการสร้างมาตรการเกี่ยวกับป้ายคำเตือนประทับลงบนซองบรรจุภัณฑ์เท่านั้น อนึ่งบริบทตามกฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่บังคับใช้เก่าก่อนปี พ.ศ. 2560

²⁸ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การแสดงข้อความเกี่ยวกับพิษภัยและอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบในฉลากของบุหรี่ซิการ์แรต ตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ ค) พ.ศ. 2558 ข้อ 2 วรรคสอง

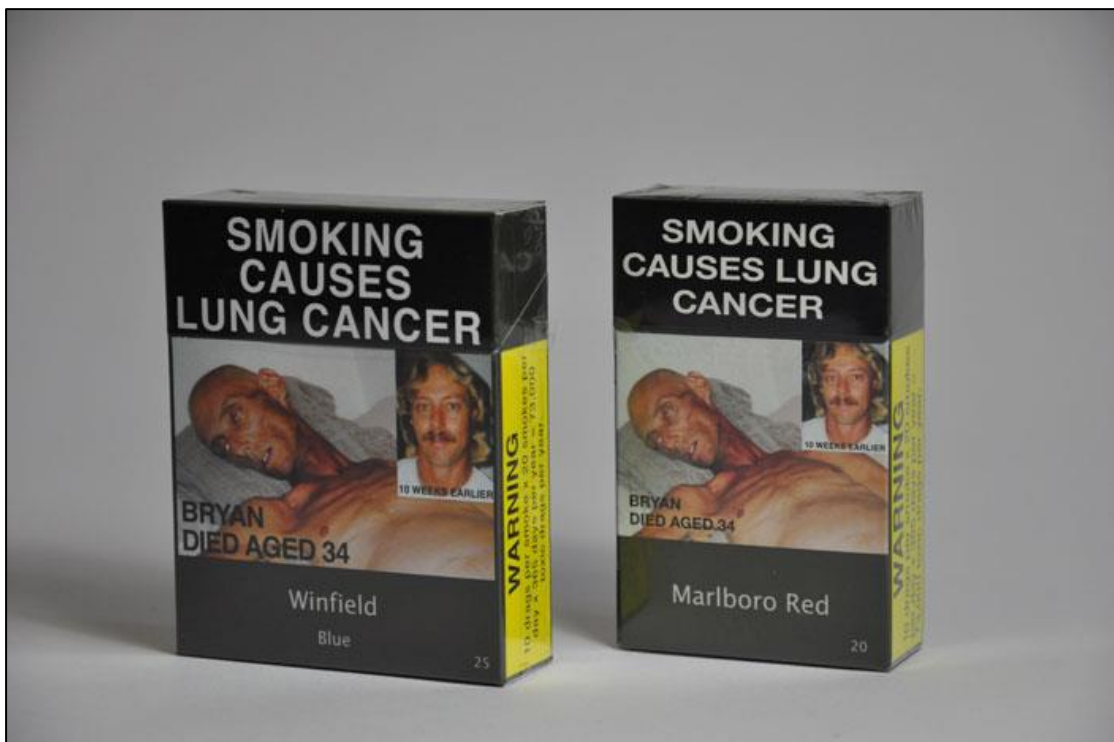
“ฉลากแสดงข้อความเกี่ยวกับพิษภัยและอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ ทั้ง 10 แบบ ปรากฏตามต้นแบบท้ายประกาศฉบับนี้ โดยต้นแบบฉลากแสดงข้อความเกี่ยวกับพิษภัยและอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ ทั้ง 10 แบบ คือ (1) ควันบุหรีมีสารยาเบื่อหนู (2) นิโคตินในบุหรีใช้ทำยาฆ่าแมลง (3) มีสารพิษ 250 ชนิดในควันบุหรี (4) ควันบุหรีมีสารยาตองศพ (5) ยอยากเลิกตองไม่สูบในบ้าน (6) เป็นวิณโรคงายถ้าสูบบุหรี (7) สูบบุหรีในบ้านทำร้ายครอบครัว (8) สูบบุหรีทำให้เป็นมะเร็งตับ (9) 140 คนตอวัน คนไทยตายจากบุหรี และ (10) พ่อแม่สูบ ลูกเลียนแบบ.”

²⁹ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงรูปภาพ ข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัย และช่องทางติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบ ในฉลากของบุหรีซิการ์แรต พ.ศ. 2556 ข้อ 2 "การแสดงฉลากรูปภาพ ข้อความคำเตือนถึงพิษภัยของบุหรีซิการ์แรตและช่องทางติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้จัดพิมพ์ 10 แบบคละกันไป ในอัตรา 1 แบบต่อ 5,000 ซอง หรือภาชนะบรรจุบุหรีซิการ์แรต.”



รูปที่ 4.2: “ตัวอย่างของบุหรี่ซิกาแรตตามกฎหมายไทย”, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2560, จาก http://www.thaihealth.or.th/data/content/2015/07/28775/cms/thaihealth_c_bdeghioqtv25.png

ผู้วิจัยขอเปรียบเทียบให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการออกมาตรการของออสเตรเลียและของไทยนั้นแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญในประเด็นของเครื่องหมายการค้า ปราบกฏดั่งภาพด้านล่างนี้



รูปที่ 4.3: “ตัวอย่างซองบุหรี่ซิกาแรตตามกฎหมายออสเตรเลีย (ปรากฏเครื่องหมายการค้า)”, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2560, จาก

<http://www.tobaccoinaustralia.org.au/images/content/ch11advertising/11.10.29.jpg>

จากภาพสำหรับมาตรการของออสเตรเลียจะเห็นได้ว่าเครื่องหมายการค้าถูกเปลี่ยนแปลงทั้งหมดโดยกฎหมายของรัฐ ทำให้เครื่องหมายหลงเหลือเพียง เครื่องหมายคำ (Word Mark) เพื่อทำหน้าที่เท่านั้น ส่วนองค์ประกอบที่เหลือของเครื่องหมายไม่ว่าจะเป็นสีสัน ลวดลาย การประดิษฐ์อักษร ฯลฯ จะถูกทำลายไปทั้งหมด



รูปที่ 4.4: “ตัวอย่างซองบุหรี่ซิกาแรตตามกฎหมายไทย (ปรากฏเครื่องหมายการค้า)”, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2560, จาก <https://pbs.twimg.com/media/Bv3gboKCYAAqPes.jpg>

จากภาพสำหรับมาตรการของไทยจะเห็นได้ว่าเครื่องหมายยังสามารถจดอัตลักษณ์อันเป็นเอกลักษณ์ของตนได้บางส่วนแต่จะถูกย่อขนาดให้ลดลงตามขนาดของป้ายคำเตือนที่ผู้วิจัยได้นำเสนอข้อมูลแล้วว่าแนวทางของประเทศไทยนั้นมีการขยายป้ายคำเตือนให้ใหญ่ขึ้นอย่างต่อเนื่องโดยที่ตามกฎหมายชุดล่าสุด คือ ร้อยละ 85 เท่ากับว่าพื้นที่แทบทั้งหมดของซองบุหรี่ซิกาแรตจะเป็นป้ายคำเตือน อย่างไรก็ตามเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายก็ยังมีได้มีการเปลี่ยนแปลงจนถึงขนาดที่ไม่หลงเหลืออัตลักษณ์เช่นเดียวกับเครื่องหมายที่ปรากฏบนมาตรการของออสเตรเลีย

ก่อนที่พิจารณาถึงกฎหมายฉบับล่าสุดในการควบคุมยาสูบนั้น ผู้วิจัยขอสรุปเป็นเบื้องต้นเสียก่อนว่าลักษณะของมาตรการที่เกิดจากการตีความกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบสามารถพิจารณาออกได้เป็นสองส่วนใหญ่ ได้แก่ ส่วนแรกว่าด้วยการใส่ป้ายคำเตือนถึงอันตรายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยอาจประกอบด้วยภาพหรือข้อความคำเตือน และ ส่วนที่สองว่าการห้ามโฆษณาที่หากพิจารณาจากมาตรการที่เป็นรูปธรรมนั้นก็จะเป็นอยู่ในรูปแบบของการลดทอนความสำคัญของเครื่องหมายการค้าลงไม่ว่าจะด้วยการเปลี่ยนรูปแบบหรือการย่อขนาด ทั้งนี้มาตรการส่วนอื่น ๆ ที่เหลือไม่ว่าจะเป็นการกำหนดแนวทางการสร้างตัวบรรจุภัณฑ์ รวมไปถึงการห้ามปรากฏสิ่งอื่น ๆ ทั้งที่เป็นข้อความที่อาจทำให้สับสนหลงผิด ฯลฯ เป็นส่วนประกอบเพื่อเสริมทั้งสองมาตรการหลักข้างต้นให้ครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยทั้งหมดนี้เป็นการตั้งแนวทางการวิเคราะห์ที่ผู้วิจัยสร้างขึ้นเพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจและทำการวิเคราะห์ เนื่องจากการวิเคราะห์ปัญหาที่งานวิจัยฉบับนี้ได้ตั้งขึ้นจะต้องพิจารณาแยกมาตรการออกให้เห็นอย่างชัดเจน และไม่นำมาตรการแต่ละส่วนมาผสมกัน ทั้งนี้จะต้องพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายของมาตรการดังกล่าวมาให้ชัดเจนว่ามาจากส่วนกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ จึงจะสามารถทำการวิเคราะห์ได้อย่างสมบูรณ์

ภาพรวมของการสร้างมาตรการข้างต้นตามที่ได้ทำการค้นคว้ามานั้นพบว่าไม่ว่าจะเป็นรูปแบบไหนนั้นก็เป็ต้นเหตุของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทั้งในระดับภายในรัฐและระหว่างรัฐ เนื่องจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกผลกระทบในกรณีนี้คือผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อต่างเรียกร่องสิทธิของตนจากหลากหลายบทบัญญัติทางกฎหมายที่นอกเหนือไปจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิในการประกอบธุรกิจ สิทธิตามกฎหมายมหาชน สิทธิตามกฎหมายแพ่ง ฯลฯ อีกหลายประการ อย่างไรก็ตามประเด็นที่งานวิจัยฉบับนี้ได้ตั้งขึ้นมีเฉพาเรื่องกฎหมายเครื่องหมายการค้าในฐานะสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยได้นำเสนอถึงข้อมูลเรื่องสิทธิทางกฎหมายไปอย่างครบถ้วนแล้วทั้งภาคส่วนของกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะนำมาวิเคราะห์กับพระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2535 และ พ.ศ. 2560 ในบทวิเคราะห์ต่อไป

4.3 พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560

ประเทศไทยเป็นภาคีขององค์การอนามัยโลกจึงมีหน้าที่ต้องอนุวัติการกฎหมายกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบเช่นเดียวกัน โดยในประเทศไทยนั้นมีพระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2535 บังคับใช้มาอยู่แล้วแต่เดิม จึงอาศัยการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมา พร้อมกับออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่นำเสนอไปในหัวข้อที่ 4.2.3 สำหรับการแก้ไขที่เป็นประเด็นเกี่ยวข้องกับมาตรการที่บังคับเอากับตัวบรรจุภัณฑ์นั้น ซึ่งความแตกต่างระหว่างกฎหมายก่อนการแก้ไขและหลังการแก้ไขนั้นจะได้นำเสนอในส่วนนี้

พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560 บังคับใช้เมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2560 ซึ่งนับว่าเป็นเวลาที่เหมาะสมที่งานวิจัยฉบับนี้ได้เขียนขึ้นในช่วงเวลานี้ เพราะสามารถที่จะนำไปใช้สนับสนุนตัวหลักการและเหตุผลของกฎหมายได้เป็นอย่างดีในช่วงต้นที่มีการบังคับใช้กฎหมาย โดยปรากฏส่วนเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย คือ โดยที่พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติหลายประการไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งทำให้การควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบและการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนจากโรคมัยที่เกิดจากผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่สัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก ดังนั้น สมควรปรับปรุงกฎหมายทั้งสองฉบับ เพื่อกำหนดมาตรการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ และยกระดับการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชนโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นทรัพยากรที่สำคัญของชาติ ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและให้สอดคล้องกับกรอบอนุสัญญาดังกล่าว ดังนั้น แนวทางของหมายเหตุท้ายได้แสดงให้เห็นว่าการแก้ไขปรับปรุงครั้งนี้มุ่งหมายจะให้มีการอนุวัติการกฎหมายขั้นต้น จากเดิมที่จะใช้วิธีการออกกฎหมายลำดับรอง ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะศึกษาหัวข้อเรียงตามรูปแบบมาตรการเช่นเดิม ได้แก่ มาตรการสร้างป้ายคำเตือน และ มาตรการห้ามโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า โดยเบื้องต้นจะนำเสนอถึงคำนิยามที่เกี่ยวข้องเสียก่อน ได้แก่³⁰

(1) “หีบห่อ” หมายความว่า ซอง ห่อ หรือสิ่งบรรจุอื่นซึ่งใช้ในการหุ้มห่อบรรจุผลิตภัณฑ์ยาสูบ

(2) “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

(3) “การสื่อสารการตลาด” หมายความว่า การกระทำในรูปแบบต่าง ๆ โดยการโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การสร้างข่าว การเผยแพร่ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดง ณ จุดขาย การตลาดแบบตรง การขาย หรือส่งเสริมการขายโดยใช้บุคคลเป็นการเฉพาะ และการตลาดในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้าหรือบริการ หรือสร้างภาพลักษณ์

(4) “ข้อความ” หมายความว่า รวมถึง ตัวอักษร ภาพ ภาพเคลื่อนไหว แสง เสียง เครื่องหมาย หรือสิ่งอื่นใดที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้

(5) “ฉลาก” หมายความว่า รูป รอยประดิษฐ์ กระจาด หรือสิ่งอื่นใดที่ทำให้ปรากฏข้อความเกี่ยวกับสินค้าซึ่งแสดงไว้ที่สินค้า ภาชนะบรรจุ หรือหีบห่อบรรจุสินค้า หรือสอดแทรก หรือรวมไว้กับสินค้า ภาชนะบรรจุ หรือหีบห่อบรรจุสินค้า และให้หมายความรวมถึงเอกสารหรือคู่มือสำหรับใช้ประกอบกับสินค้านั้น

³⁰ พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560, มาตรา 4.

จากแนวทางของคำนิยามข้างต้น จะเห็นได้ว่าแม้กระทั่งในส่วนของนิยามยังมีการระบุไว้ อย่างชัดเจนถึงคำที่สำคัญ เพื่อป้องกันการตีความที่อาจผิดเพี้ยนไปจากส่วนที่กฎหมายต้องการบัญญัติ ได้ ในประเด็นนี้จะได้พิจารณาว่าทั้งสองมาตรการตามกฎหมายไทยมีการกำหนดไว้อย่างใด และมีส่วน คล้ายคลึงหรือแตกต่างกับกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบประการใด

พรบ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 นั้น ได้มีการกำหนดไว้ในหมวดที่ 4 มาตรา 30 ความว่า “ห้ามผู้ใดโฆษณาหรือทำการสื่อสารการตลาดผลิตภัณฑ์ยาสูบ” โดยหากพิจารณาจาก ข้อความในมาตรานี้ประกอบกับส่วนนิยามข้างต้น จะเห็นกฎหมายมีการกำหนดได้ตรงกับกรอบความ ตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบข้อ 13 (1) อย่างชัดเจน เพราะตัวนิยามเองนั้นมีข้อความตามหลักการ ทางนิเทศศาสตร์ที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไปในส่วนก่อนหน้าซึ่งผู้วิจัยได้ตีความแล้วว่า การใช้เครื่องหมาย การค้าเป็นการโฆษณาชนิดหนึ่งของผู้ผลิตตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อที่ใช้เป็นเครื่องมือสำคัญใน การนำเสนอสินค้าผลิตภัณฑ์ของตน ดังนั้น การกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการโฆษณาหากตีความอย่าง เคร่งครัดแล้ว จะต้องหมายถึงการห้ามใช้เครื่องหมายการค้าอย่างเด็ดขาด มิเช่นนั้นเท่ากับว่ายังจะมี การโฆษณาสินค้าอยู่ได้ซึ่งอาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยหมวดที่ 4 ว่าด้วย “การควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ” ตั้งแต่มาตรา 30 ไปจนถึงมาตรา 40 มีการกำหนดลักษณะของการ กระทำต่าง ๆ ที่กฎหมายเห็นว่ามิใช่เป็นการโฆษณา เช่น มาตรา 31³¹ กำหนดการห้ามโฆษณาในสื่อ สิ่งพิมพ์ โทรทัศน์ วิทยุ โรงภาพยนตร์ ฯลฯ

ข้อความในส่วนตัวกฎหมายก็มีการบัญญัติอย่างชัดเจนในส่วนของการโฆษณาว่าให้หมาย รวมถึงเครื่องหมายด้วย ซึ่งการควบคุมทั้งหมดนี้เพื่อเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของการห้ามโฆษณา อย่างเด็ดขาดตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบที่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ามีความ สมเหตุสมผลอย่างยิ่ง เนื่องจากการโฆษณาส่งเสริมสินค้ายาสูบทั้งหลายจะเป็นการเพิ่มปริมาณการ บริโภคที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ทั้งของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศเองที่ไม่อาจ ยินยอมให้มีการโฆษณาที่หมายถึงเครื่องหมายการค้าด้วย

³¹ พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560, มาตรา 31 “ห้ามผู้ใดแสดงชื่อหรือ เครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ แสดงชื่อหรือเครื่องหมายของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือแสดงสัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใดโดยทำให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ ยาสูบ หรือชื่อหรือเครื่องหมายของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ ทั้งนี้ เพื่อการโฆษณา ผลิตภัณฑ์ยาสูบ ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ในสิ่งพิมพ์ เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ ภาพยนตร์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือป้ายโฆษณา
- (2) ในโรงมหรสพ โรงภาพยนตร์ หรือในการแสดง การละเล่น การประกวด การ แข่งขัน การให้บริการ หรือการประกอบกิจกรรมอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
- (3) ในสื่อสิ่งอื่นใดหรือสถานที่ใดที่ใช้เพื่อโฆษณาหรือทำการสื่อสารการตลาดได้ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ”.

การสร้างมาตรการห้ามโฆษณาเป็นที่ยึดมั่นในตัวบทบัญญัติของกฎหมายแล้วทำให้หมายรวมถึงเครื่องหมายการค้าด้วย ด้วยเหตุผลที่ตามลักษณะแห่งคำอธิบายรวมไปถึงนิยามของกฎหมายนั้นหมายถึงการใช้เครื่องหมายการค้าด้วย และทั้งนี้ก็ยังมีส่วนการโฆษณาอื่น ๆ หลากหลายวิธีการที่กฎหมายห้ามเอาไว้ทั้งหมด อย่างไรก็ตามในมาตรา 38³² นั้น พรบ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดการควบคุมหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้เป็นการเฉพาะอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งมีข้อความที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าเอาไว้หลายประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก การแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความนั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายลำดับรอง (ประกาศโดยรัฐมนตรี) เท่ากับว่าการแสดงเครื่องหมายนั้นกฎหมายยินยอมให้ปรากฏได้บนบรรจุภัณฑ์หีบห่อหรือตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งหมายรวมไปถึงบุหรี่ยี่ห้อด้วย กล่าวคือ การใช้เครื่องหมายการค้าที่นับว่าเป็นการโฆษณาที่กฎหมายห้ามทุกกรณีในบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ที่ผู้วิจัยนำเสนอไปข้างต้นทั้งหมดถูกห้าม แต่การใช้บนหีบห่อบรรจุภัณฑ์กฎหมายยังอนุญาตให้ใช้ได้ แต่การใช้จะต้องเป็นไปตามวิธีการและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งจะต้องพิจารณาในกฎหมายลำดับรองข้างต้น

ประการที่สอง การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายลำดับรองได้กำหนดว่าด้วยเรื่องเครื่องหมายการค้าจะส่งผลทำให้ผลิตภัณฑ์ข้างต้นห้ามจำหน่ายทันที ซึ่งหมายความว่าโทษแห่งการไม่ปรับเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าตามที่กฎหมายกำหนด คือ การห้ามจำหน่ายสินค้า แสดงให้เห็นว่านอกเหนือจากที่เครื่องหมายการค้าจะได้รับผลกระทบแล้ว ตัวบรรจุภัณฑ์เองก็ยังสามารถได้รับผลกระทบตามไปอีกด้วย

ประการที่สุดท้าย มาตรการที่กฎหมายลำดับรองกำหนดขึ้นที่หมายรวมถึงเครื่องหมายการค้าด้วยนั้นจะต้องถูกคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมทุก 2 ปี นั้นหมายความว่าแนวทางการปรับเปลี่ยนบรรจุภัณฑ์หีบห่อสามารถเปลี่ยนแปลงได้ทุกเมื่อ

³² พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560, มาตรา 38 “ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบ เพื่อขายในราชอาณาจักรต้องดำเนินการให้หีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือผลิตภัณฑ์ยาสูบมีขนาด สี สัญลักษณ์ ฉลาก รวมทั้งลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักร แล้วแต่กรณี

ห้ามผู้ใดขายผลิตภัณฑ์ยาสูบที่มีได้จัดให้มีหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือแสดงเครื่องหมายการค้าสัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความ ตามที่กำหนดในวรรคหนึ่ง

เพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของประชาชน ให้คณะกรรมการพิจารณาว่าสมควรปรับปรุงประกาศตามวรรคหนึ่งหรือไม่ ทุกสองปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีความจำเป็น คณะกรรมการจะพิจารณาปรับปรุงประกาศดังกล่าวในกำหนดระยะเวลาที่เร็วกว่านั้นก็ได้”

นอกเหนือจากการห้ามจำหน่ายแล้วในมาตรา 64 ยังได้กำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนด้วยว่า “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท และ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรคสอง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท” จึงหมายความว่าโทษทางอาญาก็ปรับใช้ด้วย เช่นเดียวกันในกรณีที่ผู้ใดก็ตามจำหน่ายหีบห่อตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อตราใดโดยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกัน

การศึกษารูปแบบของมาตรการทั้งหมดที่ได้นำเสนอมานั้น จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็น มาตรการรูปแบบใด จะเป็นการสร้างป้ายคำเตือนหรือการห้ามโฆษณา ก็จะมีผลกระทบต่อตัว เครื่องหมายการค้าทั้งสิ้น แต่ในส่วนของกรณีการโฆษณาได้เห็นแล้วว่าทั้งกฎหมายออสเตรเลียและ กฎหมายไทยได้ยินยอมให้การใช้เครื่องหมายบนหีบห่อหรือบรรจุภัณฑ์เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ แต่ การโฆษณาอย่างอื่น ๆ โดยการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งในส่วนนี้เป็นที่ เข้าใจได้ว่าการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในการนำเสนอสินค้าหรือบริการนั้นจะต้องคงมีอยู่ไว้ เพื่อทำหน้าที่ที่มิเช่นนั้นจะกลายเป็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม การยินยอมให้เครื่องหมายการค้าปรากฏบนหีบห่อบรรจุภัณฑ์ แต่มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบ ออกไปจากเดิมที่เจ้าของได้จดทะเบียนหรือได้ใช้มาจะเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมาย การค้าหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้ก็ต้องมาวิเคราะห์กันถึงความชอบด้วยกฎหมายทั้งทางทฤษฎีและ บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของทั้งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายเครื่องหมายการค้า และ กฎหมายควบคุมยาสูบทั้งที่เป็นกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อจะค้นหา ถึงแนวทางการสร้างมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการควบคุมยาสูบโดยเฉพาะบนตัวบรรจุภัณฑ์หีบห่อ อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด

เมื่อได้ศึกษาบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560 อย่างครบถ้วนแล้ว จะเห็นได้ว่ามาตรา 38 ของกฎหมายฉบับปี 2560 พิจารณาแล้วจะตรงกับบทบัญญัติกฎหมายปี พ.ศ. 2535 มาตรา 12 วรรค 2 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์ วิธีการ รวมถึงลักษณะคำเตือนบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบได้ ซึ่งในกรณีนี้ก็เช่นเดียวกันที่ รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจในการประกาศกฎหมายลำดับรองเพื่อบังคับเข้ากับตัวบรรจุภัณฑ์ของ ผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อตราใด ประเด็นสำคัญที่จะต้องถูกตั้งขึ้น คือ รูปแบบของมาตรการที่จะ สร้างขึ้นตามกฎหมายใหม่ปี พ.ศ. 2560 นี้จะเป็นไปในแนวทางใด ซึ่งในขณะนี้แนวทางมาตรการที่ยัง บังคับใช้อยู่ คือ มาตรการสร้างป้ายคำเตือนตามประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับต่าง ๆ ที่ได้ นำเสนอไปในส่วนก่อนหน้านี้ ดังนั้นจะมีการปรับเปลี่ยนรูปแบบของบรรจุภัณฑ์หรือไม่ประการใดนั้น เป็นประเด็นที่งานวิจัยฉบับนี้ตั้งขึ้นเพื่อหาเหตุผลทางวิชาการเพื่อสนับสนุนแนวทางการออกมาตรการ โดยในบทต่อไป คือ บทวิเคราะห์ข้อมูลทั้งหมดที่ผู้วิจัยได้ทำการค้นคว้าว่า มาตรการที่เหมาะสมในการ คุ้มครองสุขภาพ ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้ากับผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้อตราใดนั้นควรจะเป็นไป ในทิศทางใด ระหว่างการบังคับใช้มาตรการป้ายคำเตือนตามแบบที่ประเทศไทยใช้บังคับอยู่เดิม หรือ จะมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบมาตรการให้อยู่ในลักษณะมาตรการบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีเส้นตามแบบของ ประเทศออสเตรเลีย

4.4 วิเคราะห์มาตรการภาพคำเตือนบนซองบุหรี่

ผู้วิจัยได้นำเสนอข้อมูลที่ทำการค้นคว้ามาอย่างรอบด้าน ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้นำเอาข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์กับประเด็นปัญหาที่งานวิจัยฉบับนี้ได้ตั้งขึ้นได้แก่ มาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพ กรณีเครื่องหมายการค้ากับผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ซิการ์แรตนี้ อย่างที่ทราบกันแล้วว่าแม้กฎหมายแม่บท ได้แก่ พระราชบัญญัติ จะได้มีการบังคับใช้ไปแล้ว คือ พระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560 เมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2560 อย่างไรก็ตามก็เช่นเดียวกับกฎหมายฉบับก่อนหน้าเมื่อปี พ.ศ. 2535 แนวทางการสร้างรูปแบบของหีบห่อบรรจุภัณฑ์จะถูกตราขึ้นในกฎหมายลำดับรองได้แก่ประกาศกระทรวงสาธารณสุขซึ่งในระยะเวลาที่งานวิจัยฉบับนี้เขียนขึ้นยังไม่มีการออกกฎหมายฉบับดังกล่าว ผู้วิจัยจึงวิเคราะห์ถึงแนวทางการสร้างมาตรการที่เหมาะสมเสียก่อน เพื่อใช้เป็นส่วนข้อมูลวิชาการเพื่อสนับสนุนการสร้างมาตรการเช่นว่านี้โดยจากการศึกษานั้นพบว่า มี 2 รูปแบบมาตรการตามกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากการใช้และการตีความกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบที่จะเข้ามามีบทบาทในการสร้างประกาศกระทรวงสาธารณสุขเพื่อบังคับใช้กับหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือบุหรี่ซิการ์แรตเป็นลำดับถัดไป ได้แก่ มาตรการสร้างป้ายคำเตือน และ มาตรการซองบุหรี่ปราศจากสีส่น โดยในที่นี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์แยกพิจารณาทั้งสองมาตรการออกจากกันก่อนให้สองหัวข้อแรก และ ในหัวข้อสุดท้ายจะวิเคราะห์ถึงการปรับใช้มาตรการทั้งสองร่วมกัน เพื่อแสดงให้เห็นแนวทางการสร้างมาตรการที่เหมาะสมที่สุดตามกฎหมาย

4.4.1 มาตรการภาพคำเตือนบนซองบุหรี่

ป้ายคำเตือนบนซองบุหรี่ (Warning Sign) เป็นมาตรการทางกฎหมายที่ประเทศไทยกำลังบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันอ้างอิงรูปที่ 4.2 และ 4.4 โดยประเทศไทยนั้นใช้ลักษณะการขยายขนาดป้ายคำเตือนขึ้นมาเรื่อย ๆ ตามลำดับจนปัจจุบันอยู่ที่ขนาดร้อยละ 85³³ ของพื้นที่บนหีบห่อทั้งหมด โดยขอแยกอธิบายสองส่วนระหว่างเครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบสินค้าหรือบริการ

ประการแรกเครื่องหมายการค้าได้รับผลกระทบจากการถูกย่อขนาดลงจากเดิมทำให้เป็นจุดสังเกตได้ยากขึ้นเมื่อผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้า แต่หากพิจารณาถึงภาพรวมของเครื่องหมายนั้นก็ยังคงอยู่เช่นเดิมมิได้ถูกเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างออกไปจากเดิม ทั้งนี้หมายรวมถึงเอกลักษณ์ของการประดิษฐ์ตัวอักษรก็ยังคงอยู่อีกด้วย อนึ่งในข้อนี้ไม่รวมถึงส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ

³³ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงรูปภาพ ข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องทางติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบ ในฉลากของบุหรี่ซิการ์แรต พ.ศ. ๒๕๕๖, ข้อ 3.

ประการที่สอง ส่วนประกอบสินค้าหรือบริการนั้นเป็นส่วนที่ถูกกระทบมากกว่า เครื่องหมายการค้า เพราะนอกจากส่วนประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่บนหีบห่อของบรรจุทั้งหมดจะถูกย่อขนาดแล้ว ลวดลายความสวยงามก็ถูกเปลี่ยนแปลงไปด้วยเช่นเดียวกัน โดยความเปลี่ยนแปลงที่ว่านั้นขึ้นอยู่กับเจ้าของเครื่องหมายและส่วนประกอบสินค้านั้นจะต้องถูกตัดบางส่วนออกไปเพื่อให้ส่วนที่เหลือปรากฏให้อยู่ภายในพื้นที่ร้อยละ 15 ที่กฎหมายให้เหลือไว้สำหรับปรากฏตัวเครื่องหมายการค้า และส่วนประกอบเช่นว่านั้นได้ กล่าวคือ นอกจากส่วนประกอบของสินค้าจะถูกลดขนาดลงไปแล้ว ยังจะต้องมีการตัดบางส่วนออกอีกด้วย

ประการที่สาม เมื่อพิจารณาประกอบกันระหว่างเครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบสินค้าบนซองบุหรี่ยิกาแรตอย่างเป็นภาพรวม จะเห็นได้ว่าเอกลักษณ์ของเครื่องหมายการค้าที่ถูกนำเสนอออกมานั้นยังสามารถแสดงเอกลักษณ์ให้ผู้บริโภคให้เห็นได้ว่าเครื่องหมายเช่นว่านั้นเป็นสินค้าของเจ้าของผู้ใด แสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์อย่างชัดเจนและเพียงพอให้ผู้บริโภคสามารถจำแนกแยกแยะสินค้าได้ ดังนั้นจึงอาจพิจารณาได้ว่าเครื่องหมายการค้ารวมไปถึงส่วนประกอบของสินค้าสามารถทำหน้าที่ของตนได้อย่างปกติ เพียงแต่จะต้องถูกลดขนาดลงให้เหลือพื้นที่ร้อยละ 15 เท่านั้น โดยผู้วิจัยขอเปรียบเทียบผ่านภาพด้านล่างนี้



รูปที่ 4.4: “ตัวอย่างซองบุหรี่ยิกาแรตตามกฎหมายไทย (ปรากฏเครื่องหมายการค้า)”, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2560, จาก https://pbs.twimg.com/media/Bv3_gboKC_YAAqPes.jpg



รูปที่ 4.5: “ตัวอย่างซองบุหรี่ยิกาแรต Marlboro Menthol”, สืบค้นเมื่อวันที่ 21 เมษายน 2560, จาก http://cdn2.bigcommerce.com/server900/447de/products/70/images/498/marlboro_Black_Menthol__48959.1327278658.220.220.jpg?c=2

เมื่อพิจารณาภาพประกอบทั้งสองแล้ว ผู้วิจัยขอวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมาย เครื่องหมายการค้าและทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

(1) เครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบของสินค้าที่แสดงปรากฏบนหีบห่อบรรจุภัณฑ์ทั้งหมดเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครอง ทั้งตามกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในการวิเคราะห์ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะถือว่าเครื่องหมายการค้าที่นำมาวิเคราะห์กับมาตรการป้ายคำเตือนเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วตามกฎหมายเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างครบถ้วน

(2) หลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้าว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะ แม้ว่ามาตรการสร้างป้ายคำเตือนจะมีการลดทอนรูปแบบของเครื่องหมายการค้าให้แตกต่างออกจากเดิม อย่างไรก็ตามเครื่องหมายที่ถูกเปลี่ยนแปลงยังคงสาระสำคัญไว้ได้เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการ ซึ่งเหตุผลข้างต้นสามารถบังคับใช้ได้กรณีส่วนประกอบของสินค้าที่ถูกลดทอนออกไปบางส่วนได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ สาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าแม้จะได้รับผลกระทบแต่ก็ไม่ถึงขนาดที่สิ้นความเป็นเครื่องหมายไป เพราะ เป็นเพียงการย่อขนาดที่เครื่องหมายการค้ายังสามารถทำหน้าที่ของตนได้เช่นเดิม

(3) สิทธิตามธรรมชาติของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าในอันที่จะใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมหรืออำนาจจากผู้ใดโดยเป็นสิทธิที่ได้รับตามธรรมชาติ ดังนั้นหากพิจารณาในบริบทของการใช้เพื่อแสวงประโยชน์ มาตรการป้ายคำเตือนก็มีได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิตามธรรมชาติในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า

ประเด็นสำคัญ คือ กรณีที่มีการลดทอนรูปแบบของเครื่องหมายจะกระทบสิทธิความเป็นเจ้าของหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการย่อขนาดของเครื่องหมายและส่วนประกอบเพื่อใส่ภาพและข้อความเตือนนั้นแม้จะส่งผลกระทบต่อเครื่องหมายการค้าจริง แต่ก็เป็นที่สามารถยอมรับได้ เพราะ กฎหมายมีเหตุผลอย่างชัดเจนเพื่อคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์มิให้ได้รับอันตรายจากการบริโภคสินค้ายาสูบหรือบุหรี่ยี่ห้ออื่นเป็นกฎหมายบังคับโดยรัฐ ดังนั้น เอกชนจะต้องยินยอมเสียสิทธิบางประการเพื่อให้รัฐลดทอนบางส่วนของเครื่องหมายลงให้บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ แต่จะต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าแนวทางการวิเคราะห์ข้างต้นนี้เป็นเพียงแนวทางการตีความของผู้วิจัยที่ว่าแม้สิทธิความเป็นเจ้าของที่ว่าจะถูกระทบ แต่ทรัพย์สินที่ถูกกระทบเป็นสินค้าที่จะถูกจำหน่ายจ่ายโอนออกไปสู่สังคม เมื่อสินค้าเช่นว่านั้นต้องมีข้อควรระวังเพราะจะมีอันตรายจากการบริโภค ดังนั้น รัฐจึงมีความจำเป็นจะต้องเข้ามาออกกฎหมายเพื่อบังคับโดยการสร้างเงื่อนไขบางอย่างเพื่อให้สินค้าเช่นว่านั้นถูกควบคุมไปเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวมที่เอกชนจะต้องให้การยินยอมว่าสิทธิของตนอาจถูกระทบได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้สิทธิที่ถูกกระทบจะต้องไม่เกินส่วนไป ดังเช่นในกรณีที่กำลังกล่าวถึงนี้ เครื่องหมายการค้ายังคงสามารถทำหน้าที่ของตนได้อยู่จึงกล่าวได้ว่าผลกระทบนั้นมีความเหมาะสมแล้ว

(4) สิทธิของผู้ทรงสิทธิในกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ได้รับผลกระทบจากมาตรการป้ายคำเตือน เพราะ สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในกฎหมายเครื่องหมายการค้า คือ สิทธิในการปฏิเสธ³⁴บุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของตนโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตเพื่อแสวงประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น เมื่อรัฐในฐานะผู้บัญญัติกฎหมายไม่ได้เป็นผู้รับผลประโยชน์โดยตรงจากเครื่องหมายการค้า จึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิที่กฎหมายมอบให้แต่อย่างใด

(5) ข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์ ได้นำเสนอแล้วว่า ความตกลงทริปส์ได้ยินยอมให้เรื่องสาธารณสุขที่หมายรวมถึงเรื่องสุขภาพของมนุษย์เป็นอำนาจของรัฐที่จะสร้างมาตรการบางอย่างเพื่อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ ทั้งในบริบทของข้อยกเว้นตามหลักการทั่วไป และข้อยกเว้นภายในบทบัญญัติแห่งเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากพิจารณาถึงการให้อำนาจรัฐสร้างข้อยกเว้นตามความตกลงทริปส์นี้ มาตรการป้ายคำเตือนตาม พรบ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบจึงเป็นมาตรการที่สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองสุขภาพตามหลักข้อยกเว้นของความตกลงทริปส์เช่นเดียวกัน

(6) ข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้าตาม พรบ. เครื่องหมายการค้าของประเทศไทย ในส่วนของข้อยกเว้นตาม พรบ. เครื่องหมายการค้า มิได้มีการบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นว่าด้วยสุขภาพเอาไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงข้อยกเว้นตามความตกลงทริปส์ที่หัวข้อก่อนหน้านี้นี้จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติกฎหมายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบของไทยก็มีสถานะเป็นข้อยกเว้นหนึ่งของกฎหมายเครื่องหมายการค้า

กล่าวโดยสรุปมาตรการป้ายคำเตือนสำหรับหีบห่อบรรจุภัณฑ์หรือซองบุหรีซิการ์แรตกับเครื่องหมายการค้า นั้น ผู้วิจัยสรุปได้ว่าไม่มีข้อขัดหรือแย้งระหว่างกันทั้งในบริบทของหลักการเบื้องหลังกฎหมาย สิทธิตามกฎหมาย รวมไปถึงการสร้างข้อยกเว้นตามกฎหมาย ประเด็นที่เป็นสาระสำคัญในการพิจารณาของหัวข้อนี้ คือ สิทธิตามธรรมชาติในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นจะต้องหมายถึงรวมถึงสิทธิประการใดบ้าง ซึ่งหากถือตามหลักกรรมสิทธิ์แต่เดิมก็ย่อมจะต้องหมายถึงรวมถึงการครอบครองทรัพย์สินของตนให้อยู่ในสภาพเดิมด้วย อย่างไรก็ตามหลักกรรมสิทธิ์ก็สามารถถูกยกเว้นได้เช่นเดียวกัน แสดงให้เห็นได้ในหลายตัวอย่างที่มีเหตุผลจำเป็นประกอบกับมีกฎหมายสารบัญญัติที่ชัดเจน เช่น การเวนคืนที่ดินโดยรัฐเพื่อทำประโยชน์ หรือ การห้ามตกแต่งรถยนต์จักรยานยนต์ส่วนบุคคลในทางที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น ซึ่งกฎหมายก็สามารถห้ามให้ทำได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น การยกเว้นสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นตามหลักกรรมสิทธิ์เดิม หรือ หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็สามารถถูกยกเว้นได้หากมีกฎหมายบัญญัติและเหตุผลที่เหมาะสม

³⁴ เลอสรร ธนสุกาญจน์. “การบริหารจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี,” ดร. เลอสรร กล่าวว่า “ความหมายของคำว่า “Exclusive Rights” เหมือนกับ “Negative Rights” กล่าวคือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ สิทธิในการปฏิเสธ ซึ่งอาจมีการแปลคำดังกล่าวแตกต่างกันออกไปได้.”

4.4.2 มาตรการบรรจุกฎที่ปราศจากสีสัน

ซองบุหรี่ที่ปราศจากสีสันหรือซองบุหรี่แบบเรียบเป็นผลมาจากการตีความบทบัญญัติของกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ข้อ 13 ว่าด้วยการห้ามโฆษณาเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ประเทศออสเตรเลียริเริ่มบังคับใช้เป็นรัฐแรก และเป็นมาตรการที่สร้างประเด็นขัดแย้งระหว่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายสุขภาพมากที่สุด โดยขอแยกอธิบายสองส่วนระหว่างเครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบสินค้าหรือบริการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก เครื่องหมายการค้าได้รับผลกระทบจากการถูกเปลี่ยนแปลงรูปแบบออกไปจากเดิมอย่างสิ้นเชิงไม่ว่าจะเป็นรูปประดิษฐ์ การจัดวางรูปแบบ หรือแม้กระทั่งลายประดิษฐ์ที่ประกอบกับเครื่องหมายคำ (Word Mark) ให้มีเอกลักษณ์มากยิ่งขึ้น ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้เป็นส่วนที่ถูกมองว่าเป็นการลดทอนคุณค่าของตัวเครื่องหมายการค้า (Trademark Dilution) ยิ่งไปกว่านั้นในบางกรณีอาจมีการตีความไปถึงว่าเครื่องหมายได้เสียลักษณะบ่งเฉพาะอันเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าไปแล้ว

ประการที่สอง ส่วนประกอบสินค้าหรือบริการนั้นเป็นส่วนที่ถูกกระทบอย่างมีนัยสำคัญสำหรับมาตรการซองบุหรี่ที่ปราศจากสีสันนี้ เพราะส่วนประกอบของสินค้าทั้งหมดจะถูกปลดเปลื้องออกไปจากตัวหีบห่อบรรจุภัณฑ์หรือซองบุหรี่ซีกาเรตทั้งหมด เพื่อให้เปลี่ยนไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดโดยให้เป็นสีเดียว ไม่ปรากฏลวดลายใด ๆ ทั้งสิ้น โดยผู้วิจัยขอนำภาพมาเปรียบเทียบกับ อธิบาย ดังต่อไปนี้



รูปที่ 4.6: “ตัวอย่างซองบุหรี่ยีกาเรตตามกฎหมายไทย (ปรากฏเครื่องหมายการค้า)”, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2560, จาก <https://static2.stuff.co.nz/1387218491/087/9343087.jpg>



รูปที่ 4.5: “ตัวอย่างซองบุหรี่ยีกาเรต Marlboro Menthol”, สืบค้นเมื่อวันที่ 21 เมษายน 2560, จาก http://cdn2.bigcommerce.com/server90/0/447de/products/70/images/498/marlboro_Black_Menthol__48959.1327278658.220.220.jpg?c=2

ภาพเปรียบเทียบตัวอย่างของบุหรืซิกาเรตข้างต้นนั้นแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญ ของซองบุหรืซิกาเรตแบบปกติกับซองที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงตามกฎหมายควบคุมยาสูบ ประการสำคัญที่สุดคือมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับมาตรการป้ายคำเตือนเพียงอย่างเดียวที่ประเทศไทยใช้บังคับอยู่ เพราะ เครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบของสินค้าได้ถูกทำลายลงไปทั้งหมดไม่หลงเหลือรูปแบบเดิมที่จดจำได้เลย ในส่วนนี้ผู้วิจัยขอเน้นถึงส่วนที่ปรากฏให้เห็นต่อสายตา (Visual Contact) ที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง อย่างไรก็ตามส่วนที่เป็นการออกเสียงในลักษณะที่เป็นเครื่องหมายการค้า (Word Mark) มาตรการของออสเตรเลียยังให้ใช้บังคับอยู่ได้อันจึงต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าในหัวข้อนี้ผู้วิจัยได้กล่าวถึงเฉพาะส่วนของมาตรการซองบุหรืปราศจากสีสัน ไม่ได้หมายรวมถึงมาตรการป้ายคำเตือน เนื่องจากมาตรการที่ออสเตรเลียใช้บังคับอยู่นั้นประกอบไปด้วยทั้งสองมาตรการร่วมกัน โดยขอให้พิจารณาจากภาพที่ 4.7 ที่ได้นำเสนอด้านล่างนี้ว่าการบังคับใช้มาตรการร่วมกันทั้งสองกรณีควรจะแยกส่วนออกจากกันเมื่อมีการพิจารณาวิเคราะห์บริบททางกฎหมาย การรวมส่วนกันพิจารณาจะก่อให้เกิดสับสนได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาภาพประกอบทั้งหมดแล้ว ผู้วิจัยขอวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายเครื่องหมายการค้าและทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับส่วนมาตรการที่ปราศจากสีสัน ดังนี้

(1) เครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบของสินค้าที่แสดงปรากฏบนหีบห่อบรรจุภัณฑ์ทั้งหมดเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครอง ทั้งตามกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยในการวิเคราะห์ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะถือว่าเครื่องหมายการค้าที่นำมาวิเคราะห์กับมาตรการป้ายคำเตือนเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วตามกฎหมายเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างครบถ้วน

(2) หลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้า กรณีการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้าเป็นการแตกต่างกับที่จดทะเบียนและที่เจ้าของมุ่งประสงค์จะใช้อย่างสิ้นเชิง จากภาพที่นำเสนอไปจะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของเครื่องหมายแทบจะไม่หลงเหลืออยู่เลยยกเว้นเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากพิจารณาเฉพาะส่วนหลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้าที่มีความเป็นไปได้สูงที่มาตรการเช่นนี้จะไม่ถูกต้อง เพราะ เครื่องหมายการค้าได้เสียความสามารถทำหน้าที่ของตน คือการสร้าง ความแตกต่างระหว่างสินค้าไปอย่างมาก

แนวทางการเปลี่ยนแปลงเช่นว่านี้จึงทำให้ประเด็นปัญหาตกอยู่ที่ว่าเครื่องหมายการค้าที่หลงเหลืออยู่บนบรรจุภัณฑ์และหีบห่อนั้น เพียงพอต่อการทำหน้าที่แล้วหรือไม่โดยหากยึดว่าความเป็นเครื่องหมายการค้า คือ สิ่งที่ทำหน้าที่เพื่อแยกแยะสินค้าหรือบริการออกจากกัน เครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกันจะเพียงพอแล้ว เพราะมีเครื่องหมายการค้าเป็นจำนวนมากที่มีการยื่นจดทะเบียนรับความคุ้มครอง หรือมีการใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ในส่วนลวดลาย ความสวยงาม หรือ รูปประดิษฐ์ก็เป็นเพียงการเสริมให้เครื่องหมายนั้นสามารถถูกจดจำได้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่ก็ได้หมายความว่าความปราศส่วนดังกล่าวออกไปจะส่งผลให้ความสามารถในการทำหน้าที่ของเครื่องหมายหมดลงไปอย่างสิ้นเชิง การทำหน้าที่ของเครื่องหมายยังคงสามารถทำได้เพียงแต่ประสิทธิภาพโดยรวมที่แน่นอนว่าจะต้องลดลงไป

การยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายและส่วนประกอบของสินค้าให้คงเหลือไว้แต่เครื่องหมายคำเพื่อทำหน้าที่ของเครื่องหมายตามที่นำเสนอข้างต้นนั้น สมควรได้รับพิจารณาว่าเป็นการกระทำตามข้อยกเว้นที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าให้ไว้ตามกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ มิใช่เป็นการกระทำที่สามารถทำได้โดยทั่วไป หรืออ้างว่าเมื่อการเปลี่ยนแปลงไม่กระทบสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าก็สามารถทำได้ กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายไม่ว่ารูปแบบใด ๆ แม้ว่าเครื่องหมายนั้นยังสามารถทำหน้าที่ของตนได้อยู่ก็ต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่การกระทำนั้นมิใช่ว่าจะสามารถทำได้ตามอำเภอใจแม้ว่าจะกระทำโดยรัฐก็ตาม เนื่องจากมีนักวิชาการชื่อว่า Professor Mark Davidson เห็นว่าเรื่องของสิทธิเอกชนในทรัพย์สินทางปัญญา และอำนาจของรัฐเป็นคนละประเด็นกัน โดยรัฐสามารถใช้อำนาจบังคับเอกชนได้³⁵ จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนได้ว่ารัฐสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ด้วยเหตุที่รัฐมีอำนาจซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องอธิบายไม่ครบถ้วน เพราะ การสร้างมาตรการในส่วนนี้ควรจะต้องมีการพิจารณาเสริมถึงเรื่องข้อยกเว้นและเหตุผลทางกฎหมายสนับสนุนด้วยการยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าจะต้องมีกฎหมายยอมรับและมีการบัญญัติอย่างเหมาะสม

(3) สิทธิตามธรรมชาติของเจ้าของเครื่องหมายการค้า มีประเด็นการพิจารณาสำคัญเช่นเดียวกับประเด็นของมาตรการป้ายคำเตือน กล่าวคือ กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของเครื่องหมายจะกระทบสิทธิความเป็นเจ้าของหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้จะแตกต่างจากมาตรการป้ายคำเตือนเพราะเครื่องหมายมีได้เพียงถูกย่อให้มีขนาดลดลงจากเดิม ในทางตรงกันข้ามตัวเครื่องหมายได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากรูปแบบเดิมอย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตามจากที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ไปในส่วนก่อนหน้าจะเห็นได้ว่ามาตรการของบุหรี่ปราศจากสีสันมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจน ประกอบกับตัวกฎหมายระหว่างประเทศที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างความตกลงทริพส์ก็ยินยอมให้รัฐมีการสร้างข้อยกเว้นต่อทรัพย์สินทางปัญญาได้ ดังนั้น ในความคิดเห็นของผู้วิจัยมาตรการเช่นนี้จึงเป็นมาตรการที่สามารถยอมรับได้ เพราะ กฎหมายมีเหตุผลอย่างชัดเจนเพื่อคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์มิให้ได้รับอันตรายจากการบริโภคสินค้ายาสูบหรือบุหรี่ซิการ์เรตที่เป็นกฎหมายบังคับโดยรัฐทำให้เอกชนจะต้องเสียสิทธิบางประการเพื่อยินยอมให้รัฐลดทอนบางส่วนของเครื่องหมายลงแต่ก็ยังสามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าอยู่ได้ โดยทรัพย์สินที่ถูกกระทบเป็นสินค้าที่จะถูกจำหน่ายจ่ายโอนออกไปสู่สังคมที่อาจมีอันตรายจากการบริโภค ส่งผลให้รัฐมีความจำเป็นจะต้องเข้ามาบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับโดยเป็นการสร้างเงื่อนไขในการควบคุมบางประการ

³⁵ 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, โปรดดู, ญัตติกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 205-206.

(4) สิทธิของผู้ทรงสิทธิในกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ได้รับผลกระทบจากมาตรการชองบุหรี่ปราศจากสีสัน เพราะ สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงเครื่องหมายการค้า คือ สิทธิในการปฏิเสธ บุคคลอื่นที่จะเข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของตนโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตเพื่อแสวงประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น เมื่อรัฐในฐานะผู้บัญญัติกฎหมายไม่ได้เข้ามาใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิที่กฎหมายมอบให้แต่อย่างใด

(5) ข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์ จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของความตกลงทริปส์นั้น ได้นำเสนอแล้วว่าความตกลงทริปส์ได้ยินยอมให้เรื่องสาธารณสุขที่หมายรวมถึงเรื่องสุขภาพของมนุษย์เป็นอำนาจของรัฐที่จะสร้างมาตรการบางอย่างเพื่อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ ทั้งในบริบทของข้อยกเว้นตามหลักการทั่วไป และข้อยกเว้นภายในบทบัญญัติแห่งเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากพิจารณาถึงการให้อำนาจรัฐสร้างข้อยกเว้นตามความตกลงทริปส์นี้ มาตรการป้าค่าเตือนตาม พรบ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบจึงเป็นมาตรการที่สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองสุขภาพตามหลักข้อยกเว้นของความตกลงทริปส์เช่นเดียวกัน

(6) ข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้าตาม พรบ. เครื่องหมายการค้าของประเทศไทย ในส่วนของข้อยกเว้นตาม พรบ. เครื่องหมายการค้า มิได้มีการบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นว่าด้วยสุขภาพเอาไว้ในกฎหมายเอง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงข้อยกเว้นตามความตกลงทริปส์ที่หัวข้อก่อนหน้านี้นี้จะเห็นได้ว่าตัวกฎหมายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบของไทยก็มีสถานะเป็นข้อยกเว้นของเครื่องหมายการค้าแล้ว

การสร้างมาตรการควบคุมยาสูบโดยควบคุมกับบรรจุภัณฑ์ข้างต้น จะเห็นได้ว่าทั้งสองมาตรการล้วนมีความชอบในทางกฎหมายด้วยกันในทุกภาคส่วนซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนแล้วผ่านหลักเกณฑ์และหลักการของกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงความเหมาะสมแห่งมาตรการแล้ว อย่างไรก็ตามยังมีอีกส่วนหนึ่งที่ต้องได้รับการพิจารณาประกอบด้วยกัน คือ ระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้า ทั้งภายในรัฐและตามพิธีสารมาดริดที่สร้างขึ้นเพื่อให้สิทธิทางกฎหมายบางประการแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า เนื่องจากมาตรการทั้งสองนั้นจะส่งผลให้รูปแบบของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนนั้นแตกต่างออกไปจากรูปแบบเดิมที่เจ้าของเครื่องหมายได้ยื่นจดทะเบียนเอาไว้แก่รัฐนั้น นอกจากนี้ระบบพิธีสารมาดริดยังเป็นประเด็นปัญหาเพิ่มเติมได้เล็กน้อย ในกรณีที่เครื่องหมายได้รับจดทะเบียนจากรัฐหนึ่งไปสู่การพิจารณาทางทะเบียนอีกรัฐหนึ่งที่มีมาตรการควบคุมยาสูบบังคับใช้ก็จะส่งผลเป็นเช่นเดียวกัน คือ เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนตามกฎหมายจะมีการเปลี่ยนแปลงออกไปจากเดิม ในประเด็นข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่ารูปแบบแห่งการจดทะเบียนนั้นไม่ส่งผลต่อการใช้เครื่องหมาย กล่าวคือ การใช้ไม่จำเป็นจะต้องใช้ดังที่จดทะเบียนไว้ทั้งหมด การใช้เพียงเครื่องหมายคำที่ได้รับการจดทะเบียนไว้ก็ยิ่งให้ผลการคุ้มครองอย่างเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนเช่นเดิม มิได้มีการลดทอนสิทธิ หรือการเพิกถอนสิทธิแห่งการจดทะเบียนแต่อย่างใด การแก้ไขเครื่องหมายในระบบทะเบียนไม่มีความจำเป็น เพราะกฎหมายควบคุมยาสูบไม่ได้เพิกถอนสิทธิแห่งเครื่องหมายเพียงแต่เป็นการจำกัดการใช้ส่วนที่ปรากฏอยู่บนหีบห่อหรือบรรจุภัณฑ์เท่านั้น กล่าวโดยสรุป ระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะมีได้รับผลกระทบจากมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบนี้

4.5 แนวทางมาตรการว่าด้วยการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบในยุโรป

หัวข้อนี้ผู้วิจัยจะมุ่งเน้นการพิจารณาบริบทของกฎหมายอื่นนอกเหนือจากประเทศไทย และออสเตรเลียว่าด้วยการควบคุมบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือซองบุหรี่ซิการ์เรต โดยพิจารณาถึงแนวทางการบัญญัติกฎหมายภายหลังจากประเทศออสเตรเลียมีการบังคับใช้เรื่องมาตรการดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ตามการที่จะนำร่างกฎหมายของทุกประเทศมาพิจารณาย่อมเป็นเรื่องที่ยากเนื่องจากปริมาณข้อมูลที่มีอาจศึกษาได้ทั้งหมด ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้เลือกเอาตัวอย่างกฎหมายที่มีการบัญญัติในลักษณะที่สอดคล้องกับแนวทางและผลการศึกษา โดยยกตัวอย่างกรณีศึกษาจากบางประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปที่มีการสร้างมาตรการดังกล่าวอย่างแพร่หลาย เพื่อวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนเหตุผลในการสร้างมาตรการข้างต้น

สหภาพยุโรปมีการตรา Directive 2014/40/EU ตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ³⁶ ประเด็นที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง คือ Directive 2014/40/EU ได้บัญญัติเอาไว้ในข้อ 114 (3) ของ Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU)³⁷ กำหนดว่าการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์นั้นเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงถึงเป็นอย่างมากเมื่อจะต้องมีการตรากฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน ว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบมีใช้สินค้าปกติและมีอันตรายเมื่อมีการบริโภคอย่างต่อเนื่องในระยะเวลาหนึ่ง ดังนั้น การลดปริมาณการบริโภคยาสูบจึงเป็นเรื่องสำคัญยิ่ง³⁸ จากบริบทข้างต้นทำให้เห็นว่าแนวปฏิบัติภายในของสหภาพฯ แต่เดิมก็มีการรับรองประเด็นการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์เอาไว้อยู่แล้ว

³⁶ Directive 2014/40/EU, Whereas (7).

³⁷ 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.”

³⁸ 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 อาจกล่าวได้ว่าเป็นแนวปฏิบัติควบคุมยาสูบอย่างครบถ้วนสมบูรณ์มากที่สุดฉบับหนึ่งของสหภาพ สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการบรรจุหีบห่อและติดป้ายผลิตภัณฑ์ยาสูบบัญญัติไว้ใน ข้อ 8-13 ประกอบไปด้วยมาตรการป้ายคำเตือนและมาตรการห้ามโฆษณา ดังนี้

ประการแรกมาตรการป้ายคำเตือนของผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องปรากฏอยู่บนบรรจุภัณฑ์ภายนอกทั้งหมดสำหรับพื้นที่ได้มีการกำหนดไว้ตามกฎหมาย โดยจะต้องเห็นได้อย่างชัดเจนและไม่ถูกบดบังด้วยข้อความหรือสิ่งอื่นใด เช่น อักษรแสดมภ์³⁹ ทั้งนี้ข้อความคำเตือนทั่วไปกับข้อมูลจะต้องมีพื้นที่ขนาดร้อยละ 50 ของพื้นที่ที่ถูกพิมพ์ขึ้น⁴⁰ อย่างไรก็ตามพื้นที่ป้ายคำเตือนบนซองบรรจุภัณฑ์เมื่อประกอบด้วยข้อความคำเตือนและรูปภาพแล้วจะต้องมีขนาดทั้งด้านหน้าและด้านหลังร้อยละ 65⁴¹ ของบรรจุภัณฑ์ยาสูบ⁴²

ประการที่สองมาตรการห้ามโฆษณากำหนดว่าป้ายผลิตภัณฑ์นั้นจะต้องไม่ปรากฏข้อความที่สนับสนุนหรือส่งเสริมให้มีการบริโภคยาสูบ อันเป็นการสร้างความเข้าใจผิดในตัวผลิตภัณฑ์ในเรื่องความอันตราย ลักษณะทางกายภาพ ผลกระทบต่อสุขภาพ หรือเป็นการแนะนำว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบไม่ก่อให้เกิดอันตรายจากการบริโภค หรือ มีคุณสมบัติในเชิงเป็นประโยชน์แต่อย่างใด เช่น ข้อความที่ว่ามีส่วนผสมของสมุนไพร ช่วยในการรักษาและฟื้นฟู ฯลฯ ทั้งนี้การปรากฏข้อความข้างต้นให้หมายรวมถึง รสชาติ รสสัมผัส กลิ่น หรือสารเติมแต่งอื่นใดที่ให้ผลเช่นเดียวกันอีกด้วย⁴³ นอกจากนี้บทบัญญัติตามข้อ 13 พิจารณาแล้วมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของออสเตรเลียที่ได้นำเสนอไปส่วนก่อนนี้เป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นการประกอบไปด้วยมาตรการสองรูปแบบเช่นเดียวกัน ซึ่งแน่นอนว่า Directive ฉบับนี้มีการบัญญัติในส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าเช่นกันตามข้อ 13 (3)⁴⁴ ว่า “สิ่งใด ๆ ที่ถูกห้ามให้ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ตามที่กล่าวไว้ข้างต้นให้หมายรวมถึงแต่ไม่จำกัดอยู่ที่ข้อความ สัญลักษณ์ ชื่อ เครื่องหมายการค้า รูปลักษณ์ หรือ สัญลักษณ์อย่างอื่นใด” หมายความว่า บทบัญญัติตามกฎหมายนี้มีผลในการบังคับใช้เช่นเดียวกับบรรจุภัณฑ์แบบเรียบอันเป็นมาตรการของออสเตรเลีย กล่าวคือการมีผลทางบังคับที่มากกว่ากฎหมายของประเทศไทยที่บังคับใช้เฉพาะป้ายคำเตือน แต่ส่วนเครื่องหมายการค้าใช้วิธีการย่อขนาดลงไป ซึ่งลักษณะของเครื่องหมายจะเป็นอยู่เช่นเดิม มิได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบให้แตกต่างออกไป

³⁹ Directive 2014/40/EU, Article 8 (3)-(4).

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

⁴¹ Directive 2014/40/EU, Article 10 (c).

⁴² Directive 2014/40/EU, Article 11 (1).

⁴³ Directive 2014/40/EU, Article 13 (a)-(c).

⁴⁴ 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.”

จากแนวทางของกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปข้างต้น ทำให้ภาคีรัฐสมาชิกทั้งหลายในสหภาพมีความจำเป็นจะต้องสร้างกฎหมายภายในเพื่อเป็นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์กลางของสหภาพฯ ให้มีผลบังคับใช้ภายในประเทศของตน ซึ่งหากพิจารณาตามแนวทางของกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่ารูปแบบของมาตรการนั้นแทบจะเหมือนกับกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือปราศจากสีสันของออสเตรเลีย ในส่วนย่อยต่อไปนี้ผู้วิจัยมุ่งหมายที่จะยกตัวอย่างกฎหมายจากภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรปที่ทำการสร้างกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบเรียบขึ้นมาโดยเฉพาะในสหราชอาณาจักร เพื่อเป็นเหตุผลประกอบการสร้างมาตรการอีกด้วย

สำหรับสหราชอาณาจักร ในปี ค.ศ. 2015-2016 นับว่าเป็นประเทศที่ตื่นตัวเรื่องการสร้างมาตรการที่ควบคุมยาสูบอย่างมาก เพราะ นอกจากจะเป็นรัฐที่สร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือปราศจากสีสันเช่นเดียวกันออสเตรเลียแล้ว ศาลอังกฤษยังได้มีการออกคำพิพากษาเพื่อสนับสนุนตัวมาตรการเช่นนั้นอีกด้วย ซึ่งในประเด็นนี้เองที่ผู้วิจัยต้องการหยิบยกเอาตัวอย่างการสร้างมาตรการและรูปแบบของคำพิพากษาที่ล้วนเห็นชอบไปในทิศทางเดียวกันกับมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบในลักษณะที่เป็นแบบเรียบหรือที่เรียกกันว่าซองบุหรี่ปราศจากสีสัน

สหราชอาณาจักรบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์ยาสูบชื่อว่า 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)⁴⁵ และเป็นที่แน่นอนว่าจะต้องมีการกำหนดเรื่องป้ายคำเตือนความอันตรายของผลิตภัณฑ์ยาสูบ⁴⁶ ซึ่งมีข้อความคล้ายคลึงกับที่บัญญัติไว้ใน Directive ประเด็นที่กล่าวมานี้ไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้า รวมไปถึงรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ยาสูบนั้นรัฐสภาของอังกฤษผู้ออกกฎหมายฉบับดังกล่าวได้นำเสนองานวิจัยที่ให้ผลตรงกันว่าสิ่งเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมและส่งเสริมให้มีการบริโภคสินค้าผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งเป็นปัญหาที่จะต้องได้รับการแก้ไขเพื่อจำกัดวงของผลกระทบจากการบริโภค มิเช่นนั้นอาจเกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ได้

⁴⁵ 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.”

⁴⁶ The Standardised Packaging ... 2015, Article 3 para. 3.

เมื่อพิจารณาตัวบริบทการออกกฎหมายแล้วแสดงให้เห็นได้ว่าแนวทางการสร้างมาตรการเพื่อควบคุมยาสูบนั้นเป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งหมดสำหรับในสหราชอาณาจักรเอง กล่าวคือ ทั้งกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก กฎหมายของสหภาพยุโรป รวมไปถึงการสร้างกฎหมายภายในรัฐ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าเมื่อปรากฏกรณีของการสร้างมาตรการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้สิทธิทางศาลของบริษัทผู้ผลิตยาสูบ อย่างไรก็ตาม กิติศาสตร์ก็ได้มีความเห็นไปในทิศทางที่เห็นด้วยกับตัวมาตรการและกฎหมายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งมีรายละเอียดนำเสนอได้ ดังต่อไปนี้

คดี *British American Tobacco & Others v. Department of Health*⁴⁷ เป็นคดีที่บริษัทผู้ผลิตยาสูบได้ร้องต่อกรมสาธารณสุขเกี่ยวกับกฎหมายควบคุมยาสูบ ซึ่งอยู่ในอำนาจศาลปกครองที่อยู่ภายใต้ศาลสูงแผนกควีนส์เบนช์ (Administrative Court under Queen's Bench Division of the High Court) เพราะเป็นการพิจารณาฎหรือข้อบังคับตามกฎหมาย โดยผลแห่งคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายควบคุมยาสูบนั้นมีความเหมาะสมและได้สัดส่วนแล้ว (Suitable and Appropriate)⁴⁸ โดยศาลได้ปฏิเสธฟ้องของผู้ฟ้อง ได้แก่ (1) กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้สัดส่วนและมีความไม่เหมาะสม⁴⁹ ซึ่งศาลเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มีความเหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องสุขภาพของมนุษย์แล้ว⁵⁰ (2) กฎหมายดังกล่าวไม่มีความจำเป็นเนื่องจากสามารถหามาตรการที่มีความรุนแรงน้อยกว่าและบรรลุวัตถุประสงค์ที่ให้ผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกันได้⁵¹ ซึ่งศาลเห็นว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เท่าเทียมกับกฎหมายฉบับนี้อีกแล้ว⁵² (3) ตามหลักความสมดุลระหว่างสิทธิของเอกชนในการใช้เครื่องหมายการค้าและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างอื่นกับประโยชน์ด้านสาธารณสุขนั้นในกรณีนี้ผู้ฟ้องเห็นว่าขาดสมดุลโดยตนเห็นว่าไม่เป็นธรรม⁵³ ซึ่งศาลเห็นว่ามีความสมดุลแล้วโดยการให้ความชอบธรรมแก่ผลประโยชน์ด้านสุขภาพโดยรวมมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงินของเอกชน⁵⁴ จากการตั้งประเด็นคำวินิจฉัยของศาลข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่าศาลได้มีการยอมรับว่าลักษณะของมาตรการนั้นอาจกระทบต่อบริษัทผู้ผลิตยาสูบจริง แต่ผลกระทบนั้นก็ไม่ได้สัดส่วนและสามารถยอมรับได้จึงเป็นเหตุให้มาตรการเช่นว่านี้สามารถบังคับใช้ได้

⁴⁷ 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*.

⁴⁸ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 596.

⁴⁹ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 455.

⁵⁰ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 592.

⁵¹ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 662.

⁵² *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 679.

⁵³ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 186.

⁵⁴ *British American Tobacco v. Department of Health*, *Ibid.*, para. 711.

4.6 มาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพกรณีเครื่องหมายการค้าและบุหรี่ยาสูบ

การศึกษาบริบทของกฎหมายเครื่องหมายการค้าและของบุหรี่ยาสูบทั้งหมดที่งานวิจัยฉบับนี้ได้นำเสนอได้นำปรากฏรูปแบบของมาตรการที่ได้ดำเนินการตามกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบทั้งหมด 2 มาตรการ ได้แก่ มาตรการป้ายคำเตือน และ มาตรการซองบุหรี่ยาสูบปราศจากสีส่น ซึ่งทั้งสองมาตรการนั้นออสเตรเลียเป็นประเทศแรกที่ดำเนินการเป็นกฎหมายภายในเอาไว้อย่างครบถ้วน โดยผู้วิจัยได้พิจารณาถึงทั้งสองมาตรการแยกต่างหากจากกันเพื่อให้เห็นถึงความชอบด้วยกฎหมายทั้งภาคส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศแล้วตามหัวข้อก่อนหน้า ซึ่งลักษณะของทั้งสองมาตรการประกอบกันนั้น แบ่งออกได้เป็นส่วนหลัก ๆ ได้แก่

- (1) บรรจุภัณฑ์ต้องไม่ปรากฏเครื่องหมายการค้า สีส่น หรือข้อความอย่างหนึ่งอย่างใด
- (2) สีส่นของบรรจุภัณฑ์ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด
- (3) เครื่องหมายการค้าที่จะปรากฏอยู่ใต้บนบรรจุภัณฑ์และจะต้องไม่มีการแต่งตัวอักษร
- (4) ปรากฏภาพคำเตือนตามที่กฎหมายกำหนด

แนวทางมาตรการควบคุมบุหรี่ยาสูบบนหีบห่อหรือซองผลิตภัณฑ์ข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นภาพรูปภาพด้านล่างนี้ที่มีการแยกพิจารณาเป็นส่วน ๆ เช่นเดียวกับข้อความที่นำเสนอข้างต้น โดยองค์การอนามัยโลกเป็นผู้นำเอาภาพนี้ขึ้นเพื่อประชาสัมพันธ์ผ่านเว็บไซต์ขององค์การฯ



รูปที่ 4.7: “องค์ประกอบของมาตรการซองบุหรี่ยาสูบที่ปราศจากสีส่น”, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2560, จาก <http://www.who.int/campaigns/no-tobacco-day/2016/plain-packaging-630.jpg>

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้สรุปผลงานการวิจัยทั้งหมด สำหรับแนวทางการสร้างมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพสำหรับกรณีเครื่องหมายการค้าและบุหรีชิกาแรต โดยจะทำการวิเคราะห์มาตรการที่ออสเตรเลียบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันและเป็นแนวทางที่องค์การอนามัยโลกให้การยอมรับว่าเป็นมาตรการที่ใช้บังคับกับตัวหีบห่อบรรจุภัณฑ์บุหรีชิกาแรตที่เหมาะสมที่สุดนั้นถูกต้องแล้วหรือไม่ตามข้อมูลที่ได้นำเสนอมาในงานฉบับนี้นั้นสามารถแบ่งแยกมาตรการที่เหมาะสมเอาไว้ 3 ประการด้วยกันที่ผู้วิจัยตั้งสมมติฐานไว้ว่าหากมาตรการดังกล่าวชอบด้วยหลัก 3 ประการนี้ จะทำให้มาตรการเช่นว่านั้นเหมาะสมในการคุ้มครองสุขภาพตามประเด็นปัญหาที่งานวิจัยฉบับนี้ตั้งขึ้นได้

ประการแรก ความชอบด้วยหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา หลักการสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรก คือ การแสดงความคิดเห็นในหลักความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นแสวงประโยชน์ได้ตามความต้องการแห่งตนโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลใด และ ส่วนที่สอง คือ สิทธิทางกฎหมายของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบของบุคคลอื่นผ่านรัฐเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยทั้งสองส่วนจะต้องเคารพอยู่บนพื้นฐานของหลักการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์แห่งสังคม ตามเหตุผลแห่งการเกิดขึ้นของทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีความจำเป็นจะต้องถูกจำกัดอำนาจบางส่วนลงมิเช่นนั้นสิทธิของผู้ทรงจะมีมากเกินไปจนไม่อาจถูกควบคุมได้ โดยที่ในส่วนที่สองนี้จะอธิบายในประเด็นของกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในราชอาณาจักรไทย

สำหรับมาตรการที่บังคับเอากับบรรจุภัณฑ์ของบุหรีชิกาแรตนั้น หากพิจารณาตามสิทธิธรรมชาติของมนุษย์ในอันที่จะแสดงความเป็นเจ้าของซึ่งทรัพย์สิน ผู้วิจัยเห็นว่ามิประเด็นทางกฎหมายอยู่พอสมควรเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงรูปร่างของทรัพย์สินนั้นจะต้องวินิจฉัยขยายออกไปว่าไปกระทบสิทธิความเป็นเจ้าของหรือไม่ ในเบื้องต้นจะขอยกตัวอย่างกับเรื่องกรรมสิทธิ์เสียก่อน เช่น นาย ก. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รถยนต์ส่วนบุคคลเช่นนี้ไม่ว่าบุคคลใดจะมาเปลี่ยนแปลงแก้ไขรถยนต์อันเป็นทรัพย์สินของ นาย ก. ได้ ประเด็นต่อมาหากเปลี่ยนการพิจารณาจากบุคคลอื่นมาเป็นรัฐ เช่นนี้จะสามารถทำได้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าขึ้นอยู่กับกฎหมายที่บัญญัติและเหตุผลแห่งความเหมาะสม เพราะอาจมีหลายกรณีที่รัฐเห็นว่าการเข้าไปแทรกแซงเช่นว่านั้นอาจส่งผลให้เกิดผลประโยชน์ หรือสามารถป้องกันเหตุร้ายบางอย่างเช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่นพรบ. รถยนต์ พ.ศ. 2522 มาตรา 14 ได้กำหนดห้ามการเปลี่ยนแปลงรัฐหรือส่วนหนึ่งส่วนใดเว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียน โดยนายทะเบียนมีสิทธิไม่อนุญาตได้หากเห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะก่อให้เกิดอันตราย⁵⁵

⁵⁵ มาตรา 14 “รถใดที่จดทะเบียนแล้ว ห้ามมิให้ผู้ใดเปลี่ยนแปลงตัวรถหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของรถให้ผิดไปจากรายการที่จดทะเบียนไว้และใช้รถนั้น เว้นแต่เจ้าของรถนำรถไปให้นายทะเบียนตรวจสอบสภาพก่อน

ในกรณีที่นายทะเบียนเห็นว่ารถที่เปลี่ยนแปลงตามวรรคหนึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายในเวลาใช้ ให้สั่งเจ้าของรถแก้ไขและนำรถไปให้ตรวจสอบสภาพก่อนใช้...”

จากตัวอย่างข้างต้นผู้วิจัยต้องการแสดงให้เห็นว่าแม้แต่กรรมสิทธิ์นั้นในบางกรณีก็อาจถูกรัฐเข้ามาแทรกแซงการใช้สิทธิบางประการได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้จะต้องพึงระลึกว่าการแทรกแซงเช่นว่านั้นจะต้องมีเหตุผลที่เหมาะสมประกอบกับตัวกฎหมายสารบัญญัติที่ให้อำนาจอย่างถูกต้อง หากพิจารณาต่อไปอีกจะพบตัวอย่างอีกหลายประการที่กรรมสิทธิ์ของเอกชนอาจถูกกระทบโดยรัฐได้ ตัวอย่างข้างต้นนั้นเป็นเพียงแค่การเข้าไปแทรกแซงบางส่วน แต่บางกรณีอาจเป็นการยกเลิกการมีกรรมสิทธิ์เลยก็ได้ เช่น การเวนคืนที่ดินตามพรบ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ซึ่งก็มีการกำหนดเหตุผลบางประการเอาไว้ว่าหากมีเหตุผลที่เหมาะสม รัฐย่อมมีสิทธิเวนคืนอสังหาริมทรัพย์คืนได้⁵⁶ ทั้งหมดนี้เป็นตัวอย่างที่มักถูกนำมาเป็นเหตุผลประกอบการพิจารณาเสมอหากมีข้อโต้แย้งโต้เถียงว่ารัฐมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ ซึ่งในที่นี้ผู้วิจัยขอตอบว่าได้เมื่อมีเหตุผลที่เหมาะสมและมีกฎหมายบัญญัติเท่านั้น

มาตรการที่บังคับเอากับบรรจุกณ์ของบุหรืซิกาแรตหากมองในมุมของความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีขึ้นตามธรรมชาตินั้นก็อาจถูกยกเว้นได้เช่นเดียวกัน แต่การยกเว้นจะต้องมีเหตุผลที่เหมาะสมประกอบกับการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจการยกเว้นเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น การที่ตัวมาตรการมีกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ และมีเหตุผลเพื่อการคุ้มครองสุขภาพก็มีความสมเหตุสมผลให้ตัวมาตรการสามารถบังคับใช้ได้อย่างเหมาะสมไม่กระทบกับสิทธิในความเป็นเจ้าของอย่างเกินสมควร ทั้งนี้ด้วยเหตุผลจากการเป็นที่ยอมรับกันในประเทศคมโลกแล้วว่าผลผลิตกณ์ยาสูบหรือบุหรืซิกาแรตนั้น มีโซผลผลิตกณ์สำหรับบริโภคอย่างทั่วไปเนื่องจากการบริโภคผลผลิตกณ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์อย่างมีนัยสำคัญและในบางกรณีอาจส่งผลถึงชีวิตได้หากมีการบริโภคอย่างต่อเนื่องในระยะเวลาหนึ่ง กล่าวคือ การออกมาตรการควบคุมผลผลิตกณ์ยาสูบหรือบุหรืซิกาแรตเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างมาก การเข้ามาควบคุมเรื่องตัวบรรจุกณ์นั้นเป็นหนึ่งในมาตรการที่แสดงให้เห็นแล้วว่าเหมาะสม และมีความจำเป็น

อนึ่งจักต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่ามาตรการควบคุมบรรจุกณ์ที่กล่าวถึงนั้น ส่งผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิความเป็นเจ้าของตามธรรมชาติในทรัพย์สินทางปัญญา เพียงแต่ถูกยกเว้นด้วยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีเหตุผลอย่างเหมาะสม มิใช่กรณีที่มาตรการเช่นว่านั้นไม่มีผลกระทบแต่ประการใดเลยต่อสิทธิธรรมชาติในการแสดงความเป็นเจ้าของ การอธิบายเหตุผลอย่างหลังนี้ผู้วิจัยเห็นว่ามีความคลาดเคลื่อนและไม่ถูกต้องตามหลักเหตุและผลของวิชานิติศาสตร์

⁵⁶ มาตรา 5 เมื่อรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อกิจการใด ๆ อันจำเป็นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือการอันจำเป็น ในการป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อการ ฝังเมือง หรือเพื่อการพัฒนาการเกษตร หรือการอุตสาหกรรม หรือเพื่อการ ปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการ โอนไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการเวนคืนตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนไว้ในกฎหมายอื่นโดยเฉพาะแล้วถ้าจะต้องดำเนินการเวนคืนเพื่อกิจการตามกฎหมายดังกล่าว เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นสมควรจะมีมติให้ดำเนินการเวนคืนตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้แทนก็ได้

ประการที่สอง ความชอบด้วยหลักการของกฎหมายเครื่องหมายการค้า หลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้า คือ กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้เกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้า หรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้า นั้น ๆ แสดงให้เห็นผ่านองค์ประกอบทางกฎหมายที่กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ และในบางประเทศกำหนดให้จะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้ว หรือเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย กล่าวคือ คุณสมบัติในการสร้างเอกลักษณ์นี้เองเป็นสาระสำคัญแห่งเครื่องหมายการค้า ดังนั้น การทำลายสาระสำคัญข้างต้นจึงไม่อาจยอมรับได้ไม่ว่าด้วยประการใดทั้งสิ้น

มาตรการที่บังคับเอากับบรรพบุรุษของบุหรี่ยาสูบได้มีการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้าและส่วนประกอบของสินค้าให้แตกต่างออกไปจากเดิมในลักษณะที่มีการลดคุณค่าลง ไม่ว่าจะ เป็นกรณีของการลดขนาดในมาตรการป้ายคำเตือน และการเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายไปอย่างสิ้นเชิง สำหรับกรณีของมาตรการของบุหรี่ยาสูบจากฟิลิปปินส์ อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงแม้จะเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญทั้งหมดของเครื่องหมายให้แตกต่างจากเดิม แต่กฎหมายยังยินยอมให้เครื่องหมายคำเหลือปรากฏบนบรรพบุรุษเพื่อแสดงถึงเอกลักษณ์ของเครื่องหมายนั้นได้อยู่ ดังนั้น หน้าที่ของเครื่องหมายการค้าจึงยังมิได้ถูกทำลายลงไปทั้งหมด เครื่องหมายยังสามารถทำหน้าที่ในการแสดงเอกลักษณ์ในการสร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการได้อยู่ อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้แม้จะไม่ทำให้เครื่องหมายสิ้นความสามารถไป แต่ก็ยังเป็น การลดความสามารถของเครื่องหมายการค้าอยู่เช่นเดิม อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงเพียงประเด็นเฉพาะสาระสำคัญในความสามารถของเครื่องหมายการค้าเพียงอย่างเดียว ผู้วิจัยเห็นว่าตัวมาตรการไม่ได้ขัดหรือแย้งกับสาระสำคัญดังกล่าว ด้วยเหตุที่ความสามารถของเครื่องหมายมิได้ถูกทำลายลงไปทั้งหมด ในทางตรงกันข้ามเครื่องหมายยังสามารถทำหน้าที่ของตนได้ และภาคส่วนที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปก็มีเหตุผลและกฎหมายสนับสนุนอีกด้วย

การวิเคราะห์ทั้งสองประการข้างต้น ผู้วิจัยขอเน้นย้ำถึงหลักทฤษฎีของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งหมายถึงเครื่องหมายการค้าด้วย คือ หลักการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิในผู้ทรงทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น การตีความหลักการดังกล่าวด้วยข้อมูลที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้ามานั้น ส่งผลไปในทิศทางเดียวกันว่าประเด็นเรื่องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์นั้นสมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะนำมาพิจารณาเป็นข้อยกเว้นในส่วนผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น สำหรับการใช้และการตีความหลักการของผู้วิจัย จึงเห็นสมควรให้ล่วงไปถึงส่วนการคุ้มครองสุขภาพด้วยเพื่อเป็นหลักในการยกเว้นสิทธิบางประการในทรัพย์สินทางปัญญาได้เพื่อสร้างความสมดุลให้แก่สังคม

ประการที่สาม ความชอบด้วยหลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ในประการที่หนึ่งและสองนั้นเป็นเรื่องหลักทฤษฎีสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญา และเครื่องหมายการค้าที่ผู้วิจัยขอเน้นย้ำว่าไม่มีส่วนของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาเกี่ยวข้อง ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ในหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ

สำหรับส่วนกฎหมายระหว่างประเทศที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ความตกลงทริปส์⁵⁷ ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าโดยมีการกำหนดสิทธิเอาไว้อย่างชัดเจนโดยกำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะปฏิเสธบุคคลอื่นเข้ามาใช้เครื่องหมายของตนเพื่อแสวงประโยชน์โดยมิชอบ นอกจากนี้กฎหมายยังได้มีการกำหนดองค์ประกอบของความเป็นเครื่องหมายการค้าเอาไว้ด้วยว่าจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะทางกฎหมาย ดังนั้น หากพิจารณาในบริบทของความคุ้มครองทางกฎหมาย ตัวเครื่องหมายการค้าก็ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ทั้งในส่วนองค์ประกอบและสิทธิแต่เพียงผู้เดียว อย่างไรก็ตามกฎหมายบัญญัติได้มีการถอดหลักการมาจากหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ หลักการสร้าง ความสมดุลระหว่างสิทธิเช่นเดียวกัน ดังนั้น กฎหมายจึงมีการบัญญัติข้อยกเว้นแห่งสิทธิเอาไว้เพื่อเปิดช่องให้มีการใช้และการตีความเพื่อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ โดยการบัญญัติส่วนข้อยกเว้นนั้นก็มีทั้งการบัญญัติในส่วนหลักการทั่วไป และในส่วนทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดโดยเฉพาะเจาะจง โดยตามที่มีผู้วิจัยได้นำเสนอแล้วว่าบทบัญญัติทั่วไปนี้ กฎหมายกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าเรื่องสาธารณสุขนั้นสามารถยกขึ้นเป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายได้ ทั้งนี้ในส่วนบทบัญญัติเฉพาะความตกลงทริปส์ก็เปิดช่องให้รัฐสมาชิกสามารถสร้างมาตรการบางอย่างเพื่อจำกัดสิทธิได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นหากพิจารณาตัวบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเหมาะสมแล้ว

แนวทางการสร้างมาตรการเป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายข้างต้น หากพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วพบว่ากฎหมายควบคุมยาสูบของแต่ละประเทศที่บังคับเข้ากับตัวบรรจุกฎหมายนี้เองที่เป็นมาตรการที่อาศัยบทยกเว้นเป็นฐานแห่งการออก ยิ่งไปกว่านั้นนอกเหนือไปจากบทบัญญัติที่สร้างขึ้นตามข้อยกเว้นแล้ว กฎหมายควบคุมยาสูบยังมีฐานจากกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบให้อำนาจเอาไว้อีกด้วย ดังนั้น หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะเห็นได้ว่ากฎหมายอนุญาตให้มีการสร้างข้อยกเว้นได้โดยที่ประเด็นสำคัญ คือ การสร้างข้อยกเว้นเช่นนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ประการใด เนื่องจากการสร้างข้อยกเว้นตามความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงด้วย⁵⁷ ในส่วนนี้ผู้วิจัยเห็นว่าหากตัวมาตรการนี้ได้ทำลายหลักการสำคัญของทรัพย์สินทางปัญญานั้นลง มีเหตุผลอย่างเหมาะสมและมีกฎหมายบัญญัติยอมสามารถบังคับใช้ได้ ดังนั้น เมื่อมาตรการควบคุมบรรจุกฎหมายยาสูบหรือซองบุหรี่ซึ่งแรกมิได้ทำลายความเป็นเครื่องหมายการค้าลงไปเพียงแต่เป็นการลดทอนความสามารถในการทำหน้าที่เท่านั้น ทั้งยังมีเหตุผลและกฎหมายสนับสนุนมาตรการเช่นนี้สามารถบังคับใช้ได้ โดยเป็นการกระทำตามกรอบแห่งกฎหมาย

⁵⁷ 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.”

ประการสุดท้ายความชอบด้วยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 สำหรับส่วนกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้น อนุวัติการมาจากความตกลงทริปส์เพิ่มเติมกับพิธีสารมาดริดในการแก้ไขครั้งสุดท้าย เพื่อให้กฎหมายไทยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามดังที่ได้นำเสนอในส่วนก่อนหน้านี้นี้แล้วว่าความตกลงทริปส์นั้นเป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น รัฐสมาชิกสามารถเลือกอนุวัติการกฎหมายได้ตามความเหมาะสมภายในของตนโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการวิเคราะห์กฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศจึงสมควรแยกออกจากกัน

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยนั้นดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอข้อมูลแล้วว่าได้มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกับความตกลงทริปส์ ซึ่งหาพิจารณาถึงการใช้และการตีความกฎหมายแล้วก็เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งองค์ประกอบของความเป็นเครื่องหมาย ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ รวมไปถึงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า จะมีก็เพียงแต่ค่าทางกฎหมายที่อาจบัญญัติแตกต่างกันไปเท่านั้น อย่างไรก็ตามสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยมิได้ถูกยกเลิกเพิกถอนไปแต่อย่างใด เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังมีสิทธิใช้เครื่องหมายกับสินค้าของตนได้ตราบใดที่การใช้เป็นไปตามที่กฎหมายได้ทำการบัญญัติเอาไว้ อย่างเหมาะสม กล่าวคือ จะต้องอยู่ในกรอบของบรรทัดฐานที่ปราศจากสับสนและการปรากฏของป้ายคำเตือนตามขนาดที่กำหนด นอกเหนือจากบริบทของสิทธิแล้ว ในส่วนของระบบทะเบียนนั้นผู้วิจัยยังเห็นว่าไม่มีประเด็นทางกฎหมายแต่อย่างใดด้วยเหตุที่รัฐในฐานะผู้รับจดทะเบียนมิได้มีการเพิกถอนสิทธิที่ให้ตามกฎหมาย และเป็นอำนาจโดยชอบธรรมของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองแก่ตัวเครื่องหมายการค้า นั้น ๆ และทั้งนี้หากอ้างอิงถึงระบบการจดทะเบียนมาดริดผู้วิจัยก็ยังเห็นว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ ที่จะให้หรือไม่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายนั้น ๆ ด้วยเช่นกัน

การใช้และการตีความกฎหมายตาม พรบ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2560 นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าจะต้องเป็นไปตามแนวทางของความตกลงทริปส์ เพราะสาระสำคัญของกฎหมายที่เหมือนกัน ส่วนที่แตกต่างกันออกไปก็เป็นเพียงรายละเอียดที่มีใช้บริบทสำคัญซึ่งจะมีใช้ส่วนที่เป็นประเด็นวินิจฉัยตามงานวิจัยฉบับนี้แต่อย่างใด เมื่อการใช้และการตีความกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายระหว่างประเทศ ผลแห่งการบังคับใช้ก็ควรจะเป็นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ สิทธิทางกฎหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแม้จะได้รับผลกระทบจริง เนื่องจากเครื่องหมายจะต้องลดความสามารถในการทำหน้าที่สร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการจากเดิมที่อาจมีองค์ประกอบหลายส่วนที่สามารถทำหน้าที่เช่นนั้นได้ กลับกลายเป็นเหลือเพียงเครื่องหมายคำที่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าว ในส่วนนี้ผู้วิจัยต้องการเน้นย้ำถึงสาระสำคัญในเหตุผลแห่งการวิจัยว่า สิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ทรงสิทธิได้รับผลกระทบจริง แต่ผลกระทบเช่นนั้นเป็นที่ยอมรับได้ในทางกฎหมาย เนื่องจากได้กระทำตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้อำนาจในการสร้างมาตรการ คือ กรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบ รวมไปถึงหลักการสร้างข้อยกเว้นตามความตกลงทริปส์ต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิมิได้ถูกเพิกถอน ส่วนการให้เหตุผลเพียงว่าสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิได้ถูกกระทบเลยไม่น่าจะเป็นการให้เหตุผลที่เหมาะสมในมุมมองของผู้วิจัย

ผู้วิจัยขอเสนอเป็นลำดับสุดท้ายว่านับถึงเวลาที่งานฉบับนี้ได้เขียนเสร็จสิ้นลง องค์การ
 ระวังข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกที่รับเรื่องพิจารณาเรื่องมาตรการบรรจุภัณฑ์ปราศจากสีส่นโดย
 รัฐออสเตรเลียผู้ออกมาตรการเป็นผู้ถูกร้องเป็นข้อพิพาทเพื่อวินิจฉัยโดยมีระยะเวลาพิจารณาอย่าง
 ยาวนานตั้งแต่ปี ค.ศ. 2012 โดยผู้ร้องถึง 5 รัฐที่ บัดนี้ในปี ค.ศ. 2017 องค์การระวังข้อพิพาทได้มีคำ
 วินิจฉัยแล้วว่ามาตรการดังกล่าว ไม่ขัดต่อกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและข้อตกลงด้านทรัพย์สิน
 ทางปัญญา ซึ่งเป็นการยืนยันอีกครั้งหนึ่งว่ามาตรการเช่นนี้สามารถบังคับใช้ได้ อย่างไรก็ตามคำ
 ตัดสินในประเด็นรายละเอียดนั้นยังมิได้มีการเผยแพร่ ('A WTO official confirmed the draft was
 sent to parties to the dispute on Tuesday. "It's a confidential interim report ... and we
 don't comment on confidential reports,") จึงไม่ได้นำมาพิจารณาด้วย^{58 59}

อย่างไรก็ตามแนวทางการพิจารณาขององค์การระวังข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก
 นับว่าเป็นการยืนยันถึงความถูกต้องของมาตรการที่บังคับเอากับบรรจุภัณฑ์ของยาสูบหรือซองบุหรีชิ
 กาแรตได้เป็นอย่างดี เพราะ องค์การการค้าโลกเป็นองค์การที่มีอำนาจในการใช้และตีความตัว
 กฎหมายที่ครอบคลุมการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ความตกลงทริปส์โดยตรง ซึ่ง
 ผู้วิจัยได้นำเสนอไปแล้วว่ามีบทบัญญัติสนับสนุนการสร้างข้อยกเว้นในทรัพย์สินทางปัญญาได้ โดยให้
 เป็นอำนาจในการสร้างมาตรการแก่รัฐผู้ออกนั้น ๆ โดยจะต้องเหมาะสมและสอดคล้องกับความตก
 ลงทริปส์ ซึ่งส่วนนี้ก็ได้รับการรับรองแล้วว่ามีความถูกต้องและเหมาะสมทั้งหมดด้วยเหตุผลและข้อมูล
 ที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไป กล่าวโดยสรุปแล้วมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือมาตรการซองบุหรี
 ปราศจากสีส่น เมื่อใช้ประกอบกับมาตรการสร้างป้ายคำเตือนแล้วเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการ
 คุ้มครองสุขภาพตามกฎหมาย โดยจะต้องคงสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าให้สามารถทำหน้าที่
 สร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการอันเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าไว้ โดยที่สิทธิ
 ประการหลังนี้ไม่สามารถถูกยกเลิกเพิกถอนได้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ

⁵⁸ จากรายงานของ A WTO official ได้ทำการยืนยันถึงคำวินิจฉัยขององค์การระวัง
 ข้อพิพาทว่าได้มีการวินิจฉัยแล้วแต่ยังไม่สามารถเปิดเผยรายงานอย่างเป็นทางการได้, สืบค้นเมื่อวันที่
 6 พฤษภาคม 2560, <https://www.theguardian.com/global/2017/may/05/australias-defeats-wto-challenge-to-plain-packaging-of-tobacco>.

⁵⁹ ผู้วิจัยได้ทำการสืบค้นอีกครั้ง เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2560 ยังไม่ปรากฏรายงานอย่าง
 เป็นทางการ.https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm,
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm,
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds441_e.htm,
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds458_e.htm,
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds467_e.htm.

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เหตุผลในการสร้างมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบ หรือ มาตรการของบุหรีปราศจากสีส้น (Plain Packaging Measure) คือ การลดปริมาณการบริโภคยาสูบของประชากรโลกที่มีอย่างมหาศาลซึ่งหากปล่อยให้ปัญหาเช่นนี้ต่อไปอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อทั้งชีวิตและสุขภาพของมนุษย์อย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น การสร้างกรอบความตกลงว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกในฐานะสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งขององค์การระหว่างประเทศที่จะบังคับใช้มาตรการอย่างจริงจังต่อรัฐภาคีสมาชิกทั้งหลายที่มีหน้าที่ในการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในรัฐตน อย่างไรก็ตามการสร้างมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจขนาดใหญ่อย่างธุรกิจจำหน่ายยาสูบที่ปัจจุบันนับว่าเป็นธุรกิจที่มีมูลค่าสูงลำดับต้น ๆ ของโลกเป็นที่แน่นอนว่าจะต้องมีการโต้แย้งถึงสิทธิของผู้ประกอบการเพื่อเป็นการคัดค้านมาตรการ เช่นว่านั่นมิให้สามารถบังคับใช้ได้ สำหรับประเด็นที่งานวิจัยฉบับนี้มุ่งนำเสนอนั้นก็ได้มาจากส่วนของข้อโต้แย้งของผู้ประกอบการผู้ผลิตยาสูบทั้งหลายที่ได้นำเสนอข้อโต้แย้งของตนต่อทั้งหน่วยงานระดับข้อพิพาทที่ขึ้นตรงต่อองค์การการค้าโลก และหน่วยงานยุติธรรมภายในแต่ละรัฐเท่าที่ศักยภาพของผู้ประกอบการรายนั้น ๆ จะได้ใช้ช่องทางกฎหมายเพื่อใช้สิทธิของตนในการโต้แย้งมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือมาตรการของบุหรีที่ปราศจากสีส้นให้มีผลตกไป

เครื่องหมายการค้าถูกจัดเป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดหนึ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองทางกฎหมายทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือความตกลงทริปส์ ถูกนำมาเป็นประเด็นหลักของข้อโต้แย้งโดยผู้ประกอบการกล่าวหาว่า มาตรการควบคุมตัวบรรจุภัณฑ์เช่นนี้เป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าของตน ทั้งนี้ลักษณะของผลกระทบก็เป็นการทำให้เสื่อมหรือด้อยค่าลงไปซึ่งเครื่องหมายการค้าเช่นนี้อีกด้วย เมื่อสถานการณ์เป็นเช่นนี้จึงทำให้ทั้งสองฝ่าย ได้แก่ ผู้ออกมาตรการและผู้โต้แย้งต่างหาเหตุผลเพื่อสนับสนุนการกระทำของตนให้มีความชอบธรรม

การศึกษาตามงานวิจัยฉบับนี้ผู้วิจัยได้ทำการค้นคว้าข้อมูลและวิเคราะห์แนวทางการสร้างมาตรการแล้ว พบว่าลักษณะของมาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือมาตรการของบุหรีที่ปราศจากสีส้นอันมีต้นแบบมาจากการตีความและอนุวัติการกฎหมายของออสเตรเลียสามารถใช้ได้อย่างชอบธรรมได้สัดส่วนกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า จึงสามารถสรุปได้ว่ามาตรการบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือมาตรการของบุหรีปราศจากสีส้นเป็นมาตรการในการคุ้มครองสุขภาพที่เหมาะสม ด้วยเหตุผล ดังต่อไปนี้

ประการแรก ความชอบด้วยหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา มาตรการควบคุมบรรจุกฎหมายยาสูบมีความชอบทั้งในส่วนหลักการแห่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งในส่วนการแสดงความคิดเห็นในหลักความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาได้รับมาโดยผลของธรรมชาติ โดยมีได้รับมอบมาจากบุคคลอื่นใด และ ส่วนสิทธิทางกฎหมายของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบของบุคคลอื่นผ่านรัฐเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย ซึ่งในส่วนที่สองนี้จะยกเอาไว้พิจารณาในประการสุดท้าย เพราะ เป็นส่วนของกฎหมายบัญญัติ เนื่องจากตัวมาตรการนั้นให้ความเคารพแก่หลักการของทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเหมาะสม อันเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและผลประโยชน์แห่งสังคม ทั้งนี้ การกระทำภายใต้กรอบแห่งหลักการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาย่อมมีความชอบธรรม กล่าวคือ มาตรการที่บังคับเข้ากับบรรจุกฎหมายของบุหรี่ยาสูบสามารถยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นส่วนว่าด้วยเจ้าของตามธรรมชาติได้ เพราะ การออกมาตรการมีเหตุผลที่เหมาะสม ประกอบกับการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจการยกเว้นเอาไว้อย่างชัดเจน การบังคับใช้กฎหมายจึงสามารถกระทำได้โดยมิได้เป็นการละเมิดหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่อย่างใด การศึกษาค้นคว้าวิจัยงานฉบับนี้ทำให้ทราบได้ว่าสิทธิความเป็นเจ้าของนั้นสามารถถูกยกเว้นได้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือ แม้กระทั่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินก็ตาม หากว่าการกระทำยกเว้นมีเหตุผลที่เหมาะสม และมีกฎหมายบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหลักการของทรัพย์สินทางปัญญายินยอมให้มีการสร้างข้อยกเว้นของสิทธิเพื่อสร้างความสมดุลได้แล้ว การสร้างมาตรการควบคุมยาสูบที่เป็นผลิตภัณฑ์ที่มีการเห็นพ้องต้องกันด้วยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่าเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์จึงสามารถทำได้อย่างยิ่งตามกรอบของหลักการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้นำเสนอไว้ในงานฉบับนี้

อนึ่งตามหลักการอธิบายเหตุผลของวิชานิติศาสตร์นั้น มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการวินิจฉัยผลการวิเคราะห์และหลักเหตุผลอย่างถูกต้อง การให้เพียงผลการวิเคราะห์เพียงอย่างเดียว โดยมีได้พิจารณาถึงตัวเหตุผล หรือ ให้เหตุผลอย่างคลาดเคลื่อนย่อมเป็นช่องโหว่ของการให้เหตุผลทางกฎหมายซึ่งเป็นสาระสำคัญยิ่งที่งานวิจัยฉบับนี้ต้องการนำเสนอ ซึ่งแต่เดิมนั้นมีความเข้าใจในส่วนนี้ที่คลาดเคลื่อนอยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้เหตุผลสนับสนุนมาตรการบรรจุกฎหมายแบบเรียบหรือมาตรการของบุหรี่ปราศจากสีสันว่าสามารถทำได้ เพราะ ไม่เป็นการละเมิดหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นตามความเห็นของผู้วิจัยนั้นเป็นการให้เหตุผลอย่างไม่ถูกต้องตามหลักการที่ได้นำเสนอมา จำต้องพึงระลึกไว้เสมอว่ามาตรการบรรจุกฎหมายแบบเรียบหรือมาตรการของบุหรี่ปราศจากสีสันว่าสามารถทำได้ เพราะ เป็นการกระทำตามข้อยกเว้นที่หลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้อนุญาตไว้ กล่าวคือ ตัวมาตรการเองเป็นการส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นเจ้าของตามธรรมชาติในทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงรูปร่างของทรัพย์สินทางปัญญาออกไปให้แตกต่างจากเดิมในลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นด้อยมูลค่าลง อย่างไรก็ตาม การกระทำเช่นนั้นได้ทำตามกรอบของข้อยกเว้นแห่งกฎหมายอย่างมีเหตุผลที่เหมาะสม บริบทของสิทธิจึงอยู่ในสถานะที่สมดุล

ประการที่สอง ความชอบด้วยหลักการของกฎหมายเครื่องหมายการค้า มาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์ที่ยาสูบมิได้เป็นการละเมิดหลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้า เพราะเครื่องหมายยังคงองค์ประกอบลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อแสดงความแตกต่างระหว่างสินค้ายาสูบได้อยู่ การทำหน้าที่ดังกล่าวแม้จะถูกกลดทอนลงไปบ้างด้วยรูปลักษณ์ของเครื่องหมายที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งอาจส่งผลทำให้ความสามารถในการจดจำหรือแยกแยะเครื่องหมายของบุคคลลดลง แต่ก็มิได้ถึงขนาดที่เครื่องหมายนั้นขาดลักษณะบ่งเฉพาะ อย่างไรก็ตามผู้วิจัยขอเน้นย้ำถึงหลักการให้เหตุผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีของหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาว่า มาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์ที่ลักษณะแบบเรียบหรือปราศจากสีสนี้ เป็นการกระทบกับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่การกระทำดังกล่าวมีความชอบด้วยหลักการทางกฎหมายเครื่องหมายการค้า เนื่องจากผลกระทบที่เกิดขึ้นมิได้ถึงขนาดที่พรากรลักษณะบ่งเฉพาะไปจากเครื่องหมาย ทั้งนี้ยังทำภายใต้กรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ในการสร้างช้อยกเว้นอีกด้วย มิใช่กรณีที่มาตรการเช่นว่านี้ไม่ส่งผลกระทบอย่างใดเลยต่อเครื่องหมายการค้าซึ่งแนวการให้เหตุผลอย่างหลังนี้ผู้วิจัยเห็นว่าไม่น่าจะถูกตั้งตามหลักวิชานิติศาสตร์

ประการที่สาม ความชอบด้วยหลักเกณฑ์ของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า นอกจากส่วนความชอบหลักการของกฎหมายแล้ว มาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์ที่ยาสูบยังมีความชอบธรรมต่อกฎหมายสาระบัญญัติได้แก่ความตกลงทริปส์ด้วย เมื่อพิจารณาในบริบทของความคุ้มครองทางกฎหมายได้มีการบัญญัติช้อยกเว้นแห่งสิทธิเอาไว้เพื่อเปิดช่องให้มีการใช้และการตีความเพื่อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ โดยการบัญญัติส่วนช้อยกเว้นนั้นก็มีทั้งการบัญญัติในส่วนหลักการทั่วไป และในส่วนทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละชนิดโดยเฉพาะเจาะจง ให้รัฐสมาชิกสามารถสร้างมาตรการบางอย่างเพื่อจำกัดสิทธิได้เช่นเดียวกัน เมื่อการสร้างมาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์ที่ยาสูบตั้งอยู่บนหลักการของเหตุผลและสนธิสัญญาอันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีความชอบธรรมในการบังคับใช้ได้ นอกจากนี้การสร้างช้อยกเว้นจะต้องชอบด้วยบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ด้วย ซึ่งเมื่อมาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์ที่ยาสูบหรือชองบุหรือชริกแรตมิได้ทำลายความเป็นเครื่องหมายการค้าลงไป เพียงแต่เป็นการลดทอนความสามารถในการทำหน้าที่เท่านั้น ทั้งยังมีเหตุผลและกฎหมายสนับสนุน มาตรการเช่นว่านี้สามารถบังคับใช้ได้ โดยเป็นการกระทำตามกรอบแห่งกฎหมาย

ประการสุดท้ายความชอบด้วยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 สำหรับกฎหมายของประเทศไทยนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังมีสิทธิใช้เครื่องหมายกับสินค้าของตนได้ตราบใดที่การใช้เป็นไปตามที่กฎหมายได้ทำการบัญญัติเอาไว้เหมาะสม นอกเหนือจากบริบทของสิทธิแล้ว ในส่วนของระบบทะเบียนนั้นรัฐในฐานะผู้รับผิดชอบมิได้มีการเพิกถอนสิทธิที่ให้ตามกฎหมาย และเป็นอำนาจโดยชอบธรรมของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองแก่ตัวเครื่องหมายการค้า นั้น ๆ และทั้งนี้หากอ้างถึงระบบการจดทะเบียนมาคริตผู้วิจัยก็ยังเห็นว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ ที่จะให้หรือไม่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายนั้น ๆ ด้วยเช่นกัน จึงไม่มีประเด็นจะต้องพิจารณาว่าระบบทะเบียนจะมีการขัดแย้งกับมาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์หรือไม่

กล่าวโดยสรุป มาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบแบบเรียบหรือปราศจากสีสนั้นสามารถทำได้โดยชอบด้วยหลักการและบทบัญญัติของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า โดยการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ที่ถูกต้องนั้นผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการดังกล่าวมีส่วนกระทบทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้า แต่กระทำได้ตามกรอบอำนาจแห่งข้อยกเว้นของกฎหมาย และเป็นการกระทำที่เหมาะสม สร้างความสมดุลระหว่างสิทธิแล้ว

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะต่อการจัดทำกฎหมายลำดับรองเพื่อรองรับการสร้างมาตรการควบคุมยาสูบแบบบรรจุภัณฑ์แบบเรียบหรือปราศจากสีสนในประเทศไทยดังต่อไปนี้

(1) ควรสร้างรูปแบบของกฎหมายให้อยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเครื่องหมายการค้าตามที่รายงานวิจัยฉบับนี้ได้นำเสนอ

(2) ควรประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนโดยทั่วไปรับทราบถึงที่มา วัตถุประสงค์และรูปแบบของการจัดทำกฎหมายดังกล่าวผ่านสื่อทั้งหลายอย่างครอบคลุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่เครื่องหมายการค้าบนบรรจุภัณฑ์หรือซองยงคงทำหน้าที่ได้เช่นเดิม

(3) ควรกำหนดระยะเวลาให้บริษัทผู้ผลิตยาสูบและบุหรี่ยาสูบมีช่วงระยะเวลาปรับตัวตามกฎหมายช่วงหนึ่ง เนื่องจากการปรับเปลี่ยนจะเกิดขึ้นกับบรรจุภัณฑ์ทั้งหมด

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- จักรกฤษณ์ ควรวจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ ภูมินทร์ บุตรอินทร์. ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555.
- นพนิตี สุริยะ. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2552.
- _____. Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2552.
- ทัชชฌัย ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

บทความวารสาร

- สาวตรี สุขศรี. “โครงการสำรวจกฎหมายควบคุมยาสูบ: การฟ้องคดียาสูบและคำพิพากษาคดีในต่างประเทศ เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการคุ้มครอง และเยียวยาสุขภาพของผู้สูบและไม่สูบ บุหรี่ ผ่านการฟ้องคดีบริษัทหรือกลุ่มอุตสาหกรรมในประเทศไทย.” สำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ. กรมควบคุมโรค. (2556).
- เอกรินทร์ วิริโย. “เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับบทบาทความรับผิดชอบต่อสังคม.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 43. ฉบับที่ 4. (2557): 917-940.
- เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล. “กฎหมายว่าด้วยการจัดการทำของบุหรี่ปแบบเรียบหรือของบุหรี่ปแบบมาตรฐาน.” วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 30. ฉบับที่ 1. (2555): 49-70.

วิทยานิพนธ์

ขวัญเรือน เพบขุนทด. “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ากับประเทศไทย.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

จุมพล ภิญโญสินวัฒน์. “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา.” คุชฎินิพนธ์ คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา. “การให้เหตุผลทางกฎหมายของหลักความจำเป็นในการปกป้องชีวิตหรือ
สุขภาพของมนุษย์ในฐานะเป็นข้อยกเว้นต่อหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีบรรจุกฎบัตรแบบเรียบของผลิตภัณฑ์ยาสูบ.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

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

วิมล สิทธิไอสถ. “การบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่
เกี่ยวพันกับการค้าในประเทศกำลังพัฒนา: ศึกษากรณีสิทธิบัตรยา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554.

วศิน พิพัฒน์ฉัตร. “การควบคุมการส่งเสริมการขายด้วยวิธีการแปรเปลี่ยนเครื่องหมายการค้าของ
อุตสาหกรรมยาสูบ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2556.

เอกสารอื่น ๆ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์

จิระวัฒน์ อยู่สบาย. บริษัทบุหรี่ป้องรื่องกระทรวงสาธารณสุข กรณี: ออกประกาศภาพคำเตือนบน
ของบุหรี่ป้องรื่อง 85%. การเสวนาทางวิชาการ การค้าเสรีของ WTO และกฎหมายการควบคุม
สินค้ายาสูบของ WHO FCTC: สิทธิของบริษัทบุหรี่ป้องรื่อง หรือ สิทธิของรัฐในการออกประกาศคำ
เตือนบนของบุหรี่ป้องรื่อง. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร. 2557.

บุญอยู่ ขอพรประเสริฐ. การวิเคราะห์โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์: แนวคิดและหลักการทางนิเทศ
ศาสตร์. เอกสารประกอบการประชุมชี้แจงอนุบัญญัติที่ออกมาใหม่ตามพระราชบัญญัติ
ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 (รุ่นที่ 1). 2558.

ภูมินทร์ บุตรอินทร์. อาจารย์กฎหมายชี้ประกาศภาพคำเตือนขนาดร้อยละ 85 บนซองบุหรี่รัฐทำได้. การเสวนาทางวิชาการ เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าสินค้าบุหรี่ป้องรัฐบาล: บทเรียนจากประเทศออสเตรเลีย จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร. 2556.

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

Books

Amanda Michaels. A Practical Guide to Trade Mark Law. Sweet and Maxwell Limited, 1996.

Antony Taubman. A Pratical Guide to Working with TRIPs. Oxford University Press, 2011.

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.

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

Graeme B. Dinwoodie and Mark D. Janis. Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research. Edward Elgar Publishing Inc., 2008.

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.

Peter Drahos. A Philosophy of Intellectual Property. Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.

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

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.

Madhavi Sunder. "IP3." Stanford Law Review. Vol. 59 Issue 2. (2006)

Mark P. McKenna. "The Normative Foundations of Trademark Law." Notre Dame Law Review. (2007).

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).

World Trade Organization. "Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health". Ministerial Conference. Fourth Session. Doha. (2001): 1-2.

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, p. 39.

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.

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.

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