

ความตกลงขององค์การการค้าโลกกับมาตรการของบาหลีแบบเรียบง่าย



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

WORLD TRADE ORGANIZATION AGREEMENTS AND THE SCHEME FOR
TOBACCO PLAIN PACKAGING



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2015

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความตกลงขององค์การการค้าโลกกับมาตรการของบาหลี
	แบบเรียบ
โดย	นางสาวพลอย สีสะสุด
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อังจะนิล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร.วันดี สุขชาติกุลวิทย์)

พลอย สีตะสุต : ความตกลงขององค์การการค้าโลกกับมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ (WORLD TRADE ORGANIZATION AGREEMENTS AND THE SCHEME FOR TOBACCO PLAIN PACKAGING) อ.ที่
 ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.ศักดา ธนิตกุล, 212 หน้า.

ปัจจุบันประเทศไทยกำลังพิจารณาร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ซึ่งมีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้นำมาตรการของบุหรี่แบบเรียบตามแนวทางของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก (WHO FCTC) มาบังคับใช้ ออสเตรเลียเป็นประเทศแรกที่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับโดยกำหนดห้ามใช้เครื่องหมายการค้าบนซองบุหรี่ และรูปลักษณะภายนอกของซองบุหรี่ต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด ประเทศผู้ส่งออกยาสูบและผู้ประกอบการยาสูบในฐานะผู้ได้รับผลกระทบจึงนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาในเวทีต่างๆทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ โดยอ้างว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบขัดต่อความตกลงขององค์การการค้าโลก (WTO) ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 (GATT) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs) นอกจากนี้ยังอ้างว่ามาตรการเป็นการเวนคืนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและค่าความนิยม (Goodwill) อันเป็นทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และเป็นการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BIT) ด้วย ดังนั้นจึงควรศึกษาถึงความสอดคล้องของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบกับกฎหมายภายในของไทย และความตกลงที่คุ้มครองทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการนำมาตรการของบุหรี่แบบเรียบมาบังคับใช้ในไทย

จากการศึกษาพบว่าการบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ (1) ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติจึงไม่ขัดกับ ความตกลง GATT (2) ไม่ใช่ข้อบังคับทางเทคนิคที่จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์บรรลุผลจึงไม่ขัดกับความตกลง TBT (3) ไม่เป็นการห้ามการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไม่ขัดต่อสิทธิทวงกันเครื่องหมายการค้า และไม่เป็นการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างไม่สมเหตุสมผลจึงไม่ขัดกับความตกลง TRIPs (4) ไม่เป็นการเวนคืนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามรัฐธรรมนูญของไทย และ(5) ไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศของไทย

อย่างไรก็ตามแม้ว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบจะสอดคล้องกับกฎหมายภายในและความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศของไทย แต่ไทยควรระวังเกี่ยวกับผลกระทบของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบที่มีต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... และควรแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เกี่ยวกับสิทธิในเครื่องหมายการค้าสำหรับผลิตภัณฑ์บุหรี่โดยเฉพาะด้วย อีกทั้งควรเพิ่มเติมข้อบทเกี่ยวกับนิยามและหลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม และที่สำคัญควรเพิ่มข้อยกเว้นแก่การเวนคืนทางอ้อมในความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศสำหรับมาตรการมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองด้านสาธารณสุข อาทิ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) และความตกลงเขตการค้าเสรี (FTAs) ที่มีข้อบทว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ประเทศไทยและผู้ประกอบการยาสูบเกี่ยวกับอำนาจของรัฐในการออกมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5586009834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: WHO FCTC / TOBACCO PLAIN PACKAGING / TOBACCO CONTROL / PUBLIC HEALTH / WTO / GATT / NON-DISCRIMINATION / TBT / MORE TRADE RESTRICTIVE THAN NECESSARY / TRIPS / TRADEMARK RIGHT PROTECTION / ACQUISITION OF PROPERTY / REGULATORY TAKING / INDIRECT EXPROPRIATION

PLOY SITASUTA: WORLD TRADE ORGANIZATION AGREEMENTS AND THE SCHEME FOR TOBACCO PLAIN PACKAGING. ADVISOR: PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 212 pp.

The draft of Tobacco Products Control Act B.E. ... has a provision adopting the use of tobacco plain packaging measures; this is according to the guidelines of WHO Framework Convention on Tobacco Control (WHO FCTC). Tobacco plain packaging measures is firstly implemented by Australia, which essentially banned the use of trademark and standardized tobacco package. Tobacco exporter country and tobacco company which were affected by such measures filed the lawsuits against Australia in different jurisdictions and claimed that the tobacco plain packaging regulation conflicted with WTO agreements including the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT), and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs). Furthermore, such measures is said to be resulted in an acquisition of intellectual property and goodwill that is contrary to the Constitution, and also be resulted in an indirect expropriation that is contrary to bilateral investment treaty (BIT). The objective of this study is to examine the consistency between tobacco plain packaging measures and the law of Thailand as well as international trade and investment agreements for appropriate regulatory implementation.

The research shows that the implementation of tobacco plain packaging measures is (1) not a discriminated regulation, then it is not inconsistent with GATT; (2) not a trade-restrictive technical regulation than necessary, then it is not inconsistent with TBT; (3) not a prohibition of trademark registration, not an obstacle of exclusive right and not an unjustifiable encumbrance of the use of trademark; then it is not inconsistent with TRIPs; (4) not an acquisition of trademarks subjected to the Constitutional of Thailand; and (5) not an indirect expropriation according to the agreements of international investment protection.

Although tobacco plain packaging measures are consistent with the laws and the international agreements of Thailand, the effect of such measures to trademark rights under Trademark Act B.E. 2534 should be explicitly stipulated in Tobacco Products Control Act B.E. ..., and also that the amendment of Trademark Act B.E. 2534 regarding the trademark rights for tobacco products should be regulated. In addition, the definition and the rules of indirect expropriation of the agreements of international investment protection should be added, especially the exception for public health measures in order to be clear in terms of the scope of police power.

Field of Study: Laws
Academic Year: 2015

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาอย่างสูงของ ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และสละเวลาในการให้คำปรึกษา ตรวจสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำต่างๆที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ และที่สำคัญที่สุดท่านอาจารย์ได้ให้โอกาสแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านอาจารย์มา ณ โอกาสนี้

ขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่การทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ตลอดมา

ขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบ และสละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา ให้ข้อมูล และให้แนวทางในค้นคว้าข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนเสมอมา

ขอบพระคุณอาจารย์ ดร.วันดี สุชาติกุลวิทย์ ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบ และสละเวลาอันมีค่าในการตรวจร่างวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้ข้อเสนอแนะและแนวทางในการค้นคว้าข้อมูลที่สำคัญในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันดี ไกรกาญจน์ ที่ได้กรุณาให้ผู้เขียนเป็นผู้ช่วยอาจารย์ อีกทั้งให้ความรู้ ความช่วยเหลือ และให้กำลังใจแก่ผู้เขียน

ขอบพระคุณคุณพ่อพิทยาวัฒน์ และคุณแม่รุจา สีตะสุด ที่ได้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียนและเป็นกำลังใจที่สำคัญแก่ผู้เขียนเสมอมา รวมถึงขอบพระคุณญาติๆที่คอยช่วยเหลือและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ขอบพระคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่ได้ช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด ขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ที่ได้ช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกแก่ผู้เขียนในการค้นหาข้อมูล

ขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเพื่อนๆ ตรีวิทยาที่ได้ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ ประโยชน์และคุณค่าใดๆอันเกิดจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนขอมอบให้แก่คุณพ่อ คุณแม่ และคณาจารย์ทุกท่านที่กรุณาอบรมสั่งสอนประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน

หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญภาพ	ฑ
สารบัญตาราง.....	ฒ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญ.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	4
1.3 สมมติฐาน	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2 มาตรการชองบุหรี่แบบเรียบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก.....	7
2.1 วัตถุประสงค์ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ.....	7
2.2 ประเภทของมาตรการควบคุมยาสูบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ.....	7
2.3 มาตรการควบคุมการโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนยาสูบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ.....	8
2.3.1 ความสำคัญของชองบุหรี่.....	8
2.3.2 มาตรการควบคุมการโฆษณาบนชองบุหรี่.....	10
2.3.2.1 มาตรการควบคุมการโฆษณาบนบรรจุภัณฑ์และฉลากของผลิตภัณฑ์ยาสูบ... ..	10
2.3.2.2 มาตรการควบคุมโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนยาสูบ	11

2.3.3	มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ.....	13
2.3.3.1	วัตถุประสงค์ของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ	14
2.3.3.2	ลักษณะของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ	15
2.4	การบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในประเทศต่างๆ	16
2.4.1	การบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในออสเตรเลีย	16
2.4.1.1	สถานการณ์ยาสูบในออสเตรเลีย	16
2.4.1.2	ผลกระทบของยาสูบต่อสุขภาพของประชาชนและเศรษฐกิจ	17
2.4.1.3	มาตรการควบคุมยาสูบในออสเตรเลีย	17
2.4.1.4	มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ	19
2.4.2	การบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในไทย	24
2.4.2.1	สถานการณ์ยาสูบในไทย	24
2.4.2.2	ผลกระทบของยาสูบต่อสุขภาพของประชาชนและเศรษฐกิจ	27
2.4.2.3	มาตรการควบคุมยาสูบในไทย	28
2.4.2.4	มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ	35
2.4.3	การบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในประเทศอื่นๆ	37
2.5	ข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการควบคุมของบุหรี่	38
2.5.1	ข้อพิพาทภายในประเทศเกี่ยวกับมาตรการควบคุมของบุหรี่	39
2.5.1.1	ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับรัฐบาลไทย.....	39
2.5.1.2	ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับรัฐบาลออสเตรเลีย.....	43
2.5.1.3	ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับรัฐบาลอังกฤษ.....	48
2.5.2	ข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการควบคุมของบุหรี่.....	52
2.5.2.1	ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับอูรุกวัย.....	52
2.5.2.2	ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับออสเตรเลีย.....	55

บทที่ 3 ความตกลงขององค์การการค้าโลก	64
3.1 ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT)	64
3.1.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า.....	64
3.1.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN).....	64
3.1.2.1 เป็นมาตรการที่ให้สิทธิประโยชน์	65
3.1.2.2 สินค้าชนิดเดียวกัน.....	65
3.1.2.3 ต้องให้สิทธิประโยชน์โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข	66
3.1.3 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT).....	66
3.1.3.1 มาตรการที่พิพาทเป็นกฎหมาย ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 วรรค 4	67
3.1.3.2 สินค้าที่นำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน.....	67
3.1.3.3 ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต้องดีกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศ	68
3.2 ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT)	70
3.2.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า	70
3.2.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ	72
3.2.2.1 สินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน	72
3.2.2.2 ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต้องดีกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศ	75
3.2.3 หน้าที่ในการป้องกันอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ	79
3.2.3.1 มาตรการทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล.....	80
3.2.3.2 มาตรการต้องไม่จำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผล.....	80
3.3 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs)	85
3.3.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า..	85
3.3.2. ความสำคัญของเครื่องหมายการค้า.....	87

3.3.2.1	หน้าที่ในการแยกแยะและทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างสินค้า	87
3.3.2.2	หน้าที่ในการบ่งบอกแหล่งที่มา	87
3.3.2.3	หน้าที่ในการแสดงถึงคุณภาพของสินค้า	88
3.3.2.4	หน้าที่ในการโฆษณาสินค้า.....	88
3.3.3	สิทธิในเครื่องหมายการค้า	89
3.3.3.1	สิทธิในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า.....	89
3.3.3.2	สิทธิในการหวงกันเครื่องหมายการค้า.....	91
3.3.3.3	สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า	93
3.3.4	ความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องหมายการค้าและค่าความนิยม (Goodwill)	95
3.3.5	สิทธิในเครื่องหมายการค้ากับการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน	97
3.3.5.1	วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวเนื่องกับการค้า (TRIPs).....	97
3.3.5.2	ปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวเนื่องกับการค้า (TRIPs) และการสาธารณสุข	99
3.3.6	การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.....	102
3.3.6.1	เครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้.....	103
3.3.6.2	สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน	107
3.3.6.3	การเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากไม่มีการใช้.....	108
บทที่ 4	การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อม	109
4.1	ความหมายของการเวนคืนทางอ้อม	109
4.2	ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนทางอ้อม	109
4.3	การเวนคืนทางอ้อมโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	109
4.4	การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามกฎหมายภายในประเทศ	110

4.4.1 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา.....	110
4.4.1.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง	111
4.4.1.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม	111
4.4.2 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย.....	116
4.4.2.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง	116
4.4.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม	117
4.4.3 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของไทย.....	118
4.4.3.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง	119
4.4.3.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม	119
4.5 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ.....	120
4.5.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนทางอ้อม.....	121
4.5.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม	123
4.5.2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมตามแนวทางการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ.....	123
4.5.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงระหว่างประเทศของต่างประเทศ.....	135
4.5.2.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงระหว่างประเทศของไทย	137
บทที่ 5 การนำมาตรการชงบู่หรือแบบเรียบมาบังคับใช้ในประเทศไทย	141
5.1 อำนาจในการนำมาตรการชงบู่หรือแบบเรียบมาใช้บังคับ	141
5.2 ความสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT).....	142
5.2.1 ความสอดคล้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN).....	143

5.2.2 ความสอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT).....	144
5.3 ความสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT).....	146
5.3.1 ความสอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับ ความอนุเคราะห์ยิ่ง.....	148
5.3.2 ความสอดคล้องกับหน้าที่ในการป้องกันอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่าง ประเทศ.....	150
5.4 ความสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs).....	153
5.4.1 สิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบ	154
5.4.2 ความสอดคล้องกับสิทธิของผู้ประกอบการยาสูบ	155
5.4.2.1 ความสอดคล้องกับสิทธิในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า	156
5.4.2.2 ความสอดคล้องกับสิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้า	160
5.4.2.3 ความสอดคล้องกับสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า.....	161
5.5 ความสอดคล้องกับหลักการเวนคืนทางอ้อม	168
5.5.1 ความสอดคล้องกับหลักการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญ.....	168
5.5.2 ความสอดคล้องกับหลักการเวนคืนทางอ้อมของความตกลงที่คุ้มครองการลงทุน ระหว่างประเทศ	169
5.5.2.1 ขอบเขตของการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครอง	170
5.5.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม	171
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	182
6.1 บทสรุป	182
6.2 ข้อเสนอแนะ	187
รายการอ้างอิง	188
ภาคผนวก.....	192

ภาคผนวก ก	ร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ	193
ภาคผนวก ข	WHO Framework Convention Tobacco Control (WHO FCTC)	196
ภาคผนวก ค	Guidelines for implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and labelling of tobacco products)	205
ภาคผนวก ง	Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship).....	208
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์		212



สารบัญภาพ

ภาพที่ 1 การลดลงของอัตราการสูบบุหรี่ในประเทศออสเตรเลีย	19
ภาพที่ 2 รูปแบบซองบุหรี่ของประเทศออสเตรเลียตั้งแต่ปี ค.ศ. 1972 ถึงปัจจุบัน.....	22
ภาพที่ 3 อัตราการบริโภคยาสูบและสัดส่วนผู้บริโภคยาสูบประจำของประชากรไทยอายุ 15 ปี.....	24
ภาพที่ 4 ส่วนแบ่งการตลาดของบริษัทบุหรี่ในประเทศไทย.....	25
ภาพที่ 5 ส่วนแบ่งการตลาดของบุหรี่แต่ละยี่ห้อในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2554	26
ภาพที่ 6 เปรียบเทียบข้อมูลพื้นฐานของโรงงานยาสูบ และบริษัท ฟิลลิป มอริส (ไทยแลนด์) จำกัด.....	27
ภาพที่ 7 มาตรการเพื่อการควบคุมการบริโภคยาสูบในประเทศไทยตามช่วงเวลา พ.ศ.2532- 2555.....	34
ภาพที่ 8 ซองบุหรี่ของไทยในปัจจุบันเปรียบเทียบกับซองบุหรี่แบบเรียบ	37

สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 ส่วนแบ่งตลาดของบุหรีในประเทศออสเตรเลียปี ค.ศ. 2013 แบ่งตามบริษัทที่ผลิต.....	16
ตารางที่ 2 ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทบุหรีในประเทศออสเตรเลียปี ค.ศ. 2013	17
ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบการพิจารณามาตรการการติดฉลาก US Dolphin – Safe กับ มาตรการติดฉลาก AIDCP Dolphin – Safe	85
ตารางที่ 4 ตารางเปรียบเทียบการเวนคืนทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ	120



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญ

งานวิจัยทางการแพทย์พบว่า การบริโภคยาสูบเป็นอันตรายต่อสุขภาพทั้งต่อตัวผู้บริโภคและบุคคลรอบข้างที่ได้สูดดมเอาควันจากยาสูบเข้าไปด้วย เนื่องจากยาสูบมีสารประกอบของนิโคตินซึ่งเป็นปัจจัยเสี่ยงในการก่อให้เกิดโรคต่างๆ เช่น มะเร็ง โรคปอด และโรคหัวใจ¹ อันเป็นสาเหตุให้ถึงแก่ความตายได้ แต่อย่างไรก็ตาม การบริโภคยาสูบกลับมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น การแพร่กระจายของผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นปัญหาต่อการจัดการด้านสาธารณสุขที่ใหญ่ที่สุดในปัจจุบัน เนื่องจากการบริโภคยาสูบได้คร่าชีวิตประชากรทั้งที่เป็นผู้สูบเองและผู้สูบบุหรี่มือสองประมาณ 6 ล้านคนต่อปี ซึ่งสาเหตุที่ทำให้ผลิตภัณฑ์ยาสูบแพร่กระจายไปทั่วโลก อาทิ การค้าเสรี การลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ การโฆษณา ส่งเสริม และการสนับสนุนยาสูบจากต่างชาติ และการค้าผลิตภัณฑ์บุหรี่ที่ผิดกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งนอกจากการบริโภคยาสูบจะเป็นผลเสียต่อสุขภาพแล้ว การบริโภคยาสูบและควันยาสูบยังส่งผลต่อสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม องค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) เห็นความสำคัญแก่การคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของประชาชนจึงพัฒนากรอบกฎหมายเพื่อควบคุมการแพร่กระจายของผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยการกำหนดกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ (WHO Framework Convention on Tobacco Control: WHO FCTC) ซึ่งกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบกำหนดกลยุทธ์เพื่อลดอุปสงค์และอุปทานของการบริโภคยาสูบไว้ในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบนี้ด้วย² ประเทศต่างๆที่เป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบมีพันธกรณีที่จะต้องนำมาตราการที่กำหนดไว้ในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในเพื่อทำให้วัตถุประสงค์ในการควบคุมปริมาณการบริโภคยาสูบบรรลุผล อีกทั้งเป็นการทำตามหน้าที่ของรัฐที่จะคุ้มครองสิทธิในสุขภาพและชีวิตของประชาชนซึ่งเป็น

¹ World Health Organization, [Online], Accessed: 15 April 2016. Available from: <http://www.who.int/topics/tobacco/en/>

² Foreword and Preamble of WHO Framework Convention On Tobacco Control

สิทธิที่ติดตัวมนุษย์ตั้งแต่กำเนิด ถือเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง และไม่สามารถออกหลักเกณฑ์ใดๆ อันเป็นการพรากหรือขัดแย้งกับสิทธิมนุษยชนนี้ได้³

ที่ผ่านมาประเทศต่างๆที่เป็นภาคีกรอบอนุสัญญาฯได้นำมาตรการที่เสนอโดยกรอบอนุสัญญาฯ มาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน เช่น มาตรการทางภาษี มาตรการควบคุมการโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนการขายยาสูบผ่านสื่อต่างๆ เป็นต้น ซึ่งมาตรการเหล่านี้กระทบต่อปริมาณการขาย และสิทธิของผู้ประกอบการยาสูบในการดำเนินกิจการของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบที่กระทบต่อสิทธิในการที่จะใช้ทรัพย์สินของผู้ประกอบการ ด้วยเหตุนี้ประเทศผู้ส่งออกยาสูบและผู้ประกอบการยาสูบที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการจึงนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาในเวทีต่างๆ ทั้งระดับในประเทศและระหว่างประเทศ โดยอ้างว่าประเทศผู้ส่งออกมาตรการกระทำการขัดต่อกฎหมายภายในประเทศที่รัฐมีหน้าจะต้องคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศผู้ส่งออกมาตรการเป็นภาคี อาทิ ความตกลงขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนทวิภาคี (Bilateral Investment Treaties: BITs) ความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs) เป็นต้น เนื่องจากความตกลงเหล่านี้มีวัตถุประสงค์ต้องการลดอุปสรรคต่อการค้าเสรีและการแข่งขันที่เป็นธรรม ส่งเสริมการลงทุน และคุ้มครองสิทธิของนักลงทุน

กรณีพิพาทล่าสุดเกิดขึ้นจากการที่ออสเตรเลียนำมาตราการซองบุหรี่แบบเรียบ (Tobacco Plain Packaging) ตามที่มีการเสนอไว้ในแนวทางเพื่อดำเนินการ ตามข้อ 11 และข้อ 13 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบมาบัญญัติเป็นกฎหมาย Tobacco Plain Packaging Act 2011 โดยบังคับใช้มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบกับผลิตภัณฑ์บุหรี่ กล่าวคือ ไม่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าบนบรรจุภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์บุหรี่ แต่ให้ใช้ชื่อยี่ห้อ สี รูปลักษณ์ภายนอก ตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด มาตรการดังกล่าวจึงกระทบต่อการทำการตลาดของผู้ประกอบการยาสูบ เนื่องจากอุตสาหกรรมยาสูบถูกควบคุมการโฆษณาผ่านสื่อต่างๆจึงเหลือพื้นที่ในการโฆษณาบุหรี่บนบรรจุภัณฑ์บุหรี่เท่านั้น มาตรการดังกล่าวจึงกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบการยาสูบ ดังนั้นผู้ประกอบการยาสูบต่างชาติในออสเตรเลียฟ้องต่อศาลสูงของออสเตรเลียว่ารัฐบาลออสเตรเลียออกมาตรการอันมีลักษณะเป็นการเวนคืน (acquisition) ทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบอันขัดต่อมาตรา 51(xxxi) ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย⁴ อีกทั้งบริษัทผู้ประกอบการยาสูบต่างชาติที่ถือหุ้นอยู่ในบริษัทบุหรี่ใน

³ Frederick M. Abbott, "The "Rule of Reason" and the Right to Health: Integrating Human Rights and Competition Principles in the Context of Trips," in *Human Rights and International Trade* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 280.

⁴ Matter No S409/2011 JT International SA v. Commonwealth of Australia

ออสเตรเลียยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าการออกมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบของ ออสเตรเลียเป็นการเวนคืนทางอ้อมแก่ทรัพย์สิน (Indirect Expropriation) ของนักลงทุนอันขัดต่อ พันธกรณีในการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่าง ฮองกงและออสเตรเลีย (Hong Kong – Australia BIT)⁵ นอกจากนี้ประเทศที่เป็นผู้ผลิตยาสูบราย ใหญ่ซึ่งเป็นภาคีขององค์การการค้าโลก ได้แก่ ยูเครน ฮอนดูรัส โดมินีกัน คิวบา และอินโดนีเซีย ได้ ร้องต่อองค์การการค้าโลกเพื่อให้พิจารณาว่าออสเตรเลียได้ออกมาตรการที่มีลักษณะเป็นการเลือก ปฏิบัติขัดกับความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1994 (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT 1994) อีกทั้งมาตรการมีลักษณะเป็นการจำกัดทางการค้าเกินความ จำเป็นอันขัดต่อความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade: TBT) และมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าขัดต่อความตกลงว่าด้วย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวเนื่องกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS)⁶ อีกด้วย

นอกจากนี้ประเทศอื่นๆ เช่น อังกฤษ มีการประกาศใช้ “มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบ” แล้ว และเกิดข้อพิพาทภายในประเทศระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับรัฐบาลอังกฤษเช่นเดียวกับ ออสเตรเลีย⁷

จากข้อพิพาทต่างๆ ดังกล่าวมีข้อสังเกตว่าโดยหลักแล้วการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ และการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินไม่ใช่เรื่องที่ขัดแย้งกัน รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองความปลอดภัย ในชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ ในขณะที่เดียวกันรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน ด้วยเช่นกัน ซึ่งการคุ้มครองประโยชน์ทั้งสองอย่างนี้จะต้องเป็นไปอย่างสมดุลกัน ดังนั้นจึงควร พิจารณาว่าการออกมาตรการควบคุมยาสูบของรัฐเป็นการกระทบสิทธิของเอกชนมากเกินไปหรือไม่

ปัจจุบันไทยกำลังดำเนินการพิจารณาพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ซึ่งได้เปิด ช่องให้ใช้มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบ อันเป็นการทำตามพันธกรณีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการ

Matter No S389/2011 British American Tobacco Australasia Limited & Ors v. the Commonwealth of Australia

⁵ Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia

⁶ DS434 Australia — Tobacco Plain Packaging (Ukraine),

DS435 Australia — Tobacco Plain Packaging (Honduras),

DS441 Australia — Tobacco Plain Packaging (Dominican Republic),

DS458 Australia — Tobacco Plain Packaging (Cuba), and

DS467 Australia — Tobacco Plain Packaging (Indonesia)

⁷ British American Tobacco and others v. Department of Health, [2016]EWHC 1169(Admin), 19 May 2016.

ควบคุมยาสูบที่ประเทศไทยเป็นภาคี ดังนั้นจึงควรพิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบการยาสูบมากจนเกินไปหรือไม่ โดยศึกษาถึงความสอดคล้องระหว่างมาตรการของบุหรี่แบบเรียบกับกฎหมายภายในของไทย โดยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย และศึกษาถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีต่างๆตามความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี ได้แก่ ความตกลง GATT 1994 ความตกลง TBT และความตกลง TRIPS ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรี เพื่อที่จะหาแนวทางที่เหมาะสมในการออก “มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ” แก่ประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงวัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์ในการควบคุมการโฆษณาบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกโดยเฉพาะมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ของความตกลงต่างๆขององค์การการค้าโลก ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 (GATT 1994) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs) อันเป็นไปตามหลักการการค้าเสรี
3. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การเวนคืนทรัพย์สินทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศไทย รวมทั้งศึกษาหลักเกณฑ์การคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองการลงทุนด้วย
4. เพื่อศึกษาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกสอดคล้องกับความตกลงความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้าหรือไม่
5. เพื่อศึกษาว่าการออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบของรัฐมีลักษณะเป็นการเวนคืนทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และเป็นการเวนคืนการลงทุนทางอ้อมตามความตกลงระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองการลงทุนหรือไม่

1.3 สมมติฐาน

ประเทศไทยควรนำมาตรการของบาหลีแบบเรียบมาใช้ในประเทศไทยเนื่องด้วยเหตุผลในการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของประชาชนอันเป็นไปตามพันธกรณีที่มีต่อกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก อีกทั้งการบังคับมาตรการดังกล่าวไม่เป็นการขัดต่อความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 (GATT 1994) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs) อีกทั้งไม่เป็นการเวนคืนทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ และความตกลงเขตการค้าเสรี นอกจากนี้การบังคับใช้มาตรการของบาหลีแบบเรียบยังสอดคล้องกับแนวโน้มในการคุ้มครองสุขภาพในปัจจุบัน

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

มุ่งศึกษาถึงปัญหาความสอดคล้องของมาตรการของบาหลีแบบเรียบที่บัญญัติขึ้นตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกกับความตกลงต่างๆขององค์การการค้าโลก ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 (GATT 1994) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barrier to Trade) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs) อีกทั้งศึกษาว่าหากประเทศไทยบังคับใช้มาตรการของบาหลีแบบเรียบจะถือว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และเป็น การเวนคืนการลงทุนทางอ้อมตามความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศหรือไม่

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ใช้วิธีศึกษาจากการวิจัยทางเอกสาร โดยค้นคว้าจากเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ วารสาร บทความ ตั๋วบทกฎหมาย คำพิพากษา และเว็บไซต์ต่างๆ แล้วนำข้อมูลเหล่านั้นมาวิเคราะห์และหาข้อสรุป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงวัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์ในการควบคุมการโฆษณาบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกโดยเฉพาะมาตรการของบาหลีแบบเรียบ

2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของความตกลงต่างๆขององค์การการค้าโลก ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 (GATT 1994) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs) อันเป็นไปตามหลักการค้าเสรี และหลักเกณฑ์การเวนคืนทรัพย์สินทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศไทย รวมทั้งหลักเกณฑ์การคุ้มครองการลงทุนจากการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองการลงทุนด้วย

3. เสนอความคิดเห็นที่เกิดจากการศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวทางในการนำมาตรการของบุนีแบบเรียบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกมาใช้ในประเทศไทยแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องและผู้สนใจ



บทที่ 2

มาตรการของบุหรี่แบบเรียบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก

2.1 วัตถุประสงค์ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

ตามหลักฐานทางวิทยาศาสตร์แสดงให้เห็นว่าการบริโภคยาสูบและการสูดดมควันยาสูบเป็นสาเหตุของความตาย โรค¹ และความพิการ ซึ่งเป็นอันตรายต่อชีวิตของมนุษย์ แต่เนื่องจากปัจจัยระหว่างประเทศ เช่น การค้าเสรี การลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ การโฆษณา ส่งเสริม และการสนับสนุนยาสูบจากต่างชาติ และการค้าผลิตภัณฑ์บุหรี่ที่ผิดกฎหมาย เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้เป็นสาเหตุที่ทำให้ผลิตภัณฑ์ยาสูบแพร่กระจายไปทั่วโลก ซึ่งนอกจากจะส่งผลให้อัตราการใช้จ่ายเพิ่มขึ้น อันเป็นผลเสียต่อสุขภาพแล้ว การบริโภคยาสูบและควันยาสูบยังส่งผลกระทบต่อสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม ประเทศต่างๆ เห็นความสำคัญแก่การคุ้มครองสุขภาพของประชาชนจึงพัฒนากรอบกฎหมายเพื่อควบคุมการแพร่กระจายของผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยการกำหนดกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก (WHO FCTC) ซึ่งกำหนดกลยุทธ์เพื่อลดอุปสงค์และอุปทานของการบริโภคยาสูบไว้ในกรอบอนุสัญญานี้ด้วย²

2.2 ประเภทของมาตรการควบคุมยาสูบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบแบ่งออกเป็น 11 หมวด โดยในส่วนใหญ่จะกำหนดมาตรการที่มีจุดประสงค์เพื่อลดอุปสงค์ของยาสูบซึ่งบัญญัติอยู่ในหมวดที่ 3 ของกรอบอนุสัญญาฯ ซึ่งแบ่งออกเป็นมาตรการด้านภาษีและราคา³ และมาตรการที่ไม่เกี่ยวกับราคา เช่น การป้องกันจากการสูดดมควันยาสูบในสถานที่สาธารณะต่างๆ⁴ การควบคุมสารต่างๆที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ยาสูบ⁵ การกำหนดลักษณะของบรรจุภัณฑ์และฉลากของผลิตภัณฑ์ยาสูบ⁶ ควบคุมการโฆษณา ส่งเสริมและ

¹ โรคที่เกิดจากการบริโภคยาสูบในกลุ่มที่มีหลักฐานชัดเจนเพียงพอแล้วนั้นประกอบด้วยโรคต่างๆ จำนวน 25 โรค 1 ในจำนวนนี้มีมะเร็งตามส่วนต่างๆ 10 ชนิด คือ lungs, laryngeal, esophageal, pancreatic, renal and bladder, cervical, endometrial and stomach, oral cavity, pharynx, acute myeloid leukemia

² Foreword and Preamble of WHO Framework Convention On Tobacco Control

³ Article 6 of WHO Framework Convention On Tobacco Control

⁴ Article 8 of WHO Framework Convention On Tobacco Control

⁵ Article 9 of WHO Framework Convention On Tobacco Control

⁶ Article 11 of WHO Framework Convention On Tobacco Control

สนับสนุนยาสูบ⁷ เป็นต้น และในหมวดที่ 3 จะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการที่มีจุดประสงค์ในการลดอุปทาน และส่วนอื่นๆจะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโลกทางวิทยาศาสตร์และความร่วมมือทางเทคนิค ความรับผิดชอบ และการระงับข้อพิพาท⁸

2.3 มาตรการควบคุมการโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนยาสูบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

เนื่องจากการโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนยาสูบเป็นสาเหตุของการเพิ่มปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ⁹ กรอบอนุสัญญาจึงได้บัญญัติข้อกำหนดเพื่อให้ภาคีพิจารณาการออกมาตรการเพื่อควบคุมการโฆษณาผลิตภัณฑ์และส่งเสริมการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบเพื่อลดความต้องการบริโภคยาสูบของประชาชนในประเทศของตน ซึ่งได้กำหนดไว้ในข้อ 11 ว่าด้วยเรื่องบรรจุภัณฑ์และฉลากของผลิตภัณฑ์ยาสูบ และข้อ 13 ว่าด้วยการโฆษณา ส่งเสริมและสนับสนุนยาสูบ ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีควบคุมและจำกัดการโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนในทุกรูปแบบ รวมทั้งข้อกำหนดที่ห้ามใช้บรรจุภัณฑ์แบบเรียบด้วย ในปัจจุบันประเทศต่างๆออกมาตรการห้ามการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบผ่านสื่อต่างๆ ผู้ประกอบการยาสูบจึงเหลือพื้นที่ในการโฆษณาเฉพาะบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบเท่านั้น ฉะนั้นซองบุหรี่จึงเป็นพื้นที่ที่สำคัญของผู้ประกอบการยาสูบในการโฆษณาผลิตภัณฑ์บุหรี่ เมื่อประเทศภาคีออกมาตรการควบคุมซองบุหรี่ ประเทศผู้ส่งออกยาสูบและผู้ประกอบการยาสูบจึงเรียกร้องสิทธิของตัวเองโดยการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาในเวทีต่างๆ ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงขออธิบายถึงความสำคัญของซองบุหรี่ และข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบก่อนที่จะอธิบายในเรื่องอื่นๆต่อไป

2.3.1 ความสำคัญของซองบุหรี่

บรรจุภัณฑ์เป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างหนึ่งของการโฆษณาและการส่งเสริมการขาย ผู้ประกอบการยาสูบใช้ซองบุหรี่หรือลักษณะเด่นของผลิตภัณฑ์เพื่อดึงดูดผู้บริโภค รวมถึงส่งเสริมการขาย ปลุกฝัง และส่งเสริมเอกลักษณ์ของตราสินค้า เช่น การใช้ตราสัญลักษณ์ สี แบบของ

⁷ Article 13 of WHO Framework Convention On Tobacco Control

⁸ Part 5 – 9 of WHO Framework Convention on Tobacco Control

⁹ Preamble of WHO Framework Convention on Tobacco Control

ตัวอักษร ภาพ รูปร่าง และวัสดุบนหรือภายในซอง หรือบนมวนบุหรี่หรือผลิตภัณฑ์ยาสูบอื่นๆ¹⁰ ของบุหรืมีความสำคัญ 4 ประการ¹¹ ได้แก่

(1) มูลค่าทางเศรษฐกิจ (Economic Value) กล่าวคือ พื้นที่ว่างมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เพราะใช้โฆษณาผลิตภัณฑ์ได้ ซึ่งมูลค่าแปรผันไปตามความชัดเจนและกว้างขวางของพื้นที่ที่จะทำให้คนทั่วไปสังเกตเห็นได้ เช่น ป้ายโฆษณาขนาดใหญ่ที่อยู่บนตึกสูง โฆษณาที่ติดอยู่กับรถประจำทาง หรือรถไฟฟ้าม มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูงกว่าป้ายขนาดเดียวกันที่อยู่ในที่ที่ไม่มีคนผ่าน ซองบุหรืจึงมีมูลค่าในตัวเองเพราะเป็นพื้นที่ที่ผู้บริโภคสามารถเห็นโฆษณาผลิตภัณฑ์บนซองบุหรืได้อย่างชัดเจน

(2) มูลค่าทางการตลาด (Marketing Value) กล่าวคือ ตราสินค้าที่อยู่บนซองบุหรื ได้แก่ ตัวอักษร รูปภาพ ลวดลาย สี สันต่างๆล้วนแต่มีความดึงดูดใจให้ผู้บริโภคแต่ละกลุ่มเป้าหมายซื้อสินค้า เช่น สีแดง แสดงให้เห็นถึงความแรงของบุหรืชนิดนั้น สีน้ำเงิน แสดงให้เห็นว่าบุหรืนั้นสูบแล้วเย็นสบาย สีทอง แสดงให้เห็นถึงบุหรืของชนิดนั้นดูมีระดับมากกว่าชนิดอื่น สีขาว แสดงให้เห็นว่าบุหรืชนิดนั้นมีฤทธิ์อ่อนๆเหมาะกับนักสูบหน้าใหม่ เป็นต้น

(3) มูลค่าทางการสื่อสาร (Communication Value) กล่าวคือ ซองบุหรืสามารถแสดงถึงสัญลักษณ์ที่สามารถสื่อไปยังผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายได้ เช่น ชื่อยี่ห้อ สี รูปร่าง ขนาด เป็นต้น หากมีสัญลักษณ์เหล่านั้นก็จะทำให้ผู้บริโภคจำได้ว่าบุหรืนั้นเป็นของยี่ห้ออะไรอันส่งผลต่อการตัดสินใจซื้อสินค้าของผู้บริโภคด้วย

(4) มูลค่าทางการเมือง (Political Value) กล่าวคือ ถ้าฝ่ายใดเป็นผู้ครอบครองอำนาจในการโฆษณาบนซองบุหรืได้ฝ่ายนั้นเป็นผู้กุมอำนาจ

เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าซองบุหรืเป็นพื้นที่ที่มีความสำคัญต่ออุตสาหกรรมยาสูบในการสื่อสารกับผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายเพื่อดึงดูดความสนใจให้ซื้อสินค้า กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบจึงต้องมีการจำกัดการโฆษณาบนบรรจุภัณฑ์เพื่อลดประสิทธิภาพทางการตลาดของผลิตภัณฑ์บุหรื

¹⁰ Item 15 of Guidelines for Implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship)

¹¹ หนังสือพิมพ์แนวหน้า, "ภาพคำเตือนบนซองบุหรืทำเลทอง "มูลค่า - อำนาจ"" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 17 สิงหาคม 2557 วันที่ 18 กันยายน 2556. แหล่งที่มา: www.naewna.com/scoop/69041

2.3.2 มาตรการควบคุมการโฆษณาบนซองบุหรี่

2.3.2.1 มาตรการควบคุมการโฆษณาบนบรรจุภัณฑ์และฉลากของผลิตภัณฑ์

ยาสูบ

คำเตือนและข้อความเกี่ยวกับสุขภาพที่ได้รับการออกแบบเป็นอย่างดีเป็นวิธีการที่คุ้มค่าใช้จ่ายในการทำให้ประชาชนตระหนักถึงอันตรายจากการบริโภคยาสูบ และยังเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการลดการบริโภคยาสูบอีกด้วย¹² ข้อ 11¹³ ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบจึงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ยาสูบที่ขายปลีก โดยประเทศภาคีจะต้อง

¹² Principles of Guidelines for implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and Labelling of Tobacco Products)

¹³ Article 11 of WHO Framework Convention on Tobacco Control

1. Each Party shall, within a period of three years after entry into force of this Convention for that Party, adopt and implement, in accordance with its national law, effective measures to ensure that:

(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”; and

(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.

2. Each unit packet and package of tobacco products and any outside packaging and labelling of such products shall, in addition to the warnings specified in paragraph 1(b) of this Article, contain information on relevant constituents and emissions of tobacco products as defined by national authorities.

3. Each Party shall require that the warnings and other textual information specified in paragraphs 1(b) and paragraph 2 of this Article will appear on each unit packet and package of tobacco products and any outside packaging and labelling of such products in its principal language or languages.

4. For the purposes of this Article, the term “outside packaging and labelling” in relation to tobacco products applies to any packaging and labelling used in the retail sale of the product.

ยอมรับและดำเนินการออกมาตรการภายในประเทศที่มีประสิทธิภาพภายในระยะเวลา 3 ปี หลังจาก
ที่กรอบอนุสัญญาฯ นี้ใช้บังคับ

โดยข้อ 11 กำหนดรูปแบบของข้อมูลที่จะแสดงบนบรรจุภัณฑ์และฉลากของ
ผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ 2 เรื่อง ได้แก่

(1) ข้อความและเครื่องหมาย

บรรจุภัณฑ์ยาสูบและฉลากผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องไม่แสดงข้อความเท็จ
ทำให้เข้าใจผิด หลอกลวง หรืออาจทำให้เกิดการเข้าใจผิดเกี่ยวกับลักษณะของผลิตภัณฑ์ ผลกระทบ
ต่อสุขภาพ อันตรายหรือสารพิษในควันบุหรี่ รวมทั้งห้ามใช้คำ คำอธิบาย เครื่องหมายการค้า
ภาพประกอบ หรือเครื่องหมายอื่นใดที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดทั้งโดยตรงและทางอ้อมว่า
ผลิตภัณฑ์ยาสูบมีอันตรายน้อยกว่าผลิตภัณฑ์อื่นๆ เช่น คำว่า “low tar” “light” “ultra-light”
หรือ “mild”

(2) คำเตือนและข้อความเกี่ยวกับสุขภาพ

ซองและห่อบรรจุภัณฑ์ยาสูบ และด้านนอกของห่อบรรจุภัณฑ์ยาสูบ
และฉลากของผลิตภัณฑ์ยาสูบจะต้องติดคำเตือนหรือข้อความเกี่ยวกับสุขภาพที่อธิบายเกี่ยวกับ
ผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพที่เกิดจากการบริโภคยาสูบ และอาจเพิ่มข้อความที่เหมาะสมอื่นๆ
ด้วย ซึ่งคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพอาจเป็นรูปภาพหรือสัญลักษณ์ก็ได้ คำเตือนดังกล่าวจะต้องมีขนาด
ใหญ่ ชัดเจน อ่านได้ง่าย และจะต้องมีขนาดเท่ากับร้อยละ 50 ของห่อบรรจุภัณฑ์ยาสูบหรือมากกว่า
แต่ต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 30 ของพื้นที่บนห่อบรรจุภัณฑ์ยาสูบ นอกจากนี้คำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพ
จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับส่วนประกอบและสารพิษจากผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วย

2.3.2.2 มาตรการควบคุมโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนยาสูบ

ข้อ 13¹⁴ กำหนดให้ประเทศภาคีออกกฎหมายห้ามการโฆษณา ส่งเสริม และ
สนับสนุนเพื่อลดการบริโภคยาสูบ โดยการออกกฎหมายห้ามดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับ

¹⁴ Article 13 of WHO Framework Convention on Tobacco Control

1. Parties recognize that a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship would reduce the consumption of tobacco products.

2. Each Party shall, in accordance with its constitution or constitutional principles, undertake a comprehensive ban of all tobacco advertising, promotion and sponsorship. This shall include, subject to the legal environment and technical means available to that Party, a comprehensive ban on cross-border advertising, promotion and sponsorship originating from its territory. In this respect, within the period of five years after entry

รัฐธรรมนูญ และสภาพแวดล้อมทางกฎหมายของประเทศนั้นด้วย ควบคุมเกี่ยวกับการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ การส่งเสริมการขายและการสนับสนุนโดยธุรกิจยาสูบอันมีสาระสำคัญในส่วนของ การโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ ให้ประเทศภาคีออกกฎหมายห้ามมิให้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ผ่านสื่อ

into force of this Convention for that Party, each Party shall undertake appropriate legislative, executive, administrative and/or other measures and report accordingly in conformity with Article 21.

3. A Party that is not in a position to undertake a comprehensive ban due to its constitution or constitutional principles shall apply restrictions on all tobacco advertising, promotion and sponsorship. This shall include, subject to the legal environment and technical means available to that Party, restrictions or a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship originating from its territory with cross-border effects. In this respect, each Party shall undertake appropriate legislative, executive, administrative and/or other measures and report accordingly in conformity with Article 21.

4. As a minimum, and in accordance with its constitution or constitutional principles, each Party shall:

(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;

(b) require that health or other appropriate warnings or messages accompany all tobacco advertising and, as appropriate, promotion and sponsorship;

(c) restrict the use of direct or indirect incentives that encourage the purchase of tobacco products by the public;

(d) require, if it does not have a comprehensive ban, the disclosure to relevant governmental authorities of expenditures by the tobacco industry on advertising, promotion and sponsorship not yet prohibited. Those authorities may decide to make those figures available, subject to national law, to the public and to the Conference of the Parties, pursuant to Article 21;

(e) undertake a comprehensive ban or, in the case of a Party that is not in a position to undertake a comprehensive ban due to its constitution or constitutional principles, restrict tobacco advertising, promotion and sponsorship on radio, television, print media and, as appropriate, other media, such as the internet, within a period of five years; and

(f) prohibit, or in the case of a Party that is not in a position to prohibit due to its constitution or constitutional principles restrict, tobacco sponsorship of international events, activities and/or participants therein.

5. Parties are encouraged to implement measures beyond the obligations set out in paragraph 4.

6. Parties shall cooperate in the development of technologies and other means necessary to facilitate the elimination of cross-border advertising.

7. Parties which have a ban on certain forms of tobacco advertising, promotion and sponsorship have the sovereign right to ban those forms of cross-border tobacco advertising, promotion and sponsorship entering their territory and to impose equal penalties as those applicable to domestic advertising, promotion and sponsorship originating from their territory in accordance with their national law. This paragraph does not endorse or approve of any particular penalty.

8. Parties shall consider the elaboration of a protocol setting out appropriate measures that require international collaboration for a comprehensive ban on cross-border advertising, promotion and sponsorship.

ต่างๆที่สามารถสื่อสารกับผู้บริโภคได้ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น โฆษณาสินค้า สิ่งพิมพ์ วิทยุ อินเทอร์เน็ต ภาพยนตร์ เทคโนโลยีอื่นๆ เป็นต้น อีกทั้งห้ามมิให้มีการจัดแสดงสินค้าโดยสิ้นเชิง รวมถึงที่จุดขายด้วย และห้ามการใช้ตราสินค้าบุหรืกับสินค้าชนิดอื่นและการใช้ตราสินค้าร่วมกันด้วย¹⁵

จากบทบัญญัติในข้อ 11 และข้อ 13 จะเห็นได้ว่ากรอบอนุสัญญากำหนดให้ประเทศภาคีออกมาตรการที่จะเป็นการควบคุมการโฆษณา และส่งเสริมการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบในทุกรูปแบบ

2.3.3 มาตรการของบุหรืแบบเรียบ

ภายหลังจากที่ได้มีการกำหนดกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบแล้ว ที่ประชุมของประเทศภาคีได้กำหนดมาตรการที่เป็นแนวทางเพื่อดำเนินการตามกรอบอนุสัญญา (Guideline) ซึ่งได้รับการยอมรับโดยภาคีว่าเป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติตามกรอบอนุสัญญา โดยประเทศภาคีต่างๆจะต้องนำไปบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศของตนเท่าที่จะสามารถทำได้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ

ทั้งนี้ที่ประชุมได้เสนอแนวทางในการดำเนินการตามข้อ 11 และข้อ 13 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบด้วย โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะเสนอแนวทางให้ประเทศภาคีสามารถในการเพิ่มประสิทธิภาพแก่มาตรการเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์และฉลากของผลิตภัณฑ์ยาสูบ¹⁶ อันทำให้ประชาชนรับรู้ถึงข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบต่อสุขภาพ การเสพติด และอันตรายต่อชีวิตที่มีสาเหตุมาจากการบริโภคยาสูบและการสูดดมควันบุหรื¹⁷ ซึ่งจะส่งผลต่อการลดการบริโภคยาสูบ อีกทั้งเสนอแนวทางที่สนับสนุนการจำกัดการโฆษณา การส่งเสริมการขาย ซึ่งแนวทางต่างๆที่ได้นำเสนอนี้อาศัยหลักฐานที่ดีที่สุดที่มีอยู่ รวมทั้งมาตรการที่มีประสิทธิภาพตามประสบการณ์ของประเทศภาคี¹⁸

แนวทางสำหรับการดำเนินการตามข้อกำหนดในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ข้อ 11 และข้อ 13 ได้เสนอมาตรการที่เป็นแนวทางแก่ประเทศภาคีในการควบคุมการโฆษณา และ

¹⁵ Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control

¹⁶ Purpose of Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and Labelling of Tobacco Products)

¹⁷ Principles of Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and Labelling of Tobacco Products)

¹⁸ Purpose and objectives of Guidelines for Implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship)

การส่งเสริมการขายสินค้ายาสูบหลายมาตรการ ซึ่งรวมถึง “มาตรการแบบเรียบ” (Tobacco Plain Packaging) ด้วย

2.3.3.1 วัตถุประสงค์ของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ

มาตรการของบุหรี่แบบเรียบมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพและข้อความมีความเด่นชัดและมีประสิทธิภาพ และป้องกันมิให้ห่อบรรจุภัณฑ์ดึงดูดความสนใจไปจากข้อความและภาพคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพ อีกทั้งเป็นการแก้ไขปัญหสำหรับเทคนิคในการออกแบบห่อบรรจุภัณฑ์ที่อาจทำให้เกิดการเข้าใจผิดว่าผลิตภัณฑ์นั้นเป็นอันตรายน้อยกว่าผลิตภัณฑ์อื่นๆ¹⁹ นอกจากนี้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบยังมีวัตถุประสงค์เพื่อการจำกัดการโฆษณาและการส่งเสริมการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบอีกด้วย เนื่องจากผู้ประกอบการยาสูบใช้วิธีการต่างๆ เช่น การใช้โลโก้ สี รูปแบบตัวอักษร รูปภาพ รูปร่าง และวัสดุของบรรจุภัณฑ์เพื่อดึงดูดใจผู้บริโภค²⁰ ดังนั้นเพื่อลดปริมาณการบริโภคยาสูบจึงเสนอให้ใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ

วัตถุประสงค์ของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบนี้ได้รับการสนับสนุนโดยงานวิจัยระบุว่าการใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบกับสินค้าบุหรี่ยังมีผล 3 ประการ ได้แก่

- (1) การลดความน่าสนใจของยี่ห้อและความดึงดูดใจของซองบุหรี่โดยเฉพาะเยาวชน
- (2) เพิ่มความน่าเชื่อถือและทำให้นึกถึงคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพ
- (3) ช่วยลดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับอันตรายต่อสุขภาพของบุหรี่ยี่ห้อต่างๆ ซึ่งมาตรการทำให้บรรจุภัณฑ์ของบุหรี่ยี่ห้อต่างๆมีมาตรฐานอย่างเดียวกันอันเป็นการช่วยลดความเข้าใจผิดที่เกิดขึ้นจากบรรจุภัณฑ์

นอกจากนี้งานวิจัยอื่นๆยังแสดงให้เห็นว่าสีที่ใช้ในการออกแบบบรรจุภัณฑ์เพื่อให้มีผลต่อการรับรู้ถึงความอันตรายของสินค้า ผู้บริโภครับรู้ถึงรสชาติที่อ่อนหรือเข้มของบุหรี่จากความแตกต่างของสี เช่น สีฟ้าหรือสีทองแสดงให้เห็นความรู้สึกที่อ่อนกว่าสีแดง ในขณะที่สีเงินและสีขาวให้ความรู้สึกที่อ่อนที่สุด ความเข้มของสีเดียวกันที่แตกต่างกัน เช่น สัดส่วนของสีขาวบนพื้นสีขาวของ

¹⁹ Item 46 of Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and labelling of tobacco products)

²⁰ Item 15 – 17 of Guidelines for Implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship)

บรรจุกัญธสามารถให้เพื่อให้มีผลต่อความรับรู้ถึงระดับความเข้มของบุหรื บรรจุกัญธบุหรืทั่วโลกใช้หลักกรพื้นฐานนี้แกสินค้บุหรื²¹

2.3.3.2 ลักษณะของมาตรการของบุหรืแบบเรียบ

ข้อ 46 ของแนวทางเพื่กรดำเนกรตามข้อ 11 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยกรควบคุมยาสูบเสนอให้ภาคีควรพิจารณาจัดหามาตรการเพื่จำกัดหรือห้ามกรใช้ภาพโลโก้ สี หรือตราหือ หรือข้อมูลเพื่กรโฆษณาบนหือบรรจุกัญธ แต่ให้ใช้ชือหือและชือผลิตกัญธที่มีสีและตัวอักษรตามมาตรฐานที่ก้หนด เรียกว่า บรรจุกัญธแบบเรียบ²²

นอกจากนี้แนวทางเพื่ดำเนกรตามข้อ 13 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยกรควบคุมยาสูบ เสนอให้ประเทศภาคีใช้มาตรการของบุหรืแบบเรียบเพื่จำกัดผลที่เกิดจากกรโฆษณาหรือกรส่งเสริมกรขายที่ปรากฏบนบรรจุกัญธด้วยวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) บรรจุกัญธต้องมีลักษณะเรียบง่าย คือ มีสีดำและขาว หรือสีอื่นที่ตัดกันสองสี ตามที่ก้หนดโดยองค์การระดับชาติที่มีอำนาจหน้าที่

(2) ต้องไม่มีสิ่งใดนอกเหนือไปจากตราสินค้ ชือผลิตกัญธ และชือผู้ผลิต รายละเอียดส้หรับการติดต่อและปริมาณของผลิตกัญธในบรรจุกัญธนั้น ทั้งนี้ต้องไม่มีตราสัญลักษณ์หรือลักษณะเด่นอื่นใดแต่อย่างใด นอกจากค้เตือนด้นสุขภาพ เครื่องหมายเกี่ยวกับภาชี และชือความหรือสัญลักษณ์อื่นใด ตามที่รัฐบาลก้หนด

(3) รูปแบบและขนาดของตัวอักษรตามก้หนด

(4) รูปร่าง ขนาด และวัสดุที่เป็นไปตามมาตรฐาน

(5) ไม่ควรมีกรโฆษณา หรือกรส่งเสริมกรขายภายในหรือแนบมากับหือหือหรือบนมวนบุหรืหรือผลิตกัญธยาสูบอื่นใด²³

²¹ David Hammond, "Fctc Article 11 Fact Sheet Misleading Information and Plain Packaging," [Online], Accessed: 2 February 2016. Available from: http://www.fctc.org/images/stories/2008/COP-3_Article_11_Fact_Sheet_Misleading_information.pdf

²² Section 46 of Guidelines for implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and labelling of tobacco products)

²³ Item 15 – 17 of Guidelines for Implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship)

2.4 การบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในประเทศต่างๆ

2.4.1 การบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในออสเตรเลีย

2.4.1.1 สถานการณ์ยาสูบในออสเตรเลีย

ผู้ผลิตยาสูบในออสเตรเลียประกอบด้วย 3 บริษัท ได้แก่ บริษัท British American Tobacco Australia Plc บริษัท Philip Morris International (Australia) Plc และบริษัท Imperial Tobacco Australia Plc ซึ่งมีบริษัทแม่อยู่ต่างประเทศ²⁴ และอีกส่วนหนึ่งเป็นผู้นำเข้ายาสูบจากต่างประเทศ เช่น บริษัท Stuart Alexander Pty Ltd และบริษัท Swedish Match Australia Pty Ltd เป็นต้น ผู้ผลิตยาสูบในออสเตรเลียแต่ละบริษัทมีส่วนแบ่งตลาดในออสเตรเลียตามตารางที่ 1

ตารางที่ 1 ส่วนแบ่งตลาดของบุหรี่ในประเทศออสเตรเลียปี ค.ศ. 2013 แบ่งตามบริษัทที่ผลิต

Company	% of volume	Millions of sticks
British American Tobacco Plc	45.5	8,153.0
Philip Morris International Inc	33.1	5,942.1
Imperial Tobacco Group Plc	20.4	3,652.7
Others	1.0	185.3
Total		17,933.1

ที่มา: Cancer Council Victoria, "Tobacco in Australia: Facts & issues," [Online] Accessed: 25 April 2016. Available from: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/>

²⁴ Michelle Scollo and Margaret Winstanley, "Tobacco in Australia: Facts & Issues," [Online], Accessed: 25 April 2016. Available from: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/>

ตารางที่ 2 ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทบุหรี่ในประเทศออสเตรเลียปี ค.ศ. 2013

แบ่งตามยี่ห้อและบริษัทที่ผลิต

Global Brand Name	Global Brand Owner	%	Units (millions)
Winfield	British American Tobacco Plc	22.2	3,987.7
Longbeach	Philip Morris International Inc	16.1	2,890.4
Horizon	Imperial Tobacco Group Plc	13.4	2,395.1
Peter Jackson	Philip Morris International Inc	12.2	2,184.5
Benson & Hedges	British American Tobacco Plc	9.1	1,623.0
Holiday	British American Tobacco Plc	4.0	715.0
Dunhill	British American Tobacco Plc	3.3	592.4
John Player Special	Imperial Tobacco Group Plc	2.9	511.6
Choice	Philip Morris International Inc	2.4	434.7
Marlboro	Philip Morris International Inc	2.2	389.4
Pall Mall	British American Tobacco Plc	0.9	167.3
Peter Stuyvesant	Imperial Tobacco Group Plc	0.8	139.3
Alpine	Philip Morris International Inc	0.2	39.5
Escort	Imperial Tobacco Group Plc	0.1	24.8
Others	Others	10.3	1,838.4
Total		100.0	17,933.1

ที่มา: Cancer Council Victoria, "Tobacco in Australia: Facts & issues," [Online] Accessed: 25 April 2016. Available from: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/>

2.4.1.2 ผลกระทบของยาสูบต่อสุขภาพของประชาชนและเศรษฐกิจ

การสูบบุหรี่เป็นสาเหตุหลักของการตายและการเจ็บป่วยในออสเตรเลีย ในแต่ละปีการสูบบุหรี่คร่าชีวิตชาวออสเตรเลีย 15,000 คนต่อปี มีการประมาณการณ้ค่าใช้จ่ายทางเศรษฐกิจและสังคมจากการสูบบุหรี่ประมาณ 31.5 พันล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปี²⁵

2.4.1.3 มาตรการควบคุมยาสูบในออสเตรเลีย

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 (พ.ศ. 2513) รัฐบาลออสเตรเลียได้ดำเนินการออกมาตรการเพื่อลดการสูบบุหรี่อย่างต่อเนื่อง²⁶ มาตรการจำกัดการโฆษณาและการส่งเสริมยาสูบ ได้แก่

ค.ศ. 1973 พ.ศ. 2516 ข้อกำหนดเรื่องคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพ

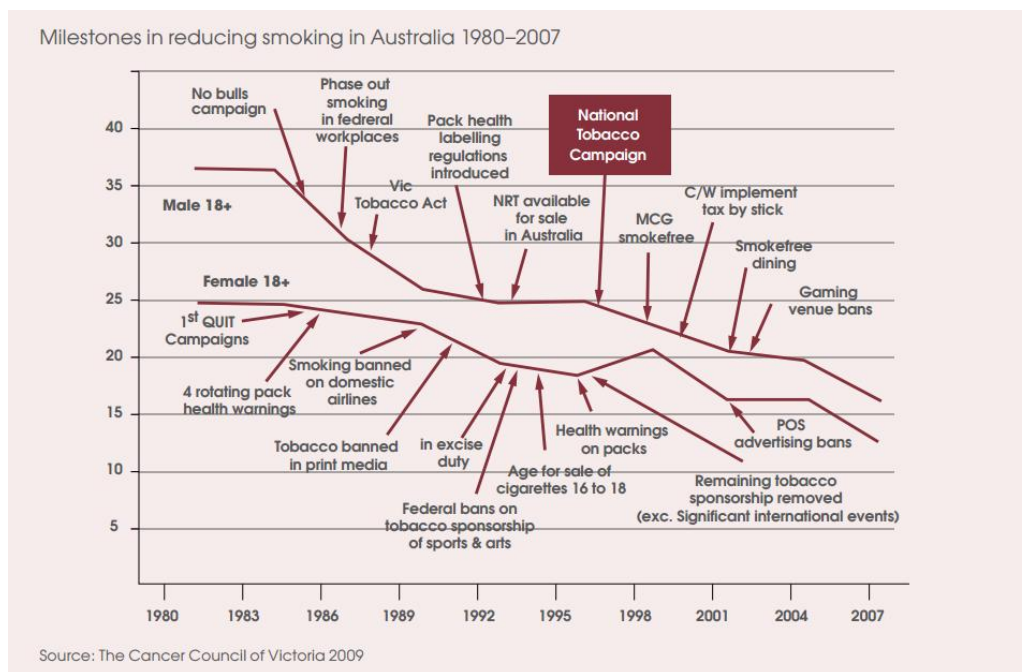
²⁵ Matthew Thomas, "Tobacco Plain Packaging Bill 2011," *Bills Digest* 35, 2011-12 (2011)

²⁶ Michelle Scollo and Margaret Winstanley, "Tobacco in Australia: Facts & Issues," [Online].

ค.ศ. 1976	พ.ศ. 2519	ออกกฎหมายห้ามการโฆษณาบุหรี่ทางโทรทัศน์และวิทยุ
ค.ศ. 1990	พ.ศ. 2533	ห้ามการโฆษณาผลิตภัณฑ์บุหรี่ในหนังสือพิมพ์และนิตยสาร
ค.ศ. 1992	พ.ศ. 2535	ออสเตรเลียออกกฎหมาย Tobacco Advertising Prohibition Act 1992 กำหนดจำกัดการนำเสนอและเผยแพร่การโฆษณาบุหรี่ไว้กว้างๆโดยรวมไปถึงการโฆษณาผ่านตัวป้ายโฆษณา การขนส่งสาธารณะ ยุติการให้บริษัทบุหรี่เป็นผู้สนับสนุนการแข่งขันกีฬาและงานประเพณี
ค.ศ. 2006	พ.ศ. 2549	กำหนดให้แสดงรูปภาพเตือนเกี่ยวกับสุขภาพบนบรรจุภัณฑ์บุหรี่ และกำหนดให้บริษัทบุหรี่ใส่รูปภาพที่แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อสุขภาพที่เกิดจากการสูบบุหรี่
ค.ศ. 2010-2011	พ.ศ. 2553 - 2554	ออสเตรเลียออกกฎหมายว่าด้วย “มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ” Tobacco Plain Packaging Act 2011

มาตรการอื่นๆที่ใช้ตั้งแต่ปี 1970 ช่วยลดอัตราการสูบบุหรี่และเป็นวิธีการให้ความรู้เกี่ยวกับผลกระทบต่อสุขภาพจากการสูบบุหรี่ได้ดีขึ้น ได้แก่ การจำกัดอายุของผู้ที่จะซื้อยาสูบ การเพิ่มราคา การลดขนาดของซองเพื่อให้เข้าถึงได้ยาก โดยเฉพาะเยาวชน มีโครงการให้ความรู้แก่โรงเรียนและประชาชนทั่วไป การห้ามสูบบุหรี่ในที่ทำงานและพื้นที่สาธารณะ มีบริการเกี่ยวกับการเลิกบุหรี่ เช่น สายด่วนเลิกบุหรี่ (Quitlines Service) การบำบัดรักษาผู้ติดบุหรี่ สนับสนุนสังคมท้องถิ่นในการลดอัตราการสูบบุหรี่ การให้สิทธิในการค้าปลีกในบางพื้นที่ และห้ามบุหรี่ที่แต่งกลิ่น มาตรการห้ามสูบบุหรี่ของออสเตรเลียช่วยลดอัตราการสูบบุหรี่ในประชากรที่เป็นผู้ใหญ่จากร้อยละ

36 ของจำนวนประชากรในปี 1977 ลดลงเหลือร้อยละ 15 ของจำนวนประชากรในปี 2010²⁷ ผลการสำรวจนี้ผู้สูบบุหรี่เป็นประจำทุกวันลดลงมากกว่า 5 แสนคนในระยะ 10 ปีที่ผ่านมา แต่อย่างไรก็ตามชาวออสเตรเลียอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไปจำนวน 3 ล้านคนยังคงสูบบุหรี่เป็นประจำทุกวัน²⁸



ภาพที่ 1 การลดลงของอัตราการสูบบุหรี่ในประเทศออสเตรเลีย

ที่มา: Preventative Health Taskforce (Australian Government), "Australia: The healthiest country by 2020 - National preventative health strategy - The roadmap for action." 30 June 2009 p.39

2.4.1.4 มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ

ออสเตรเลียเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วย่อมมีผลผูกพันออสเตรเลียที่ต้องปฏิบัติตามกรอบอนุสัญญานั้น แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฯ จะมีผลใช้บังคับภายในรัฐได้ต้องมีการตรากฎหมายมารองรับอนุสัญญานั้น²⁹ ในกรณีนี้เป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่จะออกกฎหมายสำหรับกิจการภายนอกประเทศ ออสเตรเลียประกาศว่าจะมีการบังคับใช้

²⁷ Australia, "Australia's response to the Notice of Arbitration from Phillip Morris Asia," 21 December 2011.

²⁸ Australia, "Australia's response to the Notice of Arbitration from Phillip Morris Asia," 21 December 2011.

²⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 194 -197.

มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบสำหรับผลิตภัณฑ์บุหรี่ หรือ Tobacco Plain Packaging Act ในปี ค.ศ. 2010 รัฐบาลออสเตรเลียได้ทำประชาพิจารณ์ร่างกฎหมาย Tobacco Plain Packaging Act โดยประชาชนและผู้มีส่วนได้เสีย ต่อมาในเดือน 6 กรกฎาคม 2011 รัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขได้เสนอร่าง Tobacco Plain Packaging Act ที่แก้ไขต่อสภาผู้แทนราษฎร³⁰ ต่อมา Tobacco Plain Packaging Act ได้รับพระบรมราชานุญาตเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 2011³¹

Tobacco Plain Packaging Act ได้ระบุวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าเป็นไปเพื่อยับยั้งการสูบบุหรี่ของประชาชน ส่งเสริมให้ประชาชนเลิกสูบบุหรี่ และเพื่อลดการสูดดมควันบุหรี่ ซึ่งเป็นพันธกรณีของออสเตรเลียที่จะต้องปฏิบัติตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก³²

Tobacco Plain Packaging Act กำหนดเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์และลักษณะของผลิตภัณฑ์ยาสูบแบบปลีก กฎหมายนี้ใช้ประกอบกับข้อกำหนดที่มีอยู่แล้วเกี่ยวกับค่าเตือนเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัย และมาตรฐานของข้อมูลที่บังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ยาสูบและบรรจุภัณฑ์ วัตถุประสงค์ของ Tobacco Plain Packaging Act เป็นไปเพื่อพัฒนาด้านสาธารณสุข โดยไม่สนับสนุนให้ประชาชนกลับไปติดบุหรี่หลังจากเลิกสูบแล้ว และลดการสูดดมควันบุหรี่จากผลิตภัณฑ์บุหรี่ ไม่สนับสนุนให้คนสูบบุหรี่หรือใช้ผลิตภัณฑ์บุหรี่ และส่งเสริมประชาชนให้เลิกบุหรี่ ลักษณะของบรรจุภัณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Tobacco Plain Packaging Act และข้อกำหนดอื่นๆเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์บุหรี่ที่มีอยู่ก่อนแล้ว ได้แก่

Tobacco Plain Packaging Act กำหนดเกี่ยวกับรูปลักษณะภายนอก สี และพื้นผิวของบรรจุภัณฑ์แบบปลีก การตกแต่งบนซองและกล่องบุหรี่ บรรจุภัณฑ์และกล่องบุหรี่เป็นสีเหลี่ยมมุมฉาก ต้องเป็นสีดำ และสีพื้นต้องเป็นสีตามที่กำหนดโดยข้อบังคับ Tobacco Plain Packaging Regulations แต่ถ้าไม่ได้กำหนดในข้อบังคับ บรรจุภัณฑ์ต้องเป็นสีน้ำตาลเข้มอมเหลือง ไม่อนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบแบบปลีกแต่อนุญาตให้มีชื่อยี่ห้อ ชื่อธุรกิจ หรือชื่อบริษัทบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบ และชื่อที่ใช้เพื่อแยกประเภทของยาสูบออกจากยาสูบชนิดอื่น

³⁰ Tania Voon and Andrew Mitchell, "Face Off: Assessing Wto Challenges to Australia's Scheme for Plain Tobacco Packaging " *Public Law Review* 22(2011): p. 1.

³¹ The Department of Health of Australia Government, "Introduction of Tobacco Plain Packaging in Australia," [Online], Accessed: 1 June 2016. Updated: 27 May 2016. Available from: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-plain>

³² Section 3 Objects of this Act, Tobacco Plain Packaging Act 2011 No. 148, 2011

หรือตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง และเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายอื่นๆตามข้อกำหนด³³ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติใน Tobacco Plain Packaging Act ไม่มีผลทางกฎหมาย นอกจากจะได้มีการกำหนดไว้ใน Tobacco Plain Packaging Regulations

Tobacco Plain Packaging Regulations กำหนดชื่อยี่ห้อ ชื่อธุรกิจ หรือชื่อบริษัทบนบรรจุภัณฑ์ยาสูบ และชื่อที่ใช้เพื่อแยกประเภทของยาสูบออกจากยาสูบชนิดอื่น อีกทั้งกำหนดรูปลักษณะภายนอกของบรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบแบบปลีก ประกอบด้วยขนาด สีและพื้นผิว และการใช้เครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายที่ได้รับอนุญาต เครื่องหมายที่ได้รับอนุญาตได้แก่ เครื่องหมายแหล่งที่มา เครื่องหมายวัดปริมาตร รายละเอียดทางการค้า บาร์โค้ด และข้อความเกี่ยวกับความเสี่ยงในการเกิดไฟไหม้

นอกจากนี้บรรจุภัณฑ์ยาสูบแบบปลีกต้องมีฉลากคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพด้วยตามกฎหมาย Tobacco Information Standard โดยกำหนดให้ติดโลโก้ของสายด่วนเลิกบุหรี่ซึ่งประกอบด้วยเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนซึ่งเป็นบริการให้ความรู้เกี่ยวกับสุขภาพของสมาคมต่อต้านมะเร็ง (Anti-Cancer Council) ของรัฐวิกตอเรีย ซึ่งจะประกอบด้วยโลโก้ของสายด่วนเลิกบุหรี่ และเบอร์โทรศัพท์ของสายด่วนเลิกบุหรี่

กฎหมาย Trade Practices (Consumer Product Information Standards) (Tobacco) Regulations 2004 (TPCPI Regulations) กำหนดให้มีคำเตือน ข้อความบรรยาย และภาพกราฟิกบนซองบุหรี่แบบปลีกเพื่อเพิ่มความรู้เกี่ยวกับผลกระทบทางสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการสูบบุหรี่เพื่อลดการสูบบุหรี่และไม่สนับสนุนการสูบบุหรี่และการกลับไปสูบบุหรี่ ซึ่งข้อบังคับนี้บังคับใช้กับบุหรี่ที่ผลิตในออสเตรเลียและบุหรือนำเข้าด้วย

³³ Section 20 (a) of Tobacco Plain Packaging Act 2011 No. 148, 2011



ภาพที่ 2 รูปแบบของบุหรี่ของประเทศออสเตรเลียตั้งแต่ปี ค.ศ. 1972 ถึงปัจจุบัน

ที่มา: www.bbc.com/news/magazine-30061952

เนื่องจากตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1995 (Trade Marks Act 1995) และกฎหมายอื่นๆที่บัญญัติขึ้นภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1995 ของออสเตรเลีย ผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแก่ผลิตภัณฑ์ยาสูบย่อมมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนจดทะเบียนกับผลิตภัณฑ์ยาสูบในออสเตรเลีย แต่ Tobacco Plain Packaging Act เป็นกฎหมายที่กำหนดห้ามใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนนั้น ดังนั้นออสเตรเลียจึงบัญญัติถึงผลกระทบของ Tobacco Plain Packaging Act ต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าไว้มาตรา 28 ของ Tobacco Plain Packaging Act³⁴ ว่า Tobacco Plain Packaging Act ไม่ส่งผลให้การใช้

³⁴ Section 28 Effect on the Trade Marks Act 1995 of non-use of trade mark as a result of Tobacco Plain Packaging Act 2011

“(1) For the purposes of the Trade Marks Act 1995, and regulations made under that Act, an applicant for the registration of a trade mark in respect of tobacco products is taken to intend to:

เครื่องหมายการค้าแก่ผลิตภัณฑ์ยาสูบขัดต่อกฎหมาย Tobacco Plain Packaging Act จะไม่ส่งผลเป็นการห้ามจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า แม้ว่าจะไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนก็ไม่ใช่เหตุให้เพิกถอนการรับรองการจดทะเบียนหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ อีกทั้งไม่ส่งผลให้เป็นการจดทะเบียนอย่างมีเงื่อนไขหรือมีข้อจำกัดซึ่งผลกระทบของ Tobacco Plain Packaging Act ต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ออสเตรเลียบัญญัติไว้ใน Tobacco Plain Packaging Act มีลักษณะเป็นข้อจำกัดการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าแก่ผลิตภัณฑ์ยาสูบ

นอกจากออสเตรเลียจะระบุถึงผลกระทบของมาตรการต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าไว้อย่างชัดแจ้งใน Tobacco Plain Packaging Act แล้ว ออสเตรเลียยังออกกฎหมายแก้ไข

(a) use the trade mark in Australia in relation to those products; or
 (b) authorise another person to use the trade mark in Australia in relation to those products; or
 (c) assign the trade mark to a body corporate that is about to be constituted with a view to the body corporate using the trade mark in Australia in relation to those products;

if the applicant would intend to do so but for the operation of this Act.

(2) To avoid doubt, for the purposes of paragraph 42(b) of the Trade Marks Act 1995, this Act does not have the effect that the use of a trade mark in relation to tobacco products would be contrary to law.

(3) To avoid doubt, for the purposes of sections 38 and 84A of the Trade Marks Act 1995, and regulations 17A.27 and 17A.42A of the Trade Marks Regulations 1995:

(a) the operation of this Act; or

(b) the circumstance that a person is prevented, by or under this Act, from using a trade mark on or in relation to the retail packaging of tobacco products, or on tobacco products;

are not circumstances that make it reasonable or appropriate:

(c) not to register the trade mark; or

(d) to revoke the acceptance of an application for registration of the trade mark; or

(e) to register the trade mark subject to conditions or limitations; or

(f) to revoke the registration of the trade mark.

(4) For the purposes of paragraph 100(1)(c) of the Trade Marks Act 1995, an opponent is taken to have rebutted an allegation if the opponent establishes that the registered owner would have used the trade mark in Australia on or in relation to the retail packaging of tobacco products, or on tobacco products, but for the operation of this Act.

Trade Marks regulations applying provisions of Trade Marks Act

(5) Subsections (1) to (4) also apply in relation to regulations made under the Trade Marks Act 1995 that:

(a) apply provisions of the Trade Marks Act 1995 that are affected by this section, including where the regulations apply those provisions in modified form; and

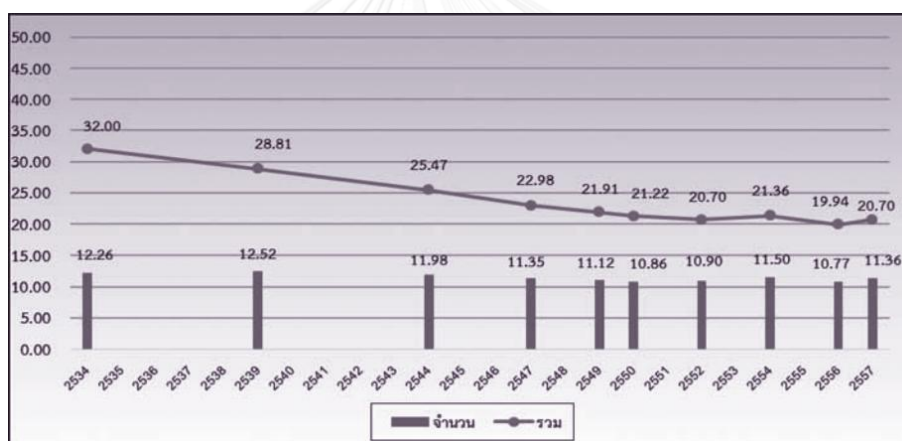
(b) provide in similar terms to provisions of the Trade Marks Act 1995 that are affected by this section.”

กฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1995 อีกฉบับหนึ่งเพื่อแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าตามรายละเอียดที่ได้ระบุไว้ใน Tobacco Plain Packaging Act ด้วย³⁵

2.4.2 การบังคับใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในไทย

2.4.2.1 สถานการณ์ยาสูบในไทย

จากข้อมูลการสำรวจสถานการณ์การบริโภคยาสูบ จำแนกตามจำนวนและอัตราการสูบบุหรี่ของประชากรอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป พบว่าตั้งแต่ปี 2534 - 2552 อัตราการบริโภคยาสูบมีแนวโน้มลดลงอย่างต่อเนื่อง แต่ในปี 2554 กลับมีอัตราการบริโภคยาสูบเพิ่มขึ้นเล็กน้อย คิดเป็นร้อยละ 21.36 และกลับลดลงในปี 2556 คิดเป็นร้อยละ 19.94 เมื่อเปรียบเทียบข้อมูลอัตราการสูบบุหรี่ปี 2556 และปี 2557 พบว่าในปี 2557 มีอัตราการสูบบุหรี่ของประชากรในกลุ่มอายุ 15 ปีขึ้นไปเพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 20.70³⁶



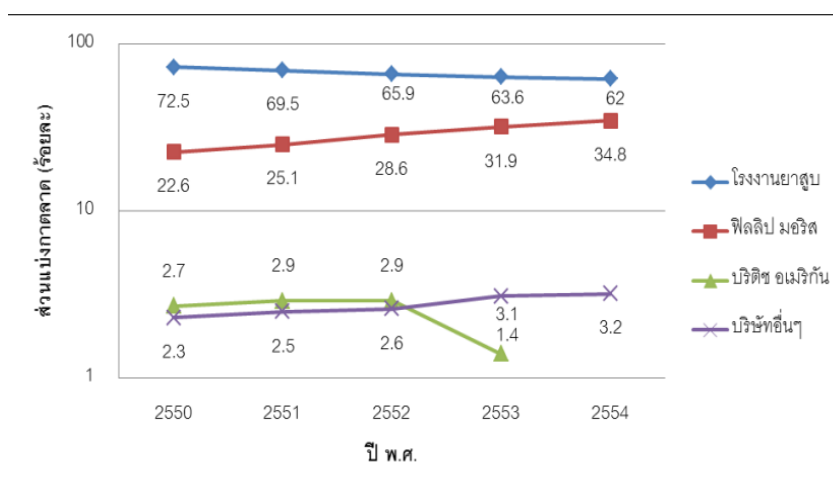
ภาพที่ 3 อัตราการบริโภคยาสูบและสัดส่วนผู้บริโภคนยาสูบประจำของประชากรไทยอายุ 15 ปีขึ้นไป พ.ศ.2534-2557

ที่มา: ข้อมูลทุติยภูมิ จากสำนักงานสถิติแห่งชาติ

³⁵ Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011 No. 149, 2011

³⁶ กลุ่มยุทธศาสตร์และพัฒนางานองค์กร สำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข, รายงานประจำปี 2558 สำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ (นนทบุรี: สำนักงานกิจการโรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2558), หน้า 24.

ในประเทศไทยโรงงานยาสูบ สังกัดกระทรวงการคลังเป็นผู้ผลิตบุหรี่รายเดียวในประเทศไทย ซึ่งมีส่วนแบ่งการตลาดในการจำหน่ายบุหรี่มากที่สุด แต่ต่อมาส่วนแบ่งการตลาดของโรงงานยาสูบมีแนวโน้มที่ลดลง เนื่องจากประชาชนนิยมบุหรี่ที่มียี่ห้อจากต่างประเทศมากกว่า จึงส่งผลให้ส่วนแบ่งการตลาดของบริษัทที่นำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศ³⁷ มีแนวโน้มเพิ่มขึ้น และบริษัทส่วนแบ่งการตลาด บริษัทต่างชาติอื่น ๆ มีส่วนแบ่งการตลาดที่มากกว่า



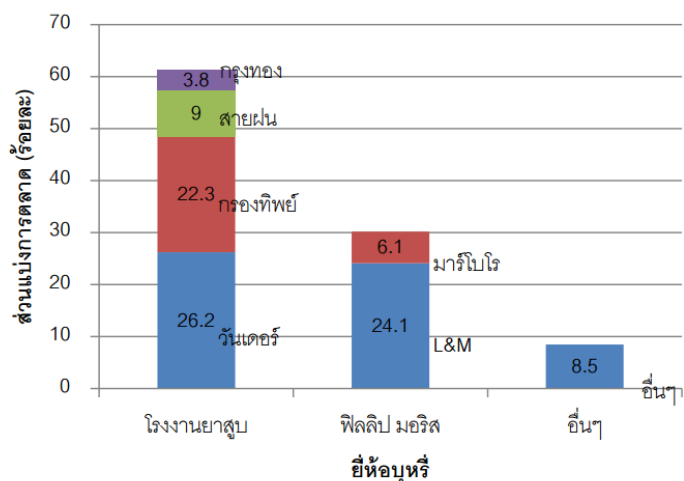
ภาพที่ 4 ส่วนแบ่งการตลาดของบริษัทบุหรี่ในประเทศไทย

ที่มา: ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อควบคุมยาสูบ มหาวิทยาลัยมหิดล, สรุปสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของประเทศไทย พ.ศ.2557 (กรุงเทพฯ: เจริญดีมั่นคงการพิมพ์, 2557), หน้า 29.

ทั้งนี้การเปิดเขตการค้าเสรีหรือความตกลงส่งผลต่อแนวโน้มการนำเข้าบุหรี่เพิ่มขึ้นเนื่องจากทำให้ราคาบุหรี่ถูกลง หลังจากที่มีการเปิดการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area: AFTA) ทำให้ภาษีศุลกากรเท่ากับศูนย์ในปี พ.ศ. 2553 ทำให้บุหรี่นำเข้ามีราคาถูกลงในปี 2550 รัฐบาลอนุมัติให้โรงงานยาสูบตั้งโรงงานใหม่ ซึ่งมีแนวโน้มในการผลิตผลิตภัณฑ์บุหรี่ใหม่ๆ ที่มีราคาถูกออกมาเป็นประจำทุกปี จึงทำให้โรงงานยาสูบมีการทำกิจกรรมส่งเสริมการขายอย่างต่อเนื่องเพื่อแข่งขันกับบุหรี่นำเข้าราคาถูก

³⁷ บริษัทที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทยที่นำเข้าบุหรี่จากต่างประเทศ ได้แก่ บริษัท ฟิลลิป มอริส (ไทยแลนด์) จำกัด บริษัท บริติชอเมริกัน โทแบคโค (ประเทศไทย) จำกัด บริษัท เจ.ที. อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด บริษัท ดี.อี.เอส มาร์เก็ตติ้ง จำกัด บริษัท โอเรียนท์ แอนด์ เอช แสปทินเนส ซิกาแรต จำกัด และบริษัท โกลด์ ซอส อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด

จากการสำรวจส่วนแบ่งตลาดของบุหรี่ยี่ห้อต่างๆในปี พ.ศ. 2554 พบว่าบุหรี่ยี่ห้อวันเตอร์ของโรงงานยาสูบมีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด และบุหรี่ยี่ห้อแอล แอนด์ เอ็มของบริษัท ฟิลลิป มอริส (ไทยแลนด์) จำกัดมีส่วนแบ่งตลาดรองลงมา



ภาพที่ 5 ส่วนแบ่งการตลาดของบุหรี่แต่ละยี่ห้อในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2554

ที่มา: ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อควบคุมยาสูบ มหาวิทยาลัยมหิดล, สรุปสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของประเทศไทย พ.ศ.2557 (กรุงเทพฯ: เจริญดีมั่นคงการพิมพ์, 2557), หน้า 31.

บริษัท ฟิลลิป มอริส (ไทยแลนด์) จำกัดเป็นบริษัทลูกของบริษัท ฟิลลิป มอริส อินเตอร์เนชั่นแนล ซึ่งเป็นบริษัทบุหรี่ข้ามชาติที่ใหญ่ที่สุดในโลก เป็นบริษัทนำเข้าบุหรี่ ยี่ห้อ มาร์ล โบโล และ แอล แอนด์ เอ็ม จากประเทศฟิลิปปินส์ ในปี 2551 มีส่วนแบ่งการตลาดประมาณร้อยละ 26.8 ซึ่งสูงขึ้นจากปี ก่อนหน้าถึงร้อยละ 3 ในรายงานประจำปี และยอดขายบุหรี่ในประเทศไทยเพิ่มขึ้น

	โรงงานยาสูบ ⁽²⁾	บริษัท ฟิลลิป มอริส (ไทยแลนด์)
การจ้างงาน	3,828 คน	350 คน
ส่วนแบ่งการตลาด	62.0%	34.8%
บุหรี่ leading brands	กรองทิพย์ 90, WONDER รสอเมริกัน, WONDER รสเมนทอล, SMS รสอเมริกัน และ SMS รสเมนทอล	แอล & เอ็ม , มาร์ลโบโร
รายได้จากการจำหน่ายบุหรี่ในประเทศ (ล้านบาท)	62,375.32	12,108* (ประมาณการ)
กำไรสุทธิ(ล้านบาท)	6,655.75	ไม่มีข้อมูล
จำนวนร้านค้าปลีก (แห่ง)	ประมาณ 570,000	ประมาณ 200,000

*จาก consumer expenditure on tobacco จาก Euromonitor (74,482.7 ล้านบาท) หักรายได้จากการจำหน่ายบุหรี่ในประเทศของโรงงานยาสูบ (62,375.32 ล้านบาท)

ภาพที่ 6 เปรียบเทียบข้อมูลพื้นฐานของโรงงานยาสูบ และบริษัท ฟิลลิป มอริส (ไทยแลนด์) จำกัด

ที่มา: ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อควบคุมยาสูบ มหาวิทยาลัยมหิดล, สรุปลสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของประเทศไทย พ.ศ.2557 (กรุงเทพฯ: เจริญดีมั่นคงการพิมพ์, 2557), หน้า 30.

2.4.2.2 ผลกระทบของยาสูบต่อสุขภาพของประชาชนและเศรษฐกิจ

จากการศึกษาพฤติกรรมและปัจจัยเสี่ยงสำคัญที่เป็นสาเหตุของโรคในประเทศไทย ปีพ.ศ. 2552 พบว่าการบริโภคยาสูบนับเป็นปัจจัยเสี่ยงที่สำคัญที่ทำให้เกิดการสูญเสียเป็นอันดับสองรองจากการดื่มแอลกอฮอล์

นอกจากนี้จากการศึกษาผลกระทบทางเศรษฐกิจที่มีสาเหตุมาจากการสูบบุหรี่ พบว่ามีคนตายจากโรคที่เกิดจากการสูบบุหรี่ในกลุ่มคนอายุ 30 ปี ขึ้นไป 50,710 คนหรือประมาณร้อยละ 12 ของการตายทั้งหมด โดยที่เป็นผู้ชาย 42,989 คน และเป็นผู้หญิง 7,721 คน ซึ่งโรคปอดอุดกั้นเรื้อรังเป็นสาเหตุการตายหลักของโรคที่เกิดจากการสูบบุหรี่ 11,895 คน ต่อมาคือโรคมะเร็งปอด 11,742 คน และโรคหัวใจและหลอดเลือด 11,666 คน และโรคมะเร็งอื่นๆ 7,244 คน

จากการประมาณการความสูญเสียทางเศรษฐศาสตร์จากโรคที่เกิดจากการสูบบุหรี่ (Disease Attributed to Smoking) พบว่าค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดจากความสูญเสียทางเศรษฐศาสตร์เท่ากับ 52,189 ล้านบาท (เฉลี่ย 29.39 บาทต่อบุหรี่ 1 ซอง) คิดเป็นร้อยละ 0.54 ของ GDP โดยคิด

เป็นค่าใช้จ่ายทางตรงทาง การแพทย์เท่ากับ 10,137 ล้านบาท (ร้อยละ 20 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด) ค่าใช้จ่ายทางอ้อมทางการแพทย์เท่ากับ 1,063 ล้านบาท (ร้อยละ 2 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด), การสูญเสียผลิตภาพจากการขาดงานของผู้ป่วยเท่ากับ 370 ล้านบาท (ร้อยละ 0.7 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด) การสูญเสียผลิตภาพจากการขาดงานของผู้ดูแลผู้ป่วยเท่ากับ 147 ล้านบาท (ร้อยละ 0.3 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด) และการสูญเสียผลิตภาพ จากการตายก่อนวัยอันควรเท่ากับ 40,464 ล้านบาท (ร้อยละ 77 ของค่าใช้จ่ายทั้งหมด) โดยค่าใช้จ่ายที่เกิดจากความสูญเสียทาง เศรษฐกิจนี้คิดเป็นร้อยละ 13 ของค่าใช้จ่ายทางด้านสุขภาพทั้งหมด และร้อยละ 73 ของงบประมาณทางด้าน สาธารณสุข³⁸

2.4.2.3 มาตรการควบคุมยาสูบในไทย

ประเทศไทยใช้มาตรการเพื่อควบคุมการบริโภคยาสูบตั้งแต่ปีพ.ศ.2517 เรื่อยมา จนถึงปัจจุบัน โดยเข้าเป็นภาคีกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกในปี พ.ศ. 2546 ซึ่งที่ผ่านมาประเทศไทยมีการใช้มาตรการควบคุมยาสูบที่หลากหลาย เช่น การเพิ่มภาษี บุหรี่ การห้ามโฆษณา การรณรงค์เพื่อการไม่สูบบุหรี่ผ่านสื่อ การห้ามสูบบุหรี่ในที่สาธารณะ มาตรการเตือนภัยจากบุหรี่ เป็นต้น อีกทั้งมาตรการควบคุมการบริโภคยาสูบของประเทศไทยในแต่ละปีมีความเข้มงวดเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ดังจะเห็นได้จากมาตรการควบคุมยาสูบที่มีการบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2517-2556 ดังนี้

- | | |
|-----------|--|
| พ.ศ. 2517 | มีการพิมพ์คำเตือนบนซองบุหรี่ว่า “การสูบบุหรี่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ” (ขยายขนาดคำเตือนในปี พ.ศ. 2540) |
| พ.ศ. 2519 | กรุงเทพมหานครห้ามโฆษณาบุหรี่ในโรงภาพยนตร์และรถโดยสาร |
| พ.ศ. 2524 | มีการเพิ่มภาษีบุหรี่ |
| พ.ศ. 2525 | เปลี่ยนข้อความเตือนจาก “การสูบบุหรี่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ” เป็น “การสูบบุหรี่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ” |
| พ.ศ. 2532 | กำหนดให้มีข้อความคำเตือนบนซองบุหรี่จำนวน 6 ข้อความ พิมพ์สลับกันไปบนซองและมีขนาดไม่เล็กกว่า 2x2 มิลลิเมตร แต่ไม่ได้กำหนดสีทำให้บริษัทบุหรี่พิมพ์คำเตือนด้วยสีที่กลมกลืนไปกับสีซอง |

³⁸ ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อควบคุมยาสูบ มหาวิทยาลัยมหิดล, สรุปลานการณปัจจุบันภัยหลักด้านยาสูบของประเทศไทย พ.ศ.2557 (กรุงเทพฯ: เจริญดีมีนคองการพิมพ์, 2557), หน้า 20.

- พ.ศ. 2535 ออกพระราชบัญญัติควบคุมยาสูบมีผลห้ามโฆษณาและส่งเสริมการขายบุหรี่ยี่ และพระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่ปรับคำเตือนเป็น 10 ข้อความ พิมพ์คละกันไปและกำหนดขนาดไม่ให้ร้อยละ 25 ของซองบุหรี่ยี่ทั้งด้านหน้าและด้านหลัง และพิมพ์ด้วยอักษรสีขาวบนพื้นดำ บริเวณด้านล่างของซอง
- พ.ศ. 2536 ปรับปรุงให้มีการเพิ่มภาษีเป็นระยะอย่างสม่ำเสมอ จากร้อยละ 55 (จนถึง พ.ศ. 2550 เพิ่มแล้ว 8 ครั้ง จนเป็นร้อยละ 80 ของราคา ณ โรงงานคิดเป็นร้อยละ 63 จากราคาขายปลีก)
- พ.ศ. 2540 ปรับตำแหน่งคำเตือนให้อยู่ด้านบนสุดของซอง และเพิ่มขนาดขึ้นเป็นร้อยละ 33.3 ของพื้นที่ซองทั้ง 2 ด้าน
- พ.ศ. 2545 ขยายพื้นที่ปลอดบุหรี่ยี่ (ขยายพื้นที่อีกครั้งในปี พ.ศ. 2549 และ 2550)
- พ.ศ. 2547 มีภาพเตือนผลเสียต่อสุขภาพบนซองบุหรี่ยี่
- พ.ศ. 2548 ห้ามตั้งแสดงบุหรี่ยี่ ณ จุดขาย
- คำเตือนบนซองบุหรี่ยี่เปลี่ยนเป็นรูปภาพพร้อมข้อความซึ่งมีเนื้อที่ขนาดร้อยละ 50 ของพื้นที่ซองบุหรี่ยี่
- พ.ศ. 2549 กำหนดให้ระบุชื่อสารพิษและสารก่อมะเร็งบนซองบุหรี่ยี่
- พ.ศ. 2550 ปรับปรุงภาพบนซองบุหรี่ยี่และเพิ่มภาพเตือนผลเสียต่อสุขภาพในซองบุหรี่ยี่มวนเอง และห้ามสูบบุหรี่ยี่ในสถานบันเทิง
- พ.ศ. 2552 ปรับเพดานภาษีสรรพสามิตจากร้อยละ 80 เป็นร้อยละ 90 ของราคา ณ โรงงาน และเพิ่มภาษีเป็นร้อยละ 85 ของราคา ณ โรงงาน ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2552
- พ.ศ. 2552 ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแสดงฉลากและข้อความในฉลาก ปรับปรุงภาพคำเตือนจาก 9 ภาพเป็น 10

- พ.ศ. 2553 ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 19 พ.ศ. 2553 เรื่อง กำหนดชื่อหรือประเภทของสถานที่สาธารณะที่ให้มีการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่และกำหนดส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของสถานที่สาธารณะดังกล่าวเป็นเขตสูบบุหรี่หรือเขตปลอดบุหรี่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535
- ประกาศรับมติมาตรการควบคุมปัจจัยเสี่ยงต่อสุขภาพด้านยาสูบ เข้าสู่สมัชชาสุขภาพแห่งชาติ ครั้งที่ 3 พ.ศ. 2553
- พ.ศ. 2554 มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบแผนยุทธศาสตร์ควบคุมการบริโภคยาสูบแห่งชาติ ปี พ.ศ. 2555 - 2557 เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน พ.ศ. 2555
- ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 15 พ.ศ. 2554 เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงคำหรือข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในฉลากบุหรี่ซิการ์เรต บุหรี่ซิการ์ และยาเส้นตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 ภาคผนวก 3
- ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 16 พ.ศ. 2554 เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงข้อความเกี่ยวกับสารพิษหรือสารก่อมะเร็งในฉลากของบุหรี่ ซิการ์เรตตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 ภาคผนวก 4
- พ.ศ.2554 – 2556 โครงการจังหวัดขับเคลื่อนปลอดบุหรี่ 15 จังหวัด สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) ได้ให้ทุนสนับสนุนการดำเนินการขับเคลื่อนจังหวัดปลอดบุหรี่ผ่านมูลนิธิธรรมาภิบาลเพื่อการไม่สูบบุหรี่ในพื้นที่นำร่อง 5 จังหวัดและสนับสนุนโดยตรง 10 จังหวัด โดยพิจารณาให้ความสำคัญแก่จังหวัดที่มีอัตราการบริโภคยาสูบสูง
- พ.ศ.2555 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบ สมัชชาสุขภาพแห่งชาติครั้งที่ 3 มาตรการในการควบคุมปัจจัยเสี่ยงต่อสุขภาพด้านยาสูบ เมื่อวันที่ 17 เมษายน พ.ศ. 2555 สื่อทีวี mass media campaign เรื่อง ยาเส้นอันตราย ตายเหมือนบุหรี่

- กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555 ระเบียบกรมควบคุมโรคว่าด้วยการติดต่อผู้ประกอบการและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ ผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2555 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2555 แทนฉบับปี พ.ศ. 2553 ซึ่งสอดคล้องกับกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก ข้อ 5.3 การป้องกันการแทรกแซงของอุตสาหกรรมยาสูบต่อนโยบายสาธารณะ ว่าด้วยการควบคุมยาสูบ
- มีนาคม พ.ศ. 2555 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2554 เรื่องข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือจูงใจให้บริโภคในฉลากของซองบุหรีและยาเส้น มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 22 มีนาคม พ.ศ. 2555
- 25 เมษายน พ.ศ. 2555 ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2554 เรื่องการแสดงข้อความ เกี่ยวกับสารพิษและสารก่อมะเร็งในฉลากของซองบุหรีซิการ์แรต เริ่มมีผลบังคับใช้
- 17 เมษายน พ.ศ. 2555 มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบมติสมัชชาสุขภาพแห่งชาติครั้งที่ 3 พ.ศ. 2533 เรื่องมาตรการควบคุมปัจจัยเสี่ยงด้านยาสูบในประเด็นนี้ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ (ศจย.) ได้ให้ทุนสนับสนุนโครงการวิจัยเชิงปฏิบัติการเพื่อการขับเคลื่อนมติสมัชชาสุขภาพเรื่องมาตรการควบคุมปัจจัยเสี่ยงต่อสุขภาพด้านยาสูบ ไปสู่ภาคปฏิบัติที่ระดับพื้นที่ใน 15 จังหวัด
- 12 มิถุนายน พ.ศ. 2555 มติ ครม. เห็นชอบแผนยุทธศาสตร์การควบคุมยาสูบแห่งชาติ พ.ศ. 2555 – 2557 ซึ่งมีเป้าหมายลดอัตราการบริโภคยาสูบของประชาชน ลดปริมาณการบริโภคยาสูบของประชาชนและการทำให้สิ่งแวดล้อมปลอดควันบุหรีต่อมากระทรวงศึกษาธิการได้ออกประกาศเรื่องแนวทางการปฏิบัติตามแผนยุทธศาสตร์การควบคุมยาสูบแห่งชาติ พ.ศ. 2555 – 2557 ในสถานศึกษา

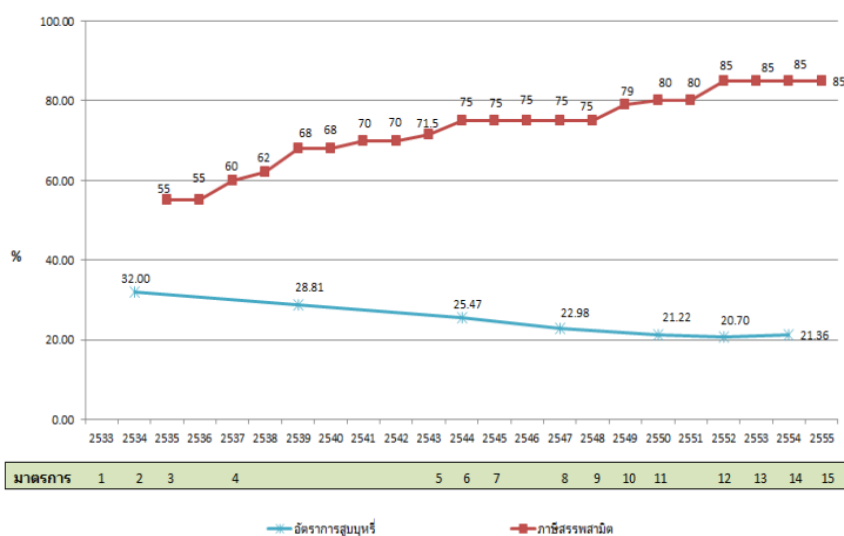
- 21 สิงหาคม พ.ศ. 2555 การปรับขึ้นภาษีสรรพสามิตยาสูบ (รวมภาษียาเส้นและยาเส้นปรุง) นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 จนถึง พ.ศ.2557 ประเทศไทยมีการปรับขึ้นภาษีสรรพสามิตสำหรับบุหรี่ซิการ์แตรรวม 10 ครั้ง การปรับครั้งนี้กำหนดอัตราตามมูลค่าและอัตราตามปริมาณใบยาสูบทำให้บุหรี่ซิการ์แตรมีอัตราจัดเก็บตามมูลค่าร้อยละ 87 หรือตามปริมาณ 1 บาทต่อ 1 กรัม ส่วนภาษียาเส้นเพิ่มเป็นครั้งแรกจาก 0.01 บาทต่อ10 กรัม เป็น 0.01 บาทต่อกรัม
- กรกฎาคม – สิงหาคม พ.ศ. 2555 การประชาพิจารณ์ร่างพระราชบัญญัติควบคุมการบริโภคยาสูบฉบับใหม่ พ.ศ. ... ซึ่งเป็นการรวมกฎหมายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบและกฎหมายคุ้มครองสุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่เป็นฉบับเดียวกัน
- ตุลาคม พ.ศ.2555 กระทรวงสาธารณสุขกำหนดตัวชี้วัดปี พ.ศ. 2556 เด็กอายุ 15 ถึง 18 ปี สูบบุหรี่ไม่เกินร้อยละ 10 และสถานบริการสาธารณสุขปลอดบุหรี่ร้อยละ 100
- มีนาคม พ.ศ. 2556 กระทรวงสาธารณสุข ประกาศมาตรการ “3 ลด 3 เพิ่ม”
- 3 ลด
1. การลดนักสูบหน้าใหม่ (อายุ 15 ถึง 24 ปี และ 19 ถึง 24 ปี)
 2. ลดจำนวนผู้สูบบุหรี่ในเขตชนบท โดยเฉพาะผู้ใช้ยาเส้น
 3. ลดคว้นบุหรี่มือสองในที่ทำงาน ในที่สาธารณะ และที่บ้าน
- 3 เพิ่ม
1. เพิ่มกลไกการป้องกันอุตสาหกรรมยาสูบแทรกแซงนโยบายควบคุมยาสูบของรัฐ
 2. เพิ่มผู้ขับเคลื่อนการควบคุมยาสูบในระดับพื้นที่จังหวัดและท้องถิ่น
 3. เพิ่มนวัตกรรมการทำงานควบคุมยาสูบโดยอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศ
- 6 มีนาคม พ.ศ. 2556 กระทรวงสาธารณสุขออกประกาศกระทรวงฯ เพิ่มขนาดคำเตือนพิษภัยบนซองบุหรี่จากร้อยละ 55 เป็นร้อยละ 85 โดยให้จัดพิมพ์ภาพข้อความคำเตือน 10 แบบคละกัน ในอัตรา 1 แบบต่อ 5,000 ซอง กำหนดให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2556 (เลื่อนไปจนถึง 23 กันยายน พ.ศ. 2557)

- 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2556 การลงนามความร่วมมือ “ยกเว้นค่าโทรศัพท์ 1600 สายเลิกบุหรี” ระหว่าง ศูนย์บริการเลิกบุหรีทางโทรศัพท์แห่งชาติ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่และโทรศัพท์ประจำที่เพื่อเพิ่ม ช่องทางให้บริการประชาชนที่ต้องการเลิกบุหรี โดยประชาชนไม่ต้องเสีย ค่าใช้จ่าย และกระตุ้นให้ประชาชนได้รับบริการเพิ่มมากขึ้น
- สิงหาคม พ.ศ. 2556 เริ่มการบังคับใช้ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2555 เรื่อง ภาพคำเตือนและการแสดงเลขหมายสายด่วนเลิกบุหรี 1600 บน ซองยาเส้น
- 23 สิงหาคม พ.ศ. 2556 ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศฯ เนื่องจากบริษัท บุหรีฟ้องศาลปกครองเพื่อให้ทุเลาการบังคับใช้และเพิกถอนประกาศ กระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การเพิ่มขนาดข้อความ ภาพคำเตือนพิษภัยบน ซองบุหรี จากร้อยละ 55 เป็นร้อยละ 85 ทำให้ประกาศดังกล่าวยังไม่ีผล ใช้บังคับตามกฎหมายจนกระทั่ง 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ศาลปกครอง สูงสุดให้ยกคำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศฯของศาลปกครองชั้นต้นแล้ว จึงมีผลบังคับใช้ 23 กันยายน พ.ศ. 2557 (90 วันนับแต่วันที่ศาลปกครอง สูงสุดอ่านคำสั่งถึงวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2557)

หลังจากที่ประเทศไทยออกมาตรการต่างๆเพื่อใช้ในการควบคุมการบริโภคยาสูบ พบว่ามาตรการเหล่านั้นทำให้อัตราการบริโภคยาสูบลดลง ซึ่งมาตรการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด ระหว่างปี พ.ศ. 2534 ถึง พ.ศ. 2549 คือ มาตรการด้านการเพิ่มภาษีบุหรีและมาตรการห้ามการ โฆษณา อันดับรองลงมา คือ มาตรการการรณรงค์เพื่อการไม่สูบบุหรีด้วยสื่อ มาตรการห้ามสูบบุหรีในที่สาธารณะ และมาตรการการเตือนภัยจากบุหรี³⁹ แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยมีข้อจำกัดให้ ใช้นโยบายภาษีสรรพสามิตได้อย่างมีประสิทธิภาพในระดับหนึ่งเมื่อเทียบกับประเทศอื่นๆ เนื่องจาก ข้อจำกัดของการขับเคลื่อนนโยบายด้านภาษีในประเทศไทย⁴⁰

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 86.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6 – 8.



ภาพที่ 7 มาตรการเพื่อการควบคุมการบริโภคยาสูบในประเทศไทยตามช่วงเวลา พ.ศ.2532-2555

หมายเหตุ

- ห้ามโฆษณาบุหรี่
- GATT 301
- ออก พ.ร.บ.คุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ.2535 และ พ.ร.บ.ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ.2535
- จัดตั้งสถาบันส่งเสริมสุขภาพไทย (สสท.)
- ห้ามมีฉากสูบบุหรี่ทางโทรทัศน์
- จัดตั้ง สสส.
- ขยายพื้นที่สาธารณะปลอดบุหรี่
- มีภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ 6 แบบ
- ห้ามตั้งแสดงบุหรี่ ณ จุดขาย และจัดตั้ง ศจย.
- แสดงสารพิษและสารก่อมะเร็ง ปรับปรุงภาพคำเตือนเป็น 9 แบบ และออกประกาศ ขยายพื้นที่ปลอดบุหรี่
- ภาพคำเตือนบนบุหรี่ซีการ์ บุหรี่มวนเอง และขยายพื้นที่สาธารณะปลอดบุหรี่ ได้แก่ ผับ บาร์ ตลาด
- กำหนดชื่อ ประเภทสถานที่สาธารณะเป็นเขตสูบบุหรี่ และเขตปลอดบุหรี่
- กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแสดงคำหรือข้อความที่อาจก่อให้เกิด ความเข้าใจผิดในฉลากบุหรี่ซีการ์และยาเส้น
- กำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงข้อความเกี่ยวกับสารพิษหรือสาร ก่อมะเร็งในฉลากของบุหรี่ซีการ์ตามพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ.2535
- กรม.มีมติเห็นชอบสมัชชาสุขภาพแห่งชาติครั้งที่ 3 มาตรการในการควบคุมปัจจัยเสี่ยงต่อสุขภาพด้านยาสูบ

ที่มา: ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ มหาวิทยาลัยมหิดล, สรุปรูป สถานการณ์การควบคุมการบริโภคยาสูบของประเทศไทย พ.ศ. 2555 (กรุงเทพฯ: เจริญดีมีมั่นคงการพิมพ์, 2555), หน้า 84

2.4.2.4 มาตรการของบุรีแบบเรียบ

เมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบและอนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้วย่อมมีผลผูกพันรัฐ ประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีของอนุสัญญาจึงมีพันธะผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในอนุสัญญา แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในรัฐได้ต้องมีการตราพระราชบัญญัติมารองรับอนุสัญญานั้น⁴⁸

หลังจากที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ประเทศไทยได้มีการอนุวัติการข้อกำหนดของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบแล้ว เช่น การจัดพิมพ์คำเตือนพิษภัยเป็นรูปภาพบนซองผลิตภัณฑ์ยาสูบ การห้ามโฆษณา CSR ในสื่อวิทยุและโทรทัศน์ การห้ามแสดงซองบุหรี่ ณ จุดขาย การกำหนดแนวทางการติดต่อกันระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับเจ้าหน้าที่ของกรมควบคุมโรค การจัดสรรงบประมาณจากภาษียาสูบ เพื่อสนับสนุนการควบคุมยาสูบ และการกำหนดสถานที่สาธารณะและที่ทำงานเป็นเขตปลอดบุหรี่ เป็นต้น

ปัจจุบันประเทศไทยกำลังจัดทำพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... เนื่องจากพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 มีความล้าสมัย ไม่สามารถบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ยาสูบรูปแบบใหม่ๆในปัจจุบันได้ และไม่สามารถรับมือกับกลยุทธ์ใหม่ของผู้ประกอบการยาสูบที่ต้องการเพิ่มจำนวนผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยเฉพาะผู้หญิง เด็กและเยาวชน และมีแนวโน้มว่าอัตราของผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบหน้าใหม่จะเป็นวัยเด็กและอายุน้อยลงเรื่อยๆ รัฐจึงจำเป็นต้องดำเนินการเพื่อควบคุมและป้องกันไม่ให้มีการเข้าถึงผลิตภัณฑ์ยาสูบได้โดยง่าย อีกทั้งเพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ⁴⁹ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะบังคับใช้กับผู้ผลิต ผู้นำเข้า และผู้ค้าปลีกผลิตภัณฑ์ยาสูบเท่านั้น⁵⁰ ซึ่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ฉบับนี้ได้นำข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการโฆษณา การส่งเสริมการขาย และการลดการเข้าถึง ยาสูบของเด็กและเยาวชนมาบัญญัติไว้ โดยไม่มีบทบัญญัติใดที่เข้มงวดไปกว่าที่กำหนดไว้ในกรอบอนุสัญญา⁵¹

เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2554 กรมควบคุมโรคกระทรวงสาธารณสุขได้แต่งตั้งคณะกรรมการปรับปรุงและจัดทำร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ โดยนำร่าง

⁴⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, หน้า 194 -197.

⁴⁹ กระทรวงสาธารณสุข, “เรื่องร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ที่ สช. 0442.4/1125,” 18 มีนาคม 2558.

⁵⁰ มูลนิธิธรรมาภิบาลเพื่อการค้าไม่สูบบุหรี่, สมุดปกขาว ข้อเท็จจริงและความจำเป็นของ ร่าง พ.ร.บ.ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ (2558), หน้า 18.

⁵¹ มูลนิธิธรรมาภิบาลเพื่อการค้าไม่สูบบุหรี่, หนึ่งทศวรรษกฎหมายบุหรี่โลก (2558), หน้า 2.

พระราชบัญญัติเขาสุกการประชาพิจารณ์ตามขั้นตอน และดำเนินการปรับปรุงจนร่างพระราชบัญญัติได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบถี่ถ้วน โดยมีการประชุมคณะกรรมการทั้งหมด 66 ครั้งกระทรวงสาธารณสุขได้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2557⁵²

ในร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงสาธารณสุขเสนอต่อคณะรัฐมนตรีได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ห้ามหรือบรรจุกัญชาสูบในมาตรา 37 ซึ่งให้อำนาจแก่รัฐในการกำหนดมาตรการของบุหรี่แบบเรียบได้ในอนาคต อันเป็นการอนุวัติการตามข้อ 11 และข้อ 13 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ⁵³ มาตรา 37 บัญญัติว่า “ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องจัดให้ห้ามหรือผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือผลิตภัณฑ์ยาสูบ มีขนาด สี สัญลักษณ์ ฉลาก รวมทั้งลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศโดยคำแนะนำของคณะกรรมการอำนวยการ ก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักรแล้วแต่กรณี ห้ามผู้ใดขายผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ได้จัดให้มีห้ามหรือผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามที่กำหนดในวรรคหนึ่ง เพื่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ให้มีการปรับปรุงประกาศตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยทุกสองปี มิให้นำกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญามาใช้กับการแสดงห้ามหรือตามมาตรานี้”

ในการขอมติคณะรัฐมนตรี ส่วนราชการต่างๆ ได้ให้ความเห็นชอบและได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสิ่งที่ควรแก้ไขในร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งกระทรวงพาณิชย์ได้ให้ความเห็นว่ามาตรา 37 ของร่างพระราชบัญญัติในตอนท้ายที่กำหนดว่า “มิให้นำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้กับหลักเกณฑ์เรื่องห้ามหรือผลิตภัณฑ์ยาสูบ” อาจขัดต่อความตกลง TRIPs และความตกลงคุ้มครองการลงทุนทวิภาคีของไทยกับคู่ค้า ซึ่งอาจทำให้ประเทศไทยถูกฟ้องร้องได้⁵⁴ คณะรัฐมนตรีจึงมีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติตามที่กระทรวงสาธารณสุขเสนอ โดยให้นำความเห็นของส่วนราชการที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะประเด็นที่ขัดกับกฎหมายอื่นไปแก้ไขในร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย ก่อนที่จะเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติต่อไป⁵⁵

⁵² มูลนิธิธรรมาภิบาลเพื่อการค้าไม่สูบบุหรี่, สมุดปกขาว ข้อเท็จจริงและความจำเป็นของ ร่าง พ.ร.บ.ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ, หน้า 2.

⁵³ กระทรวงสาธารณสุข, “เรื่องชี้แจงการเสนอร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ที่ สธ. 0100.1/1735,” 7 มีนาคม 2558.

⁵⁴ กระทรวงพาณิชย์, “เรื่องการพิจารณาข้อเสนอเรื่องความเห็นต่อพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ที่ พณ. 0610/2020 ,” 31 มีนาคม 2558.

⁵⁵ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “มติคณะรัฐมนตรีเรื่องร่างพ.ร.บ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ.,” 26 พฤษภาคม 2558.



ภาพที่ 8 ซองบุหรี่ของไทยในปัจจุบันเปรียบเทียบกับซองบุหรี่แบบเรียบ

ที่มา: งานวิจัยผลกระทบจากรูปแบบฉลากคำเตือนเรื่องสุขภาพบนซองบุหรี่แบบเรียบง่าย ปราศจากสีสัน ที่มีต่อพฤติกรรมสนองตอบในการบริโภคบุหรี่ของวัยรุ่นในประเทศไทย โดย ดร.พิมพ์พรรณ ศิลปสุวรรณ และคณะ คณะสาธารณสุขศาสตร์มหาวิทยาลัยมหิดล

2.4.3 การบังคับใช้มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบในประเทศอื่นๆ

สหภาพยุโรป (European Union: EU) เข้าร่วมเป็นภาคีภาคีกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบโดยนำข้อกำหนดในกรอบอนุสัญญามาบัญญัติในกฎระเบียบเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบของสหภาพยุโรป (Tobacco Products Directive (2014/40/EU)) ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีออกกฎหมาย และข้อบังคับเกี่ยวกับการผลิต การนำเสนอ และการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบและผลิตภัณฑ์อื่นๆที่เกี่ยวข้อง กำหนดเกี่ยวกับการปิดฉลากและการบรรจุหีบห่อสินค้ายาสูบ ซึ่งมีผลใช้บังคับวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2016 กฎระเบียบเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบของสหภาพยุโรปเพิ่มขนาดพื้นที่ของภาพคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพบนทั้งสองด้านของซองบุหรี่ และมีข้อห้ามเกี่ยวกับการนำเสนอและรูปลักษณะในรูปแบบต่างๆ แต่อย่างไรก็ตามกฎระเบียบเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบของสหภาพยุโรปให้อิสระแก่ประเทศภาคีในการตัดสินใจว่าจะใช้มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบหรือไม่

ประเทศอังกฤษได้นำมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบมาบังคับใช้ในประเทศของตนเช่นกัน โดยออกกฎหมายควบคุมบรรจุภัณฑ์ผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือ Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2016 บทบัญญัติไม่ได้เขียนว่าห้ามมิให้ใช้เครื่องหมายการค้า แต่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการยาสูบพิมพ์ชื่อยี่ห้อและชื่อที่ทำให้แยกแยะสินค้านั้นออกจากสินค้าอื่นได้ แต่

รูปแบบและขนาดของตัวอักษร สี และรูปลักษณะของซองบุหรี่ต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด⁵⁶

ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้กำหนดยกเว้นกฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไว้ด้วย โดยในข้อ 13 กำหนดว่ากฎหมายนี้ไม่เป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า⁵⁷ นอกจากนี้แม้ว่าบทบัญญัติในกฎหมายนี้เป็นสาเหตุทำให้ไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นระยะเวลา 5 ปีอันเป็นเหตุให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994⁵⁸ กฎหมายนี้ไม่มีผลทำให้เพิกถอนการจดทะเบียนการใช้เครื่องหมายการค้าเนื่องจากไม่มีการใช้⁵⁹

นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสได้ออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบมาบังคับใช้เช่นกัน ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันเดียวกับกฎหมาย Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 ของอังกฤษ⁶⁰

2.5 ข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการควบคุมซองบุหรี่

จากการที่ประเทศต่างๆเป็นประเทศภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก ประเทศภาคีเหล่านั้นมีพันธกรณีที่จะต้องนำมาตรการต่างๆที่กำหนดในกรอบอนุสัญญามาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในเพื่อให้วัตถุประสงค์ในการที่จะควบคุมการบริโภคยาสูบของ

⁵⁶ The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 of the United Kingdom

⁵⁷ Article 13 of The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015

“(1) For the avoidance of doubt, nothing in, or done in accordance with, these Regulations—
(a) forms an obstacle to the registration of a trade mark under the Trade Marks Act 1994”

⁵⁸ The Trade Mark 1994 of the United Kingdom

(1)The registration of a trade mark may be revoked on any of the following grounds—

(a)that within the period of five years following the date of completion of the registration procedure it has not been put to genuine use in the United Kingdom, by the proprietor or with his consent, in relation to the goods or services for which it is registered, and there are no proper reasons for non-use;

(b)that such use has been suspended for an uninterrupted period of five years, and there are no proper reasons for non-use;

⁵⁹ Article 13(8) of The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015

“If any provision of these Regulations causes any non-use of the registered trade mark within the period of five years there mentioned, such provision is to be regarded as a proper reason for that non-use, provided that the registered trade mark would have been put to such genuine use as is there mentioned were these Regulations not in force.”

⁶⁰ World Health Organization, "World No Tobacco Day 2016: Get Ready for Plain Packaging," [Online], Updated: 31 May 2016. Available from: <http://www.who.int/campaigns/no-tobacco-day/2016/event/en/>

เครื่องจักร จึงเสี่ยงที่ผู้ฟ้องจะถูกดำเนินคดีอาญา และประกาศฉบับดังกล่าวสร้างขึ้นตอนที่ไม่น่าจะเป็น และสร้างภาระให้แก่ผู้ฟ้องคดีมากเกินสมควร ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองว่าประกาศฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องด้วยเหตุผลต่างๆรวมถึงเหตุผลที่ประกาศฉบับนี้ละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากประการแรกประกาศฉบับนี้มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย ซึ่งมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าในประเทศไทย ไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าของตนได้ ซึ่งอาจทำให้เครื่องหมายการค้าของผู้ฟ้องคดีที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วอาจถูกเพิกถอนได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 63 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนไว้แล้วและไม่ได้นำออกใช้ก็อาจจะถูกเพิกถอนได้ จึงถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีโดยปริยาย ประการที่สอง ประกาศฉบับดังกล่าวลิดรอนวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าที่ได้นิยามความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้ว่า เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าชนิดเดียวกันที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ในขณะเดียวกันเครื่องหมายการค้ายังมีหน้าที่ในการสร้างค่าความนิยม (Goodwill) และความเชื่อมั่นในยี่ห้อสินค้าแก่ผู้บริโภค อีกทั้งมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าได้ให้ความหมายของคำว่าลักษณะบ่งเฉพาะว่าเป็นเครื่องหมายที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้าทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น แต่ประกาศฉบับดังกล่าวจำกัดพื้นที่สำหรับเครื่องหมายการค้าและข้อมูลของสินค้าให้เหลือพื้นที่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของซองจึงทำให้ผู้บริโภคและผู้ค้าปลีกเกิดความสับสนไม่สามารถแยกแยะสินค้าของผู้ฟ้องคดีกับผู้ค้ารายอื่นได้ ผู้ค้าสินค้านี้ยี่ห้อมาร์ลโบโร่ และแอล แอนด์ เอ็ม เป็นสินค้าพรีเมียมจึงถูกลิดรอนความสามารถในการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อสื่อสารถึงความเป็นสินค้าพรีเมียมแก่ผู้บริโภค ข้อกำหนดทำให้ประกาศฉบับดังกล่าวทำให้ซองบุหรี่ทุกยี่ห้อดูเหมือนกันทำให้ผู้บริโภคมองสินค้าที่ราคาขายเป็นหลัก ส่งผลให้ผู้บริโภคหันไปใช้สินค้าที่มีราคาถูกกว่า อีกทั้งมาตรการดังกล่าวนี้ยังขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศของไทยตามมาตรา 15 วรรค 4 ของความตกลง TRIPs ที่กำหนดว่าประเภทของสินค้าจะไม่ใช่อุปสรรคในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า แต่มาตรการดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนและการใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าบุหรี่ยี่ห้อ และขัดต่อมาตรา 20 ที่กำหนดว่าการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าปกติจะต้องไม่ถูกกีดกันในการใช้อย่างไม่เป็นธรรมโดยข้อบังคับใดๆ

ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าการประกาศกระทรวงมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหลายประการ เช่น ไม่มีการศึกษาถึงผลกระทบและความเสียหายที่เกิดขึ้นว่าข้อกำหนดใน

ประกาศที่กำหนดให้ขยายภาพคำเตือนเป็นร้อยละ 85 ซึ่งผู้ถูกฟ้องอ้างว่าได้กระทำไปตามกรอบอนุสัญญาขององค์การอนามัยโลกว่าด้วยการควบคุมยาสูบ 2546 (FCTC) เป็นภาระแก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควรหรือไม่ และข้อกำหนดดังกล่าวจะบรรลุผลอย่างแน่แท้หรือผลประโยชน์ต่อผู้บริโภคจะคุ้มกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกันหรือไม่ รวมทั้งผู้ฟ้องคดีอ้างว่ากระทรวงสาธารณสุขในฐานะผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้แจ้งแก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีมีส่วนร่วมในการออกประกาศดังกล่าว หรือรับฟังข้อเสนอแนะและคำคัดค้านจากผู้มีส่วนได้เสียแต่อย่างใด และผลกระทบต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ฟ้องคดี รวมถึงข้อกำหนดที่ให้บุหรี่ยิกาแรตที่บรรจุอยู่ในภาชนะบรรจุบุหรี่ยิกาแรต (Carton) ต้องแสดงฉลากรูปภาพ ข้อความเตือนถึงพิษภัยของบุหรี่ยิกาแรตและช่องทางการติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบ มีข้อจำกัดเกี่ยวกับกระบวนการผลิตอันเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ อีกทั้งหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องได้ออกประกาศกระทรวงดังกล่าวแล้ว และสำนักควบคุมการบริโภคยาสูบได้มีการชี้แจงแนวทางปฏิบัติตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าว แต่เกิดความขัดข้องในทางปฏิบัติในหลายประเด็น และต่อมากรมควบคุมโรคเห็นว่าผู้ประกอบการบางรายยังไม่สามารถดำเนินการตามแนวทางปฏิบัติได้ บางข้อ กรมควบคุมโรคจึงอาศัยอำนาจตามข้อกำหนดของประกาศดังกล่าวกำหนดแนวทางปฏิบัติตามประกาศดังกล่าวสำหรับผู้ประกอบการ ซึ่งได้ให้ขยายระยะเวลาการบังคับใช้เงื่อนไขการกำหนดให้ต้องแสดงฉลากรูปภาพฯ ออกไปอีก 180 วัน จากข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้เห็นว่าไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขในส่วนข้อ 3 และข้อ 6(3) ของประกาศนั้นได้ ศาลจึงเห็นว่าประกาศดังกล่าวน่าจะมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย หากให้มีผลบังคับใช้ต่อไปอาจเป็นการสร้างภาระให้กับผู้ฟ้องคดีทั้งสองเกินความจำเป็น เนื่องจากกระบวนการพิมพ์ฉลากรูปภาพและข้อความเตือนต้องดำเนินการเปลี่ยนแปลงแบบพิมพ์ใหม่ทั้งหมด และปัญหาในกระบวนการผลิตที่อาจทำให้เกิดความผิดพลาดในการพิมพ์ภาพคำเตือนลงบนซองบุหรี่ยิกาแรตตามจำนวนที่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในประกาศกระทรวง ซึ่งอาจทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกดำเนินคดีตามกฎหมายได้อันกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ฟ้องคดี และจะก่อให้เกิดความเสียหายที่ยากจะเยียวยาในภายหลัง แม้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศกระทรวงสาธารณสุขดังกล่าวไว้ก่อนก็ไม่กระทบกระเทือนต่อการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบของกระทรวงสาธารณสุขแต่อย่างใด ดังนั้นการที่ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศกระทรวงจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะแต่ประการใด

ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงรูปภาพ ข้อความเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องทางการติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบ ในฉลากของบุหรี่ยิกาแรต พ.ศ. 2556 ไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ต่อมากระทรวงสาธารณสุขได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับคำสั่งทุเลาการบังคับคดี ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น โดยให้ยกคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประการแรกประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลพิจารณาถึงเจตนารมณ์ในการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. 2535 เนื่องจากรัฐตระหนักถึงอันตรายจากผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ก่อให้เกิดโรคร้ายแรงแก่ผู้บริโภคและผู้ที่อยู่ใกล้เคียง รวมถึงทารกในครรภ์ แต่ในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยเฉพาะ ทำให้มีการโฆษณา และการส่งเสริมการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วยวิธีการต่างๆ อย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะการโฆษณาในหมู่เยาวชน จึงเป็นอุปสรรคต่อการป้องกันโรคร้ายอันเกิดจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ และการดูแลสุขภาพสุขภาพอนามัยของประชาชน ดังนั้นข้อกำหนดในประกาศที่พิพาทจึงไม่เกินขอบเขตของวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ และการคุ้มครองประชาชนและเยาวชน แม้ว่าไม่ได้มีการศึกษาถึงผลกระทบและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นว่าข้อกำหนดดังกล่าวจะเป็นภาระแก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควรหรือไม่ ข้อกำหนดดังกล่าวจะบรรลุผลอย่างแน่แท้หรือก่อให้เกิดต่อผู้บริโภคคู่กับความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกันหรือไม่ กระบวนการออกประกาศผู้ฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีมีส่วนร่วมหรือรับฟังข้อเสนอแนะและคำคัดค้านจากผู้มีส่วนได้เสีย และผลกระทบต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ฟ้องคดี ศาลเห็นว่าประเด็นต่างๆดังกล่าวเป็นเนื้อหาที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาต่อไป ไม่เป็นสาระสำคัญที่จะมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎในชั้นนี้ อีกทั้งข้อเท็จจริงไม่ชัดเจนถึงขนาดว่าไม่มีรายงานการวิจัยในเรื่องดังกล่าว อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีได้ยกข้อต่อสู้ว่ามีการศึกษาวิจัยและสำรวจความคิดเห็นเกี่ยวกับภาพคำเตือนบนซองบุหรี่และการบริโภคยาสูบแล้ว แม้ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะไม่ได้ยกขึ้นกล่าวในชั้นศาลปกครองชั้นต้นแต่ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่ผู้ถูกฟ้องคดียกขึ้นกล่าวในชั้นนี้ได้ นอกจากนี้แม้ว่าการขยายภาพคำเตือนบนซองบุหรี่จะมีผลต่อผู้บริโภคยาสูบอยู่ช่วงขณะบ้างก็ตาม แต่การขยายภาพคำเตือนดังกล่าวย่อมมีผลต่อผู้ที่บริโภคบุหรี่รายใหม่ที่จะสนใจและเริ่มต้นการบริโภคยาสูบในระดับหนึ่ง ข้อเท็จจริงที่ผู้ถูกฟ้องได้ยกขึ้นต่อสู้เป็นเนื้อหาสาระแห่งคดีที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป ดังนั้นประกาศของกระทรวงสาธารณสุขจึงไม่น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง ศาลพิจารณาว่าเมื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงแล้ว แม้จะมีการบังคับใช้ข้อกำหนดตามประกาศกระทรวงแล้ว ภายหลังศาลมีคำพิพากษาหรือให้เพิกถอนระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ผู้ฟ้องคดีสามารถที่จะจัดการระบบการผลิตให้กลับมาเป็นเช่นเดิมเหมือนที่เคยดำเนินการมา อีกทั้งไม่กระทบต่อเครื่องหมายการค้าหรือสิทธิประโยชน์ในภายหลัง จึงไม่เป็นภาระเกินสมควร เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ผลิตบุหรี่รายอื่นสามารถปฏิบัติตามประกาศของกระทรวง

สาธารณสุขดังกล่าวได้ ดังนั้นการปฏิบัติตามประกาศกระทรวงสาธารณสุขจึงไม่เป็นปัญหาในเชิงเทคนิคแก่การผลิต แม้ว่าภายหลังศาลจะพิพากษาหรือให้เพิกถอนระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ก็ยังสามารถแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับการบังคับตามผลของประกาศกระทรวงสาธารณสุขได้

ประการที่สาม การทุเลาการบังคับตามประกาศกระทรวงเป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาคดีเป็นอุปสรรคแก่การบริหารของรัฐหรือไม่ ศาลเห็นว่าเนื่องจากประกาศกระทรวงไม่น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถึงแม้ว่าประกาศกระทรวงจะมีผลบังคับใช้ต่อไป ก็หาเป็นการยากที่จะแก้ไขเยียวยาในภายหลังไม่ จึงไม่ครบเงื่อนไขที่ศาลปกครองจะมีอำนาจออกคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎได้ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นนี้

ศาลปกครองจึงมีคำสั่งกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น ให้ยกคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของผู้ฟ้องคดี

2.5.1.2 ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับรัฐบาลออสเตรเลีย

คดี JT International SA v. Commonwealth of Australia and British American Tobacco Australasia Limited & Ors v. the Commonwealth of Australia⁶²

บริษัท JT International S.A. (JTI) และบริษัท British American Tobacco Australasia Limited and Ors (BAT) เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้มีการจดทะเบียนในประเทศออสเตรเลียสำหรับใช้กับสินค้ายาสูบของตน เช่น บริษัท JTI เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนและเป็น ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive licensee) ของเครื่องหมายการค้าชื่อ “Camel” โดยจดทะเบียนในประเภทตัวอักษรประดิษฐ์ (fancy script) และประเภทตัวอักษรธรรมดา (plain script) ซึ่งบริษัท JTI ใช้เครื่องหมายการค้า “Camel” ในรูปแบบตัวอักษรประดิษฐ์ประกอบกับรูปภาพอูฐและฉากหลังเป็นทะเลทราย ต้นปาล์ม และปิรามิด และมีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปภาพเงาของอูฐด้วย เป็นต้น

บริษัท JTI และบริษัท BAT ฟ้องว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบ (Tobacco Plain Packaging Act 2011) ของออสเตรเลียก่อให้เกิดการเวนคืน (acquisition) ทรัพย์สิน ได้แก่ เครื่องหมายการค้า ลักษณะภายนอกของสินค้า (get-up) ส่วนประกอบของสินค้า (trade dress)

⁶² Matter No S409/2011 JT International SA v. Commonwealth of Australia

Matter No S389/2011 British American Tobacco Australasia Limited & Ors v. the Commonwealth of Australia

ค่าความนิยม (goodwill) ที่เกิดจากการใช้สิทธิในบรรจุกฎณ์ในออสเตรเลียของโจทก์ รวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ได้รับการรับรองตามมาตรา 51(xxxi) ของรัฐธรรมนูญ⁶³ โดยออสเตรเลียจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยเพื่อการเวนคืนนั้นตามมาตรา 51(xxxi) ตามรัฐธรรมนูญ

ผู้ประกอบการยาสูบได้ประโยชน์จากการใช้เครื่องหมายการค้าในการพัฒนาค่าความนิยมของธุรกิจ การได้ผลประโยชน์จากการให้ใช้สิทธิ และประโยชน์ของผู้บริโภคเพื่อให้สามารถจำเครื่องหมายการค้าได้ในฐานะเป็นสิ่งที่บ่งบอกแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการและหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้บริโภคหรือทำให้ผู้บริโภคสับสนเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้น นอกจากนี้ยังใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อแยกแยะสินค้าและบริการ โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ในการใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้นมาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์ยาสูบทำให้มูลค่าในการขายและมูลค่าของธุรกิจลดลง อีกทั้งส่งผลเสียต่อมูลค่าในทรัพย์สินทางปัญญา

ผู้ประกอบการยาสูบอ้างว่าประโยชน์ที่ออสเตรเลียได้รับจากผู้ประกอบการยาสูบเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 51(xxxi) มาตรการควบคุมบรรจุกฎณ์ยาสูบเวนคืนทรัพย์สินทางปัญญาและให้ประโยชน์ที่ระบุและวัดได้ ประโยชน์ในที่นี้ คือ การใช้ การควบคุมบรรจุกฎณ์ยาสูบ เช่น การใช้พื้นที่โฆษณาโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ควบคุมรูปลักษณะบรรจุกฎณ์ยาสูบแบบพลิก และการควบคุมการใช้สิทธิในการออกแบบบรรจุกฎณ์ ซึ่งในกรณีนี้ออสเตรเลียกำลังสิ่งที่ไม่ต้องการออกจากบรรจุกฎณ์และแทนที่ด้วยสิ่งทีออสเตรเลียต้องการใส่ไว้บนบรรจุกฎณ์แทน แม้การใช้และการควบคุมของออสเตรเลียจะแสดงออกในหลายลักษณะแต่อยู่บนพื้นฐานอย่างเดียวกันซึ่งแสดงให้เห็นว่าออสเตรเลียได้มาซึ่งการใช้ หรือการควบคุมเหนือบรรจุกฎณ์ของผู้ประกอบการยาสูบ ผู้ประกอบการยาสูบจึงอ้างว่าออสเตรเลียได้สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

การพิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบมีลักษณะเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบหรือตามมาตรา 51(xxxi) หรือไม่ โดยมีการพิจารณาดังต่อไปนี้

ประการแรกศาลพิจารณาว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินตามความหมายของคำว่าทรัพย์สินตามมาตรา 51(xxxi) หรือไม่

⁶³ Section 51 of the Constitution of Australia

“The Parliament shall, subject to this constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

(xxx) the acquisition of property on just terms from any state or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws.”

ศาลวินิจฉัยว่าการตีความคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 51(xxxi) ในปัจจุบันได้รับอิทธิพลการตีความคำว่า “ทรัพย์สิน” จากการใช้ในกฎหมายทั่วไป คำพิพากษาในคดีก่อนเน้นถึงความสำคัญในการตีความมาตรา 51(xxxi) โดยให้ตีความอย่างอิสระโดยให้เหมาะสมแก่สถานะที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ศาลเห็นว่าคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 51(xxxi) เป็นคำที่ครอบคลุมมากที่สุดที่สามารถใช้ได้ ศาลในคดีนี้จึงตัดสินว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามที่มีการรับรองโดยบัญญัติเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 51(xxxi)

ก่อนที่มาตรการของบุหรีแบบเรียบจะออกมาใช้บังคับ มีมาตรการอื่นๆที่ออกมาควบคุมความสามารถในการโฆษณาของผู้ประกอบการยาสูบ ซึ่งผู้ประกอบการยาสูบสามารถโฆษณาบนซองบุหรีและบนบุหรีที่ขายเท่านั้น ผู้ประกอบการในฐานะเจ้าของทรัพย์สินจึงยังคงมีสิทธิบางอย่างในทรัพย์สินก่อนที่มาตรการของบุหรีแบบเรียบจะออกมาบังคับใช้ ทั้งนี้ผู้ประกอบการยาสูบในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า และยินยอมให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้านั้นกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของเอกชน เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีความสัมพันธ์กับเครื่องหมายของตนในฐานะเจ้าของเด็ดขาด (absolute owner)

อีกทั้งเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิในทรัพย์สินบนพื้นผิวภายนอกของซองบุหรี และมีเสรีภาพในการพัฒนาสิทธิในเครื่องหมายการค้าและลักษณะภายนอกของซองบุหรีในบางพื้นที่ ในบริเวณที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ภาพคำเตือนเกี่ยวกับสุขภาพ สิทธินั้นสามารถโอนได้ และสิทธิในเครื่องหมายการค้าสามารถใช้บนซองบุหรีและใช้บนตัวบุหรีได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวผู้ประกอบการยาสูบจึงมีทรัพย์สินที่อยู่ในความหมายของทรัพย์สินตามมาตรา 51(xxxi)

นอกจากนี้ค่าความนิยมเป็นสิ่งที่สัมพันธ์กับธุรกิจของโจทก์โดยเกิดขึ้นจากการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินของธุรกิจเพราะเป็นสิทธิที่มีมูลค่าหรือมีเอกลักษณ์ที่จะใช้ทรัพย์สินอื่นๆของธุรกิจเพื่อก่อให้เกิดรายได้ และค่าความนิยมเป็นสิทธิหรือเอกลักษณ์ที่ไม่สามารถแยกออกจากการดำเนินธุรกิจได้ ศาลจึงเห็นว่า ค่าความนิยมเป็นทรัพย์สินด้วย

ประการที่สองศาลจึงจะพิจารณาว่าการออกมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบของออสเตรเลียมีลักษณะเป็นการเวนคืนตามมาตรา 51(xxxi) หรือไม่

โจทก์อ้างว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบกำหนดให้โจทก์สื่อสารข้อความเตือนเกี่ยวกับสุขภาพบนบรรจุภัณฑ์ของโจทก์ซึ่งมีการสื่อถึงออสเตรเลียในลักษณะที่เป็นผู้สนับสนุนด้วยคำว่า “the Crown” หรือ “the Commonwealth” ซึ่งหมายถึงรัฐบาล ดังนั้นการที่มาตรการของบุหรีแบบเรียบกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์โดยเฉพาะจึงเป็นมาตรการที่ทำให้ออสเตรเลียใช้

หรือควบคุมเหนือบรรจุกัญท์บุหรี อีกทั้งมาตรการควบคุมบรรจุกัญท์ยาสูบส่งผลให้ออสเตรเลียและบุคคลอื่นได้รับประโยชน์จากความเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของมาตรการของบุหรีแบบเรียบ เช่น การพัฒนาทางด้านสาธารณสุขโดยสนับสนุนให้คนเลิกบุหรี และไม่ต้องการให้กลับไปสูบบุหรี และการลดการสูดดมควันจากผลิตภัณฑ์บุหรี เพิ่มประสิทธิภาพของค่าเตือนเกี่ยวกับสุขภาพ และลดความสามารถของบรรจุกัญท์ที่จะทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดถึงอันตรายจากการใช้ผลิตภัณฑ์ยาสูบ อีกทั้งชี้ให้เห็นถึงประโยชน์ที่ออสเตรเลียคาดหวังจากการลดค่าใช้จ่ายในการรักษาสุขภาพของประชาชน แสดงให้เห็นว่ามาตรการควบคุมบรรจุกัญท์ยาสูบเวเนซุเอลาของทรัพย์สินของผู้ประกอบการ

ศาลอธิบายถึงที่มาของมาตรา 51(xxxi) ว่า “ที่มาของมาตรา 51(xxxi) มาจากกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 (the Fifth Amendment) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐซึ่งให้สิทธิแก่สหรัฐในการเวนคืนทรัพย์สิน (taking) โดยกำหนดให้จ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม” แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาเสียงข้างมากในคดีนี้เห็นว่าการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามมาตรา 51(xxxi) ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาต่างจากการเวนคืนแบบ “taking” ของการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 51(xxxi) และ The Fifth Amendment ของรัฐธรรมนูญสหรัฐมีความแตกต่างกันในหลายประเด็น เช่น The Fifth Amendment บัญญัติในเชิงนิเสธโดยเป็นการห้ามทำกระทำการเท่านั้น ในทางกลับกันมาตรา 51(xxxi) บัญญัติในเชิงบวกโดยบัญญัติถึงแหล่งที่มาของอำนาจและการห้ามกระทำการ โดยผู้พิพากษาเน้นว่าจะไม่นำการพิจารณาการเวนคืน “taking clause” ของ The Fifth Amendment มาปรับใช้กับมาตรา 51(xxxi) อีกทั้งการเวนคืนแบบ “taking” คือการเอาไปซึ่งทรัพย์สินโดยมองจากมุมมองของเจ้าของทรัพย์สิน แต่การเวนคืนแบบ “acquiring” คือการได้บางอย่างโดยมองจากมุมมองของผู้รับ โดยศาลอธิบายการเวนคืนแบบ “acquisition” โดยยกตัวอย่างการวินิจฉัยในคดีก่อนๆ⁶⁴ ซึ่งอาจสรุปได้ว่าการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามมาตรา 51(xxxi) ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียไม่ใช่การเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนแบบ “taking” แต่เป็นการเวนคืนทรัพย์สินแบบ “acquisition” เพื่อจุดประสงค์ของออสเตรเลีย โดยกฎหมายที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่แค่เพียงกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน หรือกฎหมายที่ทำให้สิทธิในทรัพย์สินนั้นระงับไปเท่านั้น แต่ออสเตรเลียหรือบุคคลอื่นจะต้องมีการได้มาซึ่งประโยชน์ในทรัพย์สินด้วยแม้ว่าจะเล็กน้อยหรือไม่สำคัญก็ตาม ประโยชน์นั้นต้องเป็นประโยชน์ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน กล่าวคือ การเวนคืนแบบ “acquisition” ตามมาตรา 51(xxxi) จะเกิดขึ้นเมื่อผลของกฎหมายหรือข้อกำหนดที่เป็นข้อห้ามได้ให้ประโยชน์ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินแก่ออสเตรเลียหรือ

⁶⁴ Minister of State for the Army v Dalziel, Tasmanian Dam and Mutual Pools & Staff Pty Ltd v the Commonwealth

บุคคลอื่น หรือทำให้สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อจุดประสงค์ของออสเตรเลีย ถ้าไม่มีองค์ประกอบเหล่านี้จะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน (acquisition of property) จากหลักการดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยว่ามีการเวนคืนทรัพย์สินตามมาตรา 51(xxxi) หรือไม่โดยให้เหตุผล ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิเชิงนิเสธ (negative right) กล่าวคือ สิทธิในการที่จะป้องกัน หรือห้ามบุคคลอื่นจากการใช้ทรัพย์สินทางปัญญานั้น ไม่ได้ให้สิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นสิทธิในเชิงบวก (positive right) ดังนั้นมาตรการของบุหรีแบบเรียบที่จำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าจึงไม่ได้เวนคืนสิทธิที่กฎหมายได้ให้ไว้ ดังนั้นมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบจึงไม่ได้เวนคืนทรัพย์สินของโจทก์

ประการที่สอง กฎหมายเครื่องหมายการค้าเหมือนกับกฎหมายอื่นๆที่ไม่ได้ให้เสรีภาพแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือผู้ได้รับสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าโดยปราศจากการจำกัดโดยกฎหมายอื่น อีกทั้งมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบไม่แตกต่างจากกฎหมายอื่นที่กำหนดผลลาค่าเตือนเกี่ยวกับการใช้ผลิตภัณฑ์หรือการใช้ในทางที่ผิด หรือบอกผู้อ่านว่าในกรณีที่ได้รับอันตรายจากการใช้ต้องโทรแจ้งหน่วยงานใด

ประการที่สาม โจทก์ยังสามารถใช้หรือควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบได้ และยังคงเป็นเจ้าของบรรจุภัณฑ์ดังกล่าว โจทก์ยังมีความสามารถในการเลือกว่าจะผลิตและใช้บรรจุภัณฑ์ยาสูบนั้นหรือไม่ และเป็นสิ่งเดียวที่โจทก์ใช้ในการขายผลิตภัณฑ์ของตน ดังนั้นแม้ว่ารูปลักษณ์ของผลิตภัณฑ์ยาสูบที่กำหนดโดยกฎหมาย แต่โจทก์ยังคงผลิตและใช้บรรจุภัณฑ์ได้

ประการที่สี่ ออสเตรเลียไม่ได้ประโยชน์ใดๆจากการออกมาตรการของบุหรีแบบเรียบ รัฐบาลมีข้อความที่ต้องให้โจทก์สื่อสารด้วยบรรจุภัณฑ์ของโจทก์ ข้อความใดๆที่ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์เป็นสิ่งที่เกิดจากผู้ประกอบการทำตามที่กำหนดในมาตรการของบุหรีแบบเรียบ และรัฐบาลไม่ได้ใช้บรรจุภัณฑ์ของโจทก์เป็นพื้นที่ในการโฆษณา ดังนั้นรัฐบาลไม่ได้รับสิทธิในการใช้บรรจุภัณฑ์ของโจทก์ในการแสดงข้อความของรัฐบาล นอกจากนี้ประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นแก่ออสเตรเลียที่ได้มาโดยมาตรการของบุหรีแบบเรียบ ไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของ (proprietary in nature) ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างออสเตรเลียและบรรจุภัณฑ์บุหรีไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

นอกจากนี้แม้ว่าการปฏิบัติตามมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบจะเพิ่มความโดดเด่นของโลโก้สายด่วนเล็กบุหรีบนบรรจุภัณฑ์บุหรี และการโฆษณาการใช้บริการสายด่วนเล็กบุหรี ศาลวินิจฉัยว่าประโยชน์ดังกล่าวนี้ไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน นอกจากนี้ค่านิยมที่เกิดจากโลโก้สายด่วนเล็กบุหรีเป็นเพียงการคาดเดา ประโยชน์ใดๆที่ผู้ควบคุมสายด่วนเล็กบุหรีได้รับไม่

เพียงพอที่จะเป็นทรัพย์สินที่เวนคืนจากโจทก์ เช่นเดียวกับการลดค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของประชาชนในการให้ประชาชนเลิกสูบบุหรี่ก็ไม่ใช่ประโยชน์ในการเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน

2.5.1.3 ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับรัฐบาลอังกฤษ

คดี British American Tobacco (UK) and other tobacco manufacturers v. Secretary of State for Health⁶⁵

อังกฤษออกกฎหมายบรรจุภัณฑ์แบบมาตรฐานของผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือ มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบ (The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2016 แต่ผู้ประกอบการยาสูบฟ้องต่อศาลว่ามาตรการซองบุหรี่แบบเรียบมีข้อขัดแย้งกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายของสหภาพยุโรป และกฎหมายภายในประเทศ โดยศาลวินิจฉัยในหลายประเด็น แต่วินิจฉัยในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

ประการแรก หลักความได้สัดส่วน โดยวินิจฉัยว่ามาตรการที่เหมาะสมที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการบรรลุผล โจทก์โต้แย้งถึงความเหมาะสมของมาตรการและอ้างหลักฐานเกี่ยวกับทางเศรษฐกิจและหลักฐานอื่นๆที่แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์หลังจากที่มีการบังคับใช้มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบในออสเตรเลีย หลักฐานแสดงให้เห็นว่ามาตรการซองบุหรี่แบบเรียบไม่ได้ผลและในความเป็นจริงมาตรการไม่ได้ทำให้การบริโภคยาสูบลดลงแต่ปริมาณการบริโภคกลับเพิ่มสูงขึ้น ไม่มีการอ้างหลักฐานในระหว่างกระบวนการพิจารณา ดังนั้นจึงไม่ได้มีการพิจารณาถึงหลักฐานต่างๆจนกระทั่งมีการประกาศใช้กฎหมายโดยรัฐสภา

โจทก์ยื่นหลักฐานใหม่ที่น่าสนใจ หลักฐานที่รัฐสภาพิจารณาเป็นหลักฐานเชิงคุณภาพและอาจถูกโต้แย้งได้ โดยหลักฐานอยู่บนพื้นฐานของการสำรวจ การศึกษากลุ่ม การศึกษาเชิงลึก และผลการทดสอบทางจิตวิทยา แต่หลังจากออสเตรเลียใช้มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบ มีหลักฐานเกี่ยวกับผลของมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบที่เกิดขึ้นจริงในตลาดของออสเตรเลียซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับตลาดในอังกฤษ หลักฐานที่เกิดขึ้นจริงนี้หักล้างหลักฐานต่างๆที่เกิดขึ้นจากการศึกษาและการสำรวจ โจทก์อ้างว่าหลักฐานใหม่ที่เกิดขึ้นในออสเตรเลียในปัจจุบันพิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการจะเป็นอันตรายและไม่ส่งผลแก่พัฒนาการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ดังนั้นมาตรการจึงไม่เหมาะสมและขัดต่อหลักความได้สัดส่วน โจทก์อ้างเหตุผลว่าบรรจุภัณฑ์แบบมาตรฐานจะ

⁶⁵ British American Tobacco and others v. Department of Health, [2016]EWHC 1169(Admin), 19 May 2016.

ทำลายความตั้งใจของยี่ห้อ บรรจุภัณฑ์และผลิตภัณฑ์บุหรีจะเป็นสินค้าตาลอมเหลือเหมือนกัน ตามรูปแบบที่กำหนด ความจงรักภักดีต่อยี่ห้อจะลดลง ผู้บริโภคจะซื้อผลิตภัณฑ์ที่ราคาถูกกว่า ผลที่ตามมา คือ ผู้บริโภคจะซื้อผลิตภัณฑ์บุหรีในราคาที่ถูกลง ถ้าราคาบุหรีลดลง อุปสงค์ในการบริโภคบุหรีหรือการบริโภคบุหรีมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น ไม่มีหลักฐานที่เหมาะสมที่แสดงให้เห็นว่ามาตรการมีผลลดอุปสงค์ในการบริโภคบุหรี เช่น ค่าเตือนเกี่ยวกับสุขภาพมีความเด่นชัดมากขึ้น หรือการลดลงของความตั้งใจของชงยาสูบและสินค้ายาสูบ ดังนั้นโจทก์จะไม่คัดค้านผลกระทบต่ออุปสงค์ของผู้บริโภคในการซื้อผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ราคาถูกกว่า

เลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขได้แย้งว่าในทางกลับกันมาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นการลดการบริโภคที่ไม่รุนแรงแต่มีประสิทธิภาพสูง เลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขอ้างถึงงานวิจัยที่มีคุณภาพจากทั่วโลกที่มีการวิเคราะห์มาเป็นระยะเวลามากกว่าสองศตวรรษ โดยมีการวิจัยจากหลากหลายแง่มุม โดยศึกษาถึงปฏิกิริยาของผู้บริโภคต่อการโฆษณา เทคนิคในการส่งเสริมยี่ห้อที่แตกต่างกัน ซึ่งเลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขเห็นว่างานวิจัยต่างๆเหล่านี้เป็นข้อพิสูจน์ที่มีประสิทธิภาพ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน มีความน่าเชื่อถือ และมีความสอดคล้องกับข้อมูลที่ออสเตรเลียได้มีการใช้มาตรการนี้แล้ว เลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขกล่าวว่าการวิเคราะห์เรื่องการลดลงของปริมาณของการบริโภคยาสูบ (quantitative regression analyses) ทำโดยผู้เชี่ยวชาญของกระทรวงสาธารณสุข และผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับคำแนะนำจากรัฐบาลออสเตรเลียที่มีประสบการณ์จากประเทศออสเตรเลีย ซึ่งผู้เชี่ยวชาญแสดงให้เห็นว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบที่ใช้ในออสเตรียมีประสิทธิภาพในปัจจุบัน

โจทก์ปฏิเสธหลักฐานของเลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขและอ้างเหตุผลสามประการ ได้แก่ ประการแรก หลักฐานของผู้เชี่ยวชาญเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันทั่วโลกถึงคุณภาพของหลักฐานและงานวิจัยที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของเหตุผลและมีข้อบกพร่อง และใช้วิธีการไม่น่าเชื่อถือ ประการที่สอง หลักฐานเกี่ยวกับเศรษฐกิจเกิดขึ้นจากทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ว่า การลดลงของราคา นำไปสู่การเพิ่มขึ้นของอุปสงค์มีความเป็นเหตุเป็นผล และสอดคล้องกับหลักการทั่วไปของระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี (market economics) ประการที่สาม การวิเคราะห์ล่าสุดเกี่ยวกับการลดลงของปริมาณการสูบบุหรีทำขึ้นเนื่องจากในความเป็นจริงการคาดการณ์ของโจทก์ว่าราคาของสินค้าลดลงจะส่งผลให้อุปสงค์ในการบริโภคบุหรีเพิ่มขึ้นเห็นได้จากสถานการณ์ในออสเตรเลีย

ผู้พิพากษาในคดีนี้ตรวจสอบหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญ ผู้พิพากษาไม่ได้อ้างถึงหลักฐานเหล่านั้นทั้งหมด ผู้พิพากษาเห็นว่าเลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขอ้างถึงหลักฐานสนับสนุนความเหมาะสมของมาตรการของบุหรีแบบเรียบ ผู้พิพากษายอมรับที่จะต้องปฏิบัติตามวิธีปฏิบัติที่เป็นเลิศ (best practice) ในการตรวจสอบหลักฐานเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณที่ได้รับการยอมรับทั่ว

โลกโดยจะต้องพิจารณาจากหลักฐานโดยรวม การวิเคราะห์การถดถอยทางเศรษฐกิจ (econometric regression analyses) ซึ่งจัดทำโดยผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการแนะนำโดยเลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขสอดคล้องกับหลักฐานเชิงคุณภาพและสอดคล้องกับผลการตรวจสอบหลังจากที่ออสเตรเลียใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในปี ค.ศ. 2016 ซึ่งประกอบด้วยการวิเคราะห์เชิงปริมาณล่าสุด ผู้พิพากษาปฏิเสธข้ออ้างเกี่ยวกับหลักฐานของผู้ประกอบการยาสูบ ผู้พิพากษาเห็นด้วยกับการประเมินผลที่ทำโดยเลขาธิการกระทรวงสาธารณสุข โดยเห็นว่าสิ่งสำคัญในการพิจารณาความได้สัดส่วน คือ เลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขได้ทำการพิสูจน์หลักฐานของตน คุณภาพของกระบวนการพิสูจน์หลักฐานเป็นเพียงข้อสนับสนุนเบื้องต้นในการตัดสินเท่านั้น

ผู้พิพากษาปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ที่อ้างว่ามีวิธีการอื่นที่แทรกแซงน้อยกว่าแต่มีผลในการแก้ไขปัญหาด้านสาธารณสุขของรัฐบาลเท่าเทียมกับมาตรการของบุหรี่แบบเรียบอันได้แก่ การเพิ่มภาษี ดังนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น อีกทั้งผู้พิพากษาปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ที่ใช้การวัดความสมดุล (fair balance test) ของหลักความได้สัดส่วนและการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนซึ่งปรากฏว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้สัดส่วน ในประเด็นนี้ไม่มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับยาสูบซึ่งเป็นสินค้าที่ขายในตลาดอย่างถูกกฎหมาย ผู้ประกอบการยาสูบมีสิทธิในทรัพย์สินอันถือเป็นประโยชน์ของเอกชนโดยเฉพาะเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นประโยชน์ที่เหนือกว่าประโยชน์สาธารณะ เลขาธิการกระทรวงสาธารณสุขอ้างว่าผู้ประกอบการยาสูบมีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์สูงสุดเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยการโฆษณาสินค้าว่าสินค้ายาสูบทำให้อายุสั้นและเป็นสาเหตุของโรคระบาด และทำให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่รัฐ ถ้าพิจารณาเฉพาะการเปรียบเทียบความสูญเสียเป็นตัวเงินผู้ประกอบการยาสูบอ้างว่ามาตรการจะทำให้รัฐประหยัดค่าใช้จ่ายสาธารณะ น้ำหนักจะอยู่กับค่าใช้จ่ายของรัฐ อย่างไรก็ตามไม่ควรพิจารณาเฉพาะเรื่องค่าใช้จ่ายอย่างเดียวเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงศีลธรรมที่ซ่อนอยู่ในมาตรการด้วย ได้แก่ การป้องกันเยาวชนไม่ให้ติดบุหรี่ไปตลอดชีวิต ป้องกันการเสียชีวิตก่อนวัยอันควรของเยาวชนและผู้ใหญ่ และป้องกันโรคและความทรมานที่จะเกิดขึ้นจากโรคแก่เยาวชนและผู้ใหญ่ ดังนั้นผู้พิพากษาจึงปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ที่อ้างว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้สัดส่วน

ประการที่สอง การละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน โจทก์อ้างว่าโจทก์มีสิทธิในทรัพย์สิน ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และค่าความนิยม ซึ่งถูกเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยมาตรการของบุหรี่แบบเรียบโดยปราศจากค่าชดเชย โจทก์ยอมรับว่าการค้าของโจทก์และทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆที่เกี่ยวข้องเพียงพอที่จะเป็น “ความเป็นเจ้าของ” หรือ “ทรัพย์สิน” ที่ได้รับการคุ้มครอง ผู้พิพากษายอมรับว่าค่าความนิยมบางประเภทเป็นประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ที่อ้างว่าสิทธิในทรัพย์สินถูกเวนคืน สิทธิที่พิพาท

ยังคงเป็นของผู้ประกอบการยาสูบ มาตรการของบุหรี่แบบเรียบจำกัดการใช้สิทธิเหล่านั้นแต่สิทธิเหล่านั้นไม่ได้ถูกเวนคืน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญายังคงยังคงเป็นของผู้ประกอบการยาสูบเพราะผู้ประกอบการยาสูบยังสามารถใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นถ้อยคำ (word marks) บนบรรจุภัณฑ์ยาสูบและเครื่องหมายนั้นยังคงทำหน้าที่ในการระบุแหล่งที่มาได้ ผู้พิพากษาเห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่เป็นรูปร่าง (figurative marks) ไม่สามารถใช้ได้ในลักษณะนี้แต่เครื่องหมายการค้าที่เป็นรูปร่างยังคงมีการใช้บางส่วนซึ่งมาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้จำกัด นอกจากนี้การจำกัดกำหนดขึ้นเนื่องด้วยเหตุผลเรื่องประโยชน์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน โจทก์ไม่คัดค้านการตัดสินนี้เนื่องจากโจทก์ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและมาตรการกำหนดขึ้นบนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นเหตุผลทั้งสองประการนี้จึงเพียงพอที่ปฏิเสธข้ออ้างว่าสิทธิถูกเวนคืน ถ้าในกรณีที่สิทธิในทรัพย์สินของผู้ประกอบการถูกเวนคืน ผู้พิพากษาต้องพิจารณาว่าจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยหรือไม่ กฎหมายกำหนดว่ากรณีที่มีการเวนคืน หากมีกรณีที่ได้รับการยกเว้นรัฐไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยเต็มจำนวน ในกรณีการบริโภคนยาสูบถูกจัดว่าเป็นอันตรายต่อสุขภาพแต่การบริโภคนยาสูบชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่เคยมีคดีที่มีการวินิจฉัยว่ากฎหมายกำหนดค่าใช้จ่ายแก่การเพิกถอนสิทธิในทรัพย์สินสำหรับกรณีที่ส่งเสริมการป้องกันโรคระบาด นอกจากนี้โรคระบาดทำให้เกิดผลเสียต่อสาธารณสุขในวงกว้างและค่าใช้จ่ายอื่นๆของรัฐด้วย ซึ่งรัฐถูกคาดหวังว่าจะจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ทรงสิทธิสำหรับการระงับการป้องกันโรคระบาด

ผู้พิพากษาเห็นว่ากรณีนี้ไม่ใช่การเวนคืนแต่เป็นการจำกัดการใช้ การวิเคราะห์ว่ารัฐต้องจ่ายค่าชดเชยหรือไม่ ผู้พิพากษาใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาหลักความได้สัดส่วน ซึ่งในกรณีนี้ไม่ต้องมีการจ่ายค่าชดเชย เนื่องจากเป็นความยุติธรรมที่จะไม่จ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ประกอบการยาสูบเพื่อให้ผู้ประกอบการยาสูบระงับการใช้สิทธิในทรัพย์สินของตนเพื่อป้องกันโรคระบาด ผู้ประกอบการยาสูบไม่มีสิทธิที่จะคาดหวังให้รัฐจ่ายค่าชดเชยใดๆสำหรับการจำกัดการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่พิพาท

ประการที่สาม ความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ การออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบของรัฐสภาอังกฤษอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสาธารณสุข และกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ความตกลง TRIPS และภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งให้ดุลยพินิจกว้างๆในการที่จะใช้การป้องกันล่วงหน้าและมาตรการที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์จากสิ่งที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ แต่มีข้อโต้แย้งว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำการเกินขอบอำนาจ (ultra vires) มาตรการนั้นล่วงล้ำสิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือทำให้สิทธิเหล่านั้นเสียหาย ผู้ประกอบการยาสูบจึงโต้แย้งว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่สามารถถูกกีดกันจากการใช้เครื่องหมาย

การค้าของตนโดยสิ้นเชิงแม้ว่าการกีดกันนั้นจะช่วยในเรื่องโรคระบาด ผู้พิพากษาให้ความเห็นว่าไม่มี ส่วนไหนของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายของสหภาพยุโรป หรือกฎหมายภายในรัฐที่เกี่ยวข้อง ทรัพย์สินทางปัญญาที่บัญญัติว่าหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายของเครื่องหมายการค้าหมายถึงสิทธิใน การใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน และประเทศภาคีมีอำนาจที่จะ ยอมรับการออกกฎหมายด้านสาธารณสุขแม้ว่ากฎหมายนั้นจะละเมิดสิทธิของผู้ประกอบการสินค้าที่ เป็นสาเหตุของปัญหาสุขภาพ ผู้พิพากษาจึงปฏิเสธข้อโต้แย้งในประเด็นนี้ของผู้ประกอบการยาสูบ

นอกจากนี้ผู้พิพากษาได้วินิจฉัยในประเด็นอื่นๆด้วย และพิพากษายกคำฟ้องของ โจทก์

2.5.2 ข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการควบคุมของบุหรี่ยุโรป

2.5.2.1 ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับอุรุกวัย

บริษัท Abal Hermanos S.A. (Abal) จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของอุรุกวัย โดยมี บริษัท FTR Holding S.A. (FTR) ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์เข้ามาถือหุ้น ทั้งหมด บริษัท Abal ผลิตและจำหน่ายบุหรี่ยุโรปภายใต้เครื่องหมายการค้าชื่อ “Marlboro” “L&M” “Phillip Morris” “Casino” และ “Premier” ซึ่งเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นได้รับอนุญาต ให้ใช้สิทธิมาจาก Phillip Morris Products S.A. (PMP) และ Phillip Morris Brands Sàrl (PMB) ภายหลังบริษัท PMB เข้ามาถือหุ้นแทนบริษัท FTR ในบริษัท Abal

บริษัท PMP และบริษัท Abal ร่วมกันยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการ ICSID⁶⁶ โดย กล่าวหาว่ามาตรการควบคุมของบุหรี่ยุโรปของอุรุกวัยขัดต่อความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสวิสเซอร์แลนด์และอุรุกวัย (Switzerland – Uruguay BIT) เนื่องจากเหตุผล ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง มาตรา 1 ของ Ordinance 514 กำหนดให้แสดงรูปภาพที่แสดงถึง ผลเสียต่อสุขภาพจากการสูบบุหรี่ ผู้ร้องอ้างว่ารูปภาพเหล่านั้นไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อเตือนผู้บริโภค เกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากยาสูบ แต่รูปภาพที่น่ากลัวเหล่านั้นถูกออกแบบมาเพื่อกระตุ้นความรู้สึก สะอิดสะเอียนและน่าขยะแขยง ดังนั้นรูปภาพเตือนเกี่ยวกับสุขภาพนี้ทำลายค่าความนิยมของ

⁶⁶ ICSID หรือ International Centre for Settlement of Investment Disputes องค์กรหนึ่งของธนาคารโลก ตั้งขึ้น ตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes)

เครื่องหมายการค้าของบริษัท Abal และบริษัท PMP และไม่ได้เป็นมาตรการที่ส่งเสริมนโยบายคุ้มครองสุขภาพที่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

ประการที่สอง มาตรา 3 ของ Ordinance 514 กำหนดให้บุหรี่ยี่ห้อหนึ่งยี่ห้อเดียวมีการนำเสนอรูปแบบเดียว (Single Presentation) และบุหรี่ยี่ห้อหนึ่งยี่ห้อห้ามใช้บรรจุภัณฑ์หรือการนำเสนอหลายรูปแบบ บุหรี่ยี่ห้อที่ขายโดยบริษัท Abal มีบรรจุภัณฑ์ที่มีการนำเสนอด้วยลักษณะที่แตกต่างกัน เช่น “Marlboro Red” “Marlboro Gold” “Marlboro Blue” และ “Marlboro Green” ผู้ร้องจึงอ้างว่ามาตรการดังกล่าวบังคับให้บริษัท Abal ลดความหลากหลายของบุหรี่ยี่ห้อ แต่ความหลากหลายของสินค้าของแต่ละยี่ห้อเป็นส่วนสำคัญของการขายทั้งหมด

ประการที่สาม นอกจาก Ordinance 514 เป็นสาเหตุที่ทำให้การขายของบริษัท Abal ลดลงเพราะบริษัท Abal ถูกบังคับไม่ให้ขายบุหรี่ยี่ห้อในรูปแบบที่หลากหลาย เป็นสาเหตุให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของบริษัท Abal และบริษัท PMP ถูกลิดรอนไป และทำให้มูลค่าของบริษัท Abal ลดลงอย่างมาก และผู้ร้องยังคงได้รับความเสียหายต่อไป

ประการที่สี่ Decree 287/009 กำหนดให้เพิ่มขนาดค่าเตือนเกี่ยวกับสุขภาพบนบรรจุภัณฑ์บุหรี่ยี่ห้อจากร้อยละ 50 เป็นร้อยละ 80 ของด้านหน้าและด้านหลังของบรรจุภัณฑ์ ผู้ร้องอ้างว่ามาตรการภาพคำเตือนดังกล่าวเป็นการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองโดยชอบด้วยกฎหมายโดยมิชอบ และเป็นกีดกันไม่ให้บริษัท Abal แสดงเครื่องหมายการค้าในรูปแบบที่เหมาะสม

ดังนั้นผู้ร้องจึงอ้างว่ามาตรการต่างๆของอุรุกวัยขัดต่อพันธกรณีของอุรุกวัยตามข้อ 3(1) ข้อ 3(2) ข้อ 5 และข้อ 11 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนผู้ร้องมีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามที่ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกำหนดไว้

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าข้อ 2 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน⁶⁷ กำหนดอยู่ภายใต้หัวข้อ “การส่งเสริม และการยอมรับ” (Promotion and Admission) ซึ่ง

⁶⁷ Article 2 Promotion, admission of agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

“(1) Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its law. The Contracting Parties recognize each other's right not to allow economic activities for reasons of public security and order, public health or morality, as well as activities which by law are reserved to their own investors.

(2) When a Contracting Party shall have admitted, according to its law, an investment on its territory, it shall grant the necessary permits in connection with such an investment and with the carrying out of licensing

กำหนดเกี่ยวกับการส่งเสริมและการยอมรับการลงทุนซึ่งมีแนวคิดที่แตกต่างกัน สอดคล้องกับ อารัมภบทของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่กำหนดว่า “การส่งเสริมการลงทุน” หมายถึง หน้าที่ของภาคีสัญญาในการทำให้เกิดการเคลื่อนไหวของการลงทุนจากรัฐหนึ่งไปสู่ อีกรัฐหนึ่ง อารัมภบทเน้นว่าภาคีสัญญาเจตนาที่จะก่อให้เกิดสภาพที่เกื้อหนุนแก่การลงทุนในทั้งสอง รัฐ ในขณะที่เดียวกันต้องรับรองที่จะคุ้มครองการลงทุนโดยคนชาติหรือบริษัทของรัฐทั้งสองโดยมี จุดประสงค์ที่จะสนับสนุนความสำเร็จทางเศรษฐกิจของทั้งสองรัฐ ดังนั้นการส่งเสริมเป็นหน้าที่ที่ภาคี สัญญายอมรับเพื่อสนับสนุนการลงทุนโดยการทำให้เกิดสภาพที่เกื้อหนุนเพื่อก่อให้เกิดการ เคลื่อนไหวของการลงทุนในแต่ละรัฐ และเมื่อมีการลงทุนเกิดขึ้นภาคีสัญญาจะต้องรับรองการ คุ้มครองและให้การอนุญาตที่จำเป็น และให้อำนาจแก่นักลงทุนที่จะต้องการดำเนินการให้ประสบ ความสำเร็จ

ส่วนความหมายโดยทั่วไปของ “การยอมรับ” เป็นการกระทำที่แต่ละรัฐรับรองว่า การลงทุนของนักลงทุนที่เสนอมานั้นมีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศ และอนุญาตให้ทำ การลงทุนภายในดินแดนของตน อันเป็นการยอมรับว่าการลงทุนได้รับการคุ้มครองเพื่อจุดประสงค์ ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ส่วนข้อ 2(2) เกี่ยวกับขั้นตอนหลังจากเข้ามา ลงทุน (post-admission stage) เนื่องจากส่วนแรกของบทบัญญัติกำหนดว่า “เมื่อภาคีสัญญาต้อง ยอมรับการลงทุนในดินแดนของตนตามกฎหมาย...”

ข้อ 2(1) กำหนดว่ารัฐผู้รับการลงทุนจะปฏิเสธการยอมรับการลงทุนได้หากมี เหตุผลเกี่ยวกับ การคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ดังนั้นจึงเป็นขั้นตอนก่อนการเข้ามาลงทุน (pre-establishment stage) ซึ่งหน้าที่ในการยอมรับการลงทุนจำกัดอยู่แค่ขั้นตอนก่อนเข้ามาลงทุนเป็น สิทธิที่จะกำหนดว่าจะอนุญาตให้เข้ามาลงทุนหรือไม่

ศาลพิจารณาว่าข้อ 2 มีเจตนาที่จะยกเว้นมาตรการในการคุ้มครองสุขภาพของ ประชาชนออกจากขอบเขตของการคุ้มครองนักลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุน อูรุกวัยสามารถยกเว้นการยอมรับการลงทุนภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครอง การลงทุนด้วยเหตุผลในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนได้โดย 2 วิธี ได้แก่ วิธีแรก กำหนด ข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายภายในเนื่องจากการลงทุนจะไม่ได้รับการยอมรับหากไม่สอดคล้องกับ กฎหมายภายในตามข้อ 2(1) หรือวิธีที่สอง อูรุกวัยแจ้งต่ออนุญาโตตุลาการ (Centre)

agreements and contracts for technical, commercial or administrative assistance. Each Contracting Party shall, whenever needed, endeavour to issue the necessary authorizations concerning the activities of consultants and other qualified persons of foreign nationality.

อนุญาโตตุลาการจะไม่พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนตามที่ได้มีการยื่นคำร้อง โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 25(4) ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น ค.ศ. 1965 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States 1965) แต่ข้อยกเว้นทั้งสองวิธีนี้ไม่ใช้กับการลงทุนที่ได้รับการยอมรับแล้วตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

อนุญาโตตุลาการพบว่าอุรุกวัยไม่ได้ทำตามวิธีการทั้งสองเพื่อยกเว้นการลงทุนในกิจการยาสูบจากขอบเขตของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน แต่ในทางกลับกัน อุรุกวัยกลับสนับสนุนการลงทุนของผู้ร้องในปี ค.ศ. 2002 โดยผู้ลงทุนได้รับยกเว้นจากภาษีทั้งหมดที่ในการนำเข้าเครื่องมือผลิตบุหรี่บางประเภทและให้ขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับวัตถุดิบที่ใช้ในโครงการของบริษัท Abal ในฐานะผู้แทนของผู้ร้อง โครงการของบริษัท Abal HNOS S.A. ได้รับการส่งเสริมในด้านการผลิต การตลาด และการจำหน่ายบุหรี่และยาสูบ และยังคงให้การส่งเสริมอยู่จนกระทั่งปี ค.ศ. 2002 แทนที่อุรุกวัยพยายามที่จะต่อสู้กับการบริโภคยาสูบของประชาชน กลับส่งเสริมกิจการยาสูบของผู้ร้องโดยการส่งเสริมการลงทุนที่เกี่ยวข้อง

อนุญาโตตุลาการจึงสรุปว่าไม่เกิดข้อยกเว้นแก่พันธกรณีภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่มีต่อการลงทุนที่ได้รับ “การยอมรับ” แล้วตามกฎหมายอุรุกวัย อนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับผู้ร้องว่าข้อ 2(1) ไม่ได้ห้ามมิให้อุรุกวัยใช้อำนาจอธิปไตยออกกฎหมายควบคุมสินค้าอันตรายเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนหลังจากที่การลงทุนได้รับ “การยอมรับ” แล้ว แต่ข้อ 2(1) เกี่ยวข้องกับเฉพาะ “การยอมรับ” เท่านั้น ในประเด็นนี้อนุญาโตตุลาการจึงปฏิเสธคำคัดค้านของอุรุกวัย

2.5.2.2 ข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับออสเตรเลีย

คดี Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia

บริษัท Philip Morris Asia จำกัด (PMA) จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในฮ่องกง และเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท Philip Morris (Australia) จำกัด (PM Australia) ซึ่งบริษัท PM Australia ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท Philip Morris จำกัด (PML) ดังนั้นบริษัท PMA จึงเป็นเจ้าของหุ้นที่บริษัท PM Australia ถืออยู่ในบริษัท PML

บริษัท PML ดำเนินการผลิต นำเข้า ทำการตลาด และจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาสูบในออสเตรเลียและประเทศอื่นๆโดยเฉพาะบุหรี่ บริษัท PML เป็นเจ้าของและผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ การออกแบบ know-how

ความลับทางการค้า และลักษณะภายนอกของสินค้าที่ใช้บนผลิตภัณฑ์และบรรจุภัณฑ์ยาสูบ บริษัท PMA บริษัท PM Australia และบริษัท PML (Philip Morris) จึงมีค่าความนิยมจากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นบนผลิตภัณฑ์และบรรจุภัณฑ์ยาสูบ

แต่อย่างไรก็ตามบริษัท PMA อ้างว่าการออกมาตรการของบุหรีแบบเรียบของออสเตรเลียเป็นการทำลายมูลค่าการลงทุนของบริษัท PMA ในออสเตรเลียอันเป็นการขัดแย้งต่อการคุ้มครองนักลงทุนตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงกับออสเตรเลีย และเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของออสเตรเลียตามความตกลงอื่นด้วย บริษัท PMA จึงแจ้งแก่ออสเตรเลียขอให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ และอ้างว่าการกระทำของออสเตรเลียขัดต่อความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงและออสเตรเลีย ค.ศ. 1993 (Agreement between the Government of Hong-Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments: Hong Kong – Australia BIT) ต่อมาอนุญาโตตุลาการถูกตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 เพื่อพิจารณาข้อพิพาทนี้ ซึ่งคดีดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁶⁸

บริษัท PMA อ้างว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหัวใจสำคัญต่อธุรกิจของบริษัท Philip Morris ทั้งหมดเพราะช่วยส่งเสริมผลิตภัณฑ์ของบริษัท Phillip Morris ยี่ห้อผลิตภัณฑ์ยาสูบของบริษัท PML เช่น “Malboro” “Longbeach” และ “Peter Jackson” ซึ่งเป็นยี่ห้อที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จัก (Iconic Status) ในหมู่ผู้บริโภคอันนำมาซึ่งประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เช่น การบ่งชี้ถึงแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์ ทำให้แยกแยะความแตกต่างของผลิตภัณฑ์ของบริษัท Phillip Morris กับผลิตภัณฑ์อื่นของบริษัท Phillip Morris เองหรือผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบการอื่นๆ นอกจากนี้ยังช่วยแยกแยะผลิตภัณฑ์ของ บริษัท Phillip Morris จากผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผิดกฎหมายด้วย

มาตรการของบุหรีแบบเรียบของออสเตรเลียทำลายธุรกิจที่มีชื่อเสียง (branded business) โดยการเวนคืนทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมูลค่า มาตรการของบุหรีแบบเรียบห้ามการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาบนผลิตภัณฑ์และบรรจุภัณฑ์ยาสูบ บริษัท PML ถูกลดระดับจากการเป็นผู้ผลิตของผลิตภัณฑ์ที่มีชื่อเสียงมาเป็นผู้ผลิตโภคภัณฑ์ที่ไม่มีความแตกต่าง เนื่องด้วยเหตุผลดังกล่าวบริษัท PMA จึงอ้างว่าออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่ตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงและออสเตรเลียและหน้าที่ตามความตกลง TRIPs และความตกลง TBT ซึ่งข้ออ้างของบริษัท PMA มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ข้ออ้างเกี่ยวกับความตกลงขององค์การการค้าโลก

⁶⁸ Philip Morris Asia Limited, “Philip Morris Asia Limited Notice of Arbitration,” 21 November 2011.

ประการแรก มาตรการของบุหรีแบบเรียงขัดต่อข้อ 20 ของความตกลง TRIPs เนื่องจากมาตรการของบุหรีแบบเรียงทำให้ไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าในการที่จะแยกแยะผลิตภัณฑ์ของ Phillip Morris ออกจากผลิตภัณฑ์ของผู้ผลิตอื่น ๆ ได้ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของเครื่องหมายการค้า และไม่มีข้อยกเว้นเรื่องการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วย

ประการที่สอง มาตรการของบุหรีแบบเรียงขัดต่อข้อ 2(2) ของความตกลง TBT ที่ห้ามรัฐออกข้อบังคับทางเทคนิคที่ก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศซึ่งจำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน มาตรการของบุหรีแบบเรียงเป็นข้อบังคับทางเทคนิคที่ไม่จำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพบรรลุผล เพราะไม่มีหลักฐานที่เชื่อถือได้ที่แสดงว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียงจะลดการแพร่กระจายของการสูบบุหรี และมีหลักฐานที่แสดงว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียงนี้อาจมีผลกระทบในทางลบด้วย มาตรการของบุหรีแบบเรียงไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นเนื่องจากมีมาตรการอื่น ๆ ที่มีอยู่ในออสเตรเลียที่จำกัดทางการค้าน้อยกว่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางด้านสาธารณสุขได้

ประการที่สาม มาตรการของบุหรีแบบเรียงขัดต่อข้อ 10 bis ของอนุสัญญาปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ที่กำหนดให้ออสเตรเลียกระทำการป้องกัน “การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม” แต่มาตรการของบุหรีแบบเรียงทำให้ผู้บริโภคสับสนในการที่จะแยกยี่ห้อของสินค้าที่แตกต่างกัน ซึ่งการทำให้เกิดความสับสนจะก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นการฝ่าฝืนอนุสัญญาปารีสอย่างร้ายแรง

ประการที่สี่ มาตรการของบุหรีแบบเรียงขัดต่อข้อ 7 ของอนุสัญญาปารีสฯ และข้อ 15 วรรค 4 ของความตกลง TRIPs เนื่องจากมาตรการของบุหรีแบบเรียงบ่งบอกว่าธรรมชาติของผลิตภัณฑ์เป็นอุปสรรคต่อการใช้เครื่องหมายการค้า การใช้เครื่องหมายการค้าสัมพันธ์กับการจดทะเบียน การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่มีประโยชน์ถ้าไม่มีสิทธิในการใช้ เช่นเดียวกับข้อ 6 quinquies (บี)

(2) ข้ออ้างตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงและออสเตรเลีย

อารัมภบทของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงและออสเตรียมีจุดประสงค์ที่ต้องการให้ภาคีสัญญาทำให้เกิดสภาพที่เหมาะสมแก่การลงทุนของนักลงทุนของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ส่งเสริมและให้ความร่วมมือที่เข้มแข็งทางเศรษฐกิจ ยอมรับหลักความเสมอภาค ผลประโยชน์ การไม่เลือกปฏิบัติ และความมั่นใจร่วมกัน ซึ่ง

การออกมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบ (Tobacco Plain Packaging Act) ขัดกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่ตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงและออสเตรเลียในประเด็นดังต่อไปนี้

ประการแรก การเวนคืน (Expropriation) ความตกลงบัญญัติเรื่องการคุ้มครองการเวนคืนของรัฐไว้ในข้อ 6 ว่า “นักลงทุนของรัฐคู่สัญญาจะต้องไม่ถูกควบคุมการลงทุนด้วยมาตรการที่มีผลเท่ากับการเวนคืนในดินแดนของรัฐคู่สัญญาอื่น เว้นแต่การกระทำดังกล่าวเป็นไปตามกระบวนการของกฎหมาย (due process of law) เพื่อประโยชน์สาธารณะ (public purpose) ที่เกิดจากความต้องการของคู่สัญญา ไม่เลือกปฏิบัติและจ่ายค่าชดเชยเพื่อการนั้น” บริษัท PM Asia อ้างว่ามาตรการซองบุหรี่แบบเรียบเป็นมาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืนซึ่งเวนคืนการลงทุนของบริษัท PM Asia ในออสเตรเลีย 2 อย่าง ได้แก่

(1) มูลค่าของหุ้นของบริษัท PM Asia ในบริษัท PM Australia เพราะมูลค่าของหุ้นขึ้นอยู่กับความสามารถในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาบนผลิตภัณฑ์หรือบรรจุภัณฑ์ยาสูบ ออสเตรเลียทำลายเหตุผลทางเศรษฐกิจ (economic rationale) ของการลงทุน และจะส่งผลกระทบต่อทำลายบริษัท PML ในฐานะกิจการของบริษัท PM Asia

(2) ทรัพย์สินทางปัญญาและค่าความนิยมที่เกิดจากการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าทำให้ความสามารถของบริษัท PML ในการระบุแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์ยาสูบเสียไป รวมถึงความสามารถในการแยกแยะผลิตภัณฑ์จากผลิตภัณฑ์ของบริษัท Phillip Morris ด้วยกันเองหรือผลิตภัณฑ์ของคู่แข่งอื่น และผลิตภัณฑ์ที่ผิดกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดความสูญเสียประโยชน์ของทรัพย์สินทางปัญญาในเชิงพาณิชย์

นอกจากนี้ออสเตรเลียไม่ได้จ่ายค่าชดเชยแก่บริษัท PM Asia และไม่มีข้อพิสูจน์ว่า Tobacco Plain Packaging Act มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะตามความต้องการภายในของประเทศออสเตรเลีย เพราะฉะนั้นมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบจึงเป็นการเวนคืนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และถึงแม้ว่าในความเป็นจริงการออกมาตรการซองบุหรี่แบบเรียบเป็นการเวนคืนที่ชอบด้วยกฎหมาย ออสเตรเลียต้องจ่ายค่าชดเชยแก่บริษัท PM Asia ด้วย

ประการที่สอง การปฏิบัติที่เป็นธรรมและอย่างเที่ยงธรรมตาม (Fair and Equitable Treatment) ออสเตรเลียมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันตามข้อ 2(2) ของความตกลงซึ่งจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบความสมดุลของความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายและสมเหตุสมผลของนักลงทุนกับประโยชน์ที่ได้รับจากกฎหมายที่ชอบด้วย

กฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน มาตรการของบุหรี่แบบเรียบทำลายประโยชน์และความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งส่งผลเสียต่อมูลค่าและกำไรจากการลงทุนมากกว่าที่จะส่งเสริมการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนที่เป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายและมาตรการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศด้วย คือ เปรียบเทียบระหว่างการที่มาตรการของบุหรี่แบบเรียบทำลายทรัพย์สินทางปัญญาและค่าความนิยมของบริษัท PM Asia อีกทั้งลดฐานะของบริษัท PM Asia ให้เป็นผู้ผลิตสินค้าที่ไม่มีความแตกต่างจากสินค้าอื่นๆ และทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจของธุรกิจ กับการที่ออสเตรเลียมีอำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมาย ซึ่งมาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่มีหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่ากฎหมายจะพัฒนาสุขภาพของประชาชน เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และมีมาตรการทางเลือกอื่นๆที่สามารถใช้เพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนได้ เพราะฉะนั้นรัฐไม่สามารถออกกฎหมายมาบังคับแก่นักลงทุนได้ เพราะฉะนั้นการเปรียบเทียบระหว่างการแทรกแซงสิทธิของบริษัท PM Asia ในฐานะนักลงทุนกับสิทธิของออสเตรเลียในการออกกฎหมาย สิทธิของบริษัท PM Asia มีน้ำหนักมากกว่าเนื่องจากประโยชน์เพื่อการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนของ มาตรการของบุหรี่แบบเรียบตามที่ออสเตรเลียกล่าวอ้างขัดแย้งกับข้อเท็จจริง จึงไม่ได้สัดส่วนกับอันตรายที่จะเกิดขึ้นดังนั้นจึงไม่ใช่การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน

ประการที่สาม การทำให้เกิดความเสียหายอย่างไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable Impairment) ตามข้อ 2(2) ที่บัญญัติจำกัดอำนาจในการตัดสินใจในการออกกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุน โดยมาตรการจะต้องเป็นมาตรการที่มีความสมเหตุสมผลที่พิสูจน์ได้ ซึ่งข้อ 2(2) กำหนดว่า “รัฐภาคีต้องไม่กระทำการใดที่ทำให้การจัดการ การดำเนินการ การใช้ การใช้สิทธิ หรือการจำหน่ายจ่ายโอนแก่การลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย โดยการออกมาตรการอย่างไม่สมเหตุสมผลหรือมาตรการที่เลือกปฏิบัติ” มาตรการของบุหรี่แบบเรียบทำลายการลงทุนของบริษัท PM Asia โดยเฉพาะการใช้และการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ค่าความนิยมของทรัพย์สินทางปัญญา ค่าความนิยมของบริษัท PML และกำไร การจัดการและการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นและประโยชน์จากหุ้นที่บริษัท PM Asia ถืออยู่ในบริษัท PM Australia

นอกจากนี้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และในความเป็นจริงออสเตรเลียมีมาตรการทางเลือกอื่นที่พิสูจน์ได้ว่าสามารถลดการแพร่กระจายของการสูบบุหรี่ได้และไม่แทรกแซงการลงทุนของบริษัท PM Asia มาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงเป็นมาตรการที่ทำลายการลงทุนของบริษัท PM Asia ในออสเตรเลียที่ไม่สมเหตุสมผล

ประการที่สี่ การคุ้มครองและหลักประกันที่สมบูรณ์ (Full Protection and Security) ข้อ 2(2) กำหนดให้การลงทุนของนักลงทุนต้องได้รับสิทธิในการคุ้มครองและหลักประกันที่สมบูรณ์ในรัฐผู้รับการลงทุน แต่การออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ ออสเตรเลีย

ทำลายการลงทุนของออสเตรเลีย ทั้งนี้ตามหลักของการคุ้มครองและหลักประกันที่สมบูรณ์รวมหน้าที่ที่จะต้องทำตาม “due diligence” เพื่อป้องกันความเสียหายแก่การลงทุน แต่ในความเป็นจริงมาตรการของบุหรีแบบเรียบละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ และในความเป็นจริงออสเตรเลียมีมาตรการทางเลือกอื่น ออสเตรเลียผิดที่ไม่ได้ปฏิบัติตาม “due diligence” ก่อนที่จะทำความเสียหายแก่การลงทุนของบริษัท PM Asia ในออสเตรเลีย

ประการที่ห้า Umbrella Clause ข้อ 2(2) ของความตกลงกำหนดให้รัฐสัญญาปฏิบัติตามหน้าที่ใดๆที่รัฐคู่สัญญาเข้าร่วมซึ่งหน้าที่นั้นเกี่ยวข้องกับการลงทุนของนักลงทุนของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง หน้าที่ของรัฐผู้รับการลงทุนที่กว้างกว่าหน้าที่ที่กำหนดไว้ระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หน้าที่นั้นรวมถึงหน้าที่ระหว่างประเทศที่บังคับแก่รัฐผู้รับการลงทุนซึ่งมีผลต่อการปฏิบัติต่อทรัพย์สินที่อยู่ในออสเตรเลีย โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของเจ้าของทรัพย์สิน

ออสเตรเลียมีหน้าที่ตามความตกลง TRIPs อนุสัญญาปารีสฯ และความตกลง TBT บริษัท PM Asia ในฐานะเป็นผู้ลงทุนมีสิทธิที่จะคาดหวังว่าออสเตรเลียจะปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง แต่อย่างไรก็ตามการบังคับใช้และการดำเนินการตามมาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามความตกลงเหล่านั้น

หลังจากที่ออสเตรเลียได้รับหนังสือแจ้งขอระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ออสเตรเลียคัดค้านข้ออ้างคำร้องของออสเตรเลียในประเด็นดังต่อไปนี้⁶⁹

ประการแรก อำนาจในการตัดสินคดี (jurisdiction) เนื่องจากบริษัท PM Asia มีผลประโยชน์จากการเข้ามาถือหุ้นในบริษัท PM Australia รวมถึงบริษัท PML ในออสเตรเลีย เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 ซึ่งเป็นเวลา 10 เดือนหลังจากการประกาศว่าจะออกมาตรการของบุหรีแบบเรียบเมื่อวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 2010 ดังนั้นบริษัท PM Asia ไม่มี “การลงทุน” ในบริษัท PM Australia และบริษัท PML ในระยะเวลาก่อนวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 อันเป็นเวลาที่ยุโรปออสเตรเลียมีประกาศเพื่อแนะนำมาตรการของบุหรีแบบเรียบ อีกทั้งไม่มี “การลงทุน” ในช่วงเดือนที่เริ่มมีข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการของบุหรีแบบเรียบ เพราะฉะนั้นไม่มี “การลงทุน” ตามข้อ 10 ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจในการตัดสินคดี กล่าวอีกนัยหนึ่งคือบริษัท PM Asia ไม่สามารถฟ้องร้องภายใต้ความตกลงดังกล่าวได้

รัฐบาลออสเตรเลีย กล่าวว่า “การลงทุน” ตามข้อ 1(อี) จะได้รับการคุ้มครองเมื่อ “การลงทุน” นั้นได้รับ “การยอมรับ” โดยรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายและ

⁶⁹ Australia, “Australia’s response to the Notice of Arbitration,” 21 December 2011.

นโยบายการลงทุนที่บังคับใช้ เพราะฉะนั้นบริษัท PM Asia จะมีการลงทุนเมื่อการลงทุนนั้นเป็นของบริษัท PM Asia หรือควบคุมโดยบริษัท PM Asia ตามความหมายของข้อ 1(อี) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและได้รับยอมรับตามข้อ 1(อี)

นอกจากนี้กรณีบริษัท PM Asia อ้างว่าการออกมาตรการของบาหลีแบบเรียบของออสเตรเลียเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ตามความตกลงอื่นๆ ได้แก่ ความตกลง TRIPs อนุสัญญาปารีสฯ และความตกลง TBT ซึ่งเป็นการทำผิดบทบัญญัติข้อ 2(2) ในกรณีนี้ออสเตรเลียคัดค้านว่าข้ออ้างของบริษัท PM Asia เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามข้อ 10 ไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดี นอกจากนี้ข้ออ้างว่ามาตรการของบาหลีแบบเรียบขัดกับความตกลงอื่นๆอยู่นอกขอบเขตการคุ้มครองของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงกับออสเตรเลียถึงแม้ว่าข้อ 2(2) จะขยายอำนาจในการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการครอบคลุมไปถึงหน้าที่ของออสเตรเลียต่อรัฐอื่นๆตามความตกลงพหุภาคีต่างๆก็ตาม แต่ความตกลงที่บริษัท PM Asia กล่าวอ้างมีกลไกการระงับข้อพิพาทในความตกลงเหล่านั้นอยู่แล้ว

ประการที่สอง การเวนคืน ออสเตรเลียปฏิเสธข้อกล่าวหาของบริษัท PM Asia ที่อ้างว่าออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่ในการคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนจากการเวนคืนตามข้อ 6 เนื่องจากบริษัท PM Asia ไม่ได้ถูกเวนคืนการลงทุนของบริษัท PM Asia ที่มีขึ้นในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2011 และบริษัท PM Asia ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมโดยมาตรการที่มีผลเทียบเท่ากับการเวนคืน

นอกจากนี้การกำหนดและบังคับใช้มาตรการของบาหลีแบบเรียบมีจุดประสงค์เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์พื้นฐานของสวัสดิการสาธารณะนั่นคือ การคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ออสเตรเลียจึงไม่ได้ออกมาตรการที่เลือกปฏิบัติ ดังนั้นมาตรการจึงไม่ใช่การเวนคืนหรือเป็นมาตรการที่เทียบเท่ากับการเวนคืน ออสเตรเลียไม่มีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าชดเชย

ประการที่สาม การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน ออสเตรเลียปฏิเสธข้อกล่าวหาของบริษัท PM Asia ที่อ้างว่าออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่การปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกันตามข้อ 2(2) ของความตกลง เนื่องจากในขณะที่บริษัท PM Asia ได้รับผลประโยชน์ในบริษัท PM Australia เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2011 PM Asia รู้และสามารถคาดการณ์ได้ว่าออสเตรเลียจะออกมาตรการของบาหลีแบบเรียบตามที่ได้ประกาศเมื่อวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 2010 ดังนั้นข้ออ้างที่บริษัท PM Asia อ้างว่าบริษัท PM Asia มี “ความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมาย” (legitimate expectation) จึงเป็นการเข้าใจผิด

การออกมาตรการของบาหลีแบบเรียบอยู่บนพื้นฐานของการศึกษาและรายงานที่สร้างขึ้นโดยรัฐบาลออสเตรเลียด้วยความสุจริต และได้รับการสนับสนุนโดยผู้เชี่ยวชาญด้าน

สาธารณสุขระหว่างประเทศ และยังทำด้วยกระบวนการที่โปร่งใสซึ่งมีการปรึกษาหารือกับบริษัท PML ก่อนด้วย การบังคับใช้มาตรการนี้เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการควบคุมยาสูบ เป็นกฎหมายที่สมเหตุสมผลซึ่งรัฐบาลออสเตรเลียนำมาบังคับใช้ด้วยความสุจริตเพื่อจัดการกับปัญหาที่เกิดจากการคุกคามของยาสูบที่รุนแรง มีการแพร่กระจาย และมีมาอย่างยาวนาน

ประการที่สี่ การทำให้เสียหายโดยมาตรการที่ไม่มีเหตุผลและเลือกปฏิบัติ รัฐบาลออสเตรเลียปฏิเสธข้อกล่าวหาของบริษัท PM Asia ที่อ้างว่าออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่ตามข้อ 2(2) บริษัท PM Asia ไม่ได้กล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงที่เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติ เนื่องจากบริษัท PM Asia ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าหน้าที่ที่ต้องไม่ทำให้เสียหาย (non - impairment obligation) จะต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงว่ากฎหมายของรัฐบาลต้องมีลักษณะ “ปราศจากความลำเอียง” ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการพิจารณาว่ามีหน้าที่ในการไม่ทำให้เสียหาย (non - impairment obligation) หรือไม่ สำหรับกรณีนี้ออสเตรเลียออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบผ่านการพิจารณาตามกฎหมายออสเตรเลีย และได้รับพระบรมราชานุญาตในวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 2011 ดังนั้นจึงมีผลบังคับใช้ แม้ว่าจะไม่มีการอ้างถึงข้อกล่าวหาว่าไม่ทำให้เสียหายไม่ได้มีลักษณะที่จำกัด “ดุลยพินิจในการตัดสินใจของรัฐผู้รับการลงทุนในการออกมาตรการที่สมเหตุสมผลที่พิสูจน์ได้” การออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้เป็นมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผลหรือมีลักษณะเลือกปฏิบัติ มาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นกฎหมายที่บังคับใช้เป็นการทั่วไป จัดทำขึ้นโดยพิจารณาจากหลักฐานที่รับฟังได้ และบังคับใช้ด้วยความสุจริตเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนซึ่งเป็นพื้นฐานของสวัสดิการสาธารณะ

ประการที่ห้า การคุ้มครองและหลักประกันที่สมบูรณ์ ออสเตรเลียปฏิเสธข้ออ้างของบริษัท PM Asia ที่อ้างว่ารัฐบาลออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่ของออสเตรเลียที่รับรองการลงทุนของบริษัท PM Asia ที่จะได้รับการคุ้มครองและหลักประกันที่สมบูรณ์ตามข้อ 2(2) บริษัท PM Asia เข้าใจผิดเกี่ยวกับขอบเขตของบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองและหลักประกันที่สมบูรณ์ บทบัญญัติในเรื่องนี้ไม่ใช่หน้าที่เกี่ยวกับ “due diligence” ที่จะป้องกันความเสียหาย หน้าที่ของบทบัญญัตินี้มีเพียงการกระทำตามขั้นตอนที่สมเหตุสมผลเพื่อที่จะกำหนดการคุ้มครองสำหรับการลงทุนภายใต้ความตกลง เพราะฉะนั้นรัฐบาลออสเตรเลียไม่ได้กระทำผิดหน้าที่นี้

ประการที่หก Umbrella clause รัฐบาลออสเตรเลียปฏิเสธข้ออ้างของบริษัท PM Asia ที่อ้างว่ารัฐบาลออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่ตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ได้แก่ ความตกลง TRIPs อนุสัญญาปารีสฯ และความตกลง TBT เป็นการกระทำที่ขัดกับ umbrella clause ตามข้อ 2(2) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงกับออสเตรเลีย ออสเตรเลียอ้างว่า umbrella clause กำหนดให้รัฐภาคี “ทำตามหน้าที่ที่รัฐภาคีอาจเข้า

ร่วมซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนของนักลงทุนของรัฐคู่สัญญาอื่น” เจตนารมณ์และขอบเขตของ บทบัญญัตินี้เป็นเรื่องที่ได้แย้งกันอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามกรณีนี้ชัดเจนแล้วว่า umbrella clause ตามข้อ 2(2) ไม่ได้ทำให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการพิจารณากรณีที่ออสเตรเลียฝ่าฝืนหน้าที่ตาม ความตกลงอื่นๆ เนื่องจากความตกลงต่างๆมีกลไกการระงับข้อพิพาทของตัวเอง หน้าที่ตามความตกลง พหุภาคีระหว่างประเทศตามที่บริษัท PM Asia กล่าวอ้าง ไม่ใช่หน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของ นักลงทุนตามบทบัญญัติเรื่อง umbrella clause แต่การฝ่าฝืนหน้าที่ตามความตกลงพหุภาคีระหว่าง ประเทศนั้นเป็นประเด็นระดับรัฐกับรัฐซึ่งมีกระบวนการระงับข้อพิพาทอยู่แล้ว

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นการเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนกับรัฐตามความตกลงว่าเกิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse of right) หรือกระบวนการมิชอบ (abuse of process) หรือไม่ อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า เนื่องจากโจทก์คาดเห็นว่ารัฐจะออกมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบก่อนที่โจทก์จะตัดสินใจปรับ โครสร้าง โดยเมื่อวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 2010 รัฐมนตรีออสเตรเลีย Kevin Rudd และรัฐมนตรี กระทรวงสาธารณสุข Roxon ประกาศเจตนารมณ์ที่แน่นอนในการออกมาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ ยาสูบของรัฐบาล ดังนั้นตั้งแต่วันที่รัฐมนตรีประกาศเกี่ยวกับเจตนารมณ์ในการออกมาตรการดังกล่าว โจทก์คาดเห็นได้ว่าจะมีการออกมาตรการและจะเกิดข้อพิพาทขึ้นอย่างแน่นอน อีกทั้งการดำเนินการ ของรัฐบาลหลังจากวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 2010 มิได้แสดงให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของรัฐบาลใน การออกมาตรการ ดังนั้นจึงไม่ได้ทำให้ความคาดหมายของโจทก์เปลี่ยนไป

อนุญาโตตุลาการมีหลักฐานสนับสนุนที่แสดงว่าโจทก์มีเหตุผลอื่นในการ ปรับโครงสร้าง ซึ่งจุดประสงค์ของการปรับโครงสร้างเป็นไปเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง โจทก์ไม่ได้ เพียงแต่คาดเห็นได้ว่ารัฐจะออกมาตรการเท่านั้น โจทก์ยังเลือกที่จะเปลี่ยนโครงสร้างของบริษัทด้วย อนุญาโตตุลาการจึงสรุปว่าการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ เพราะการปรับโครงสร้างของบริษัทของโจทก์โดยการได้มาซึ่งบริษัทลูกในออสเตรเลียเกิดขึ้นในเวลา ที่โจทก์คาดเห็นได้ว่าข้อพิพาทจะเกิดขึ้นได้จริงซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามความตกลง เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างฮ่องกงกับออสเตรเลีย

ในกรณีนี้อนุญาโตตุลาการตัดสินอย่างเป็นเอกฉันท์เห็นด้วยกับ ออสเตรเลียว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการรับฟังข้ออ้างของบริษัท PM Asia อนุญาโตตุลาการ ปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ และไม่พิจารณาข้อพิพาทดังกล่าว⁷⁰

⁷⁰ PCA Case No. 2012-12 Award on Jurisdiction and Admissibility of Philip Morris Asia and the Commonwealth of Australia, 17 December 2015

บทที่ 3

ความตกลงขององค์การการค้าโลก

3.1 ความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT)

3.1.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

องค์การการค้าโลก (WTO) ไม่อาจบังคับให้รัฐอธิปไตยเหล่านั้นลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างกันได้ ดังนั้นเพื่อจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์การการค้าโลกที่ต้องการให้มีการค้าที่เป็นธรรมและมีการแข่งขันอย่างเสรีได้ องค์การการค้าโลกจึงกำหนดหลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักการต่างตอบแทนอันจะมีผลต่อการลดอุปสรรคทางการค้าไม่เฉพาะต่อประเทศภาคีที่ทำการค้าระหว่างกันแต่ยังส่งผลไปถึงประเทศภาคีอื่นๆด้วย ซึ่งเป็นการส่งเสริมการค้าเสรีมากยิ่งขึ้นและกระจายไปสู่ประเทศอื่นๆอย่างทั่วถึงอีกด้วย¹

3.1.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment: MFN) มีการบัญญัติไว้ในข้อ 1 วรรค 1 ของความตกลง GATT โดยข้อ 1 วรรค 1 กำหนดขึ้นเพื่อมิให้ประเทศภาคีออกมาตรการที่บังคับใช้ภายในประเทศ หรือมาตรการ ณ พรมแดนที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติกับสินค้าชนิดเดียวกันที่มาจากประเทศภาคีที่แตกต่างกัน² อันจะส่งผลต่อการค้าสินค้า ถ้าให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าของประเทศใดแล้ว ต้องให้สิทธิประโยชน์นั้นแก่สินค้าชนิดเดียวกันแก่ประเทศภาคีอื่นด้วยโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข³ มาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัตินี้ต้องมีลักษณะไม่เลือกปฏิบัติทั้งทางกฎหมาย (de jure) รวมถึงการเลือกปฏิบัติทางข้อเท็จจริง (de facto) ด้วย เพราะแม้จะให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศภาคีเหมือนกัน แต่ประเทศภาคีได้รับผลกระทบที่แตกต่างกันก็ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ⁴ การพิจารณาว่ามาตรการที่สอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับการไม่เลือกปฏิบัติตามหลัก MFN ของข้อ 1 วรรค 1 ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

¹ ทัชชฌัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: Gatt และ Wto: บททั่วไป (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 76.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

⁴ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, The Law and Policy of the World Trade Organization, 3 ed. (United Kingdom: Cambridge University Press, 2013), pp. 318 – 319.

3.1.2.1 เป็นมาตรการที่ให้สิทธิประโยชน์

มาตรการที่ถือว่าเป็นการให้สิทธิประโยชน์เป็นมาตรการที่ภาคีสัญญาหนึ่งได้ให้ผลประโยชน์ การอนุเคราะห์ เอกสิทธิ หรือความคุ้มกันใดแก่ผลิตภัณฑ์ที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศอื่นใดหรือมีจุดหมายปลายทางไปยังประเทศอื่นใดในเรื่องต่างๆ ได้แก่ “(1) อกรนำเข้า (2) ค่าภาระไม่ว่ารูปแบบใดที่เรียกเก็บจากการนำเข้าหรือส่งออก เช่น ค่าธรรมเนียมพิเศษการนำเข้า (Import Surcharge) และอากรกงสุล (3) ค่าธรรมเนียมใดที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าหรือส่งออก เช่น ค่าธรรมเนียมศุลกากร และค่าธรรมเนียมการตรวจสอบคุณภาพสินค้า (4) ค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับการโอนเงินระหว่างประเทศที่ชำระสำหรับการนำเข้าหรือการส่งออก (5) วิธีการเรียกเก็บอากรและค่าภาระ เช่น วิธีประเมินมูลค่าสินค้าซึ่งเป็นฐานภาษีการคำนวณอากรนำเข้าในกรณีที่กำหนดอัตราภาษีนำเข้าแบบตามมูลค่า (6) กฎเกณฑ์และพิธีการทั้งปวงเกี่ยวกับการนำเข้าและการส่งออก เช่น รายการให้ข้อมูลหรือการสำแดงการส่งออกหรือการนำเข้า (7) ภาษีภายในและค่าธรรมเนียมภายใน เช่น ภาษีขาย และ (8) กฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนดอันมีผลกระทบต่อการขาย การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง การจัดจำหน่าย หรือการใช้ผลิตภัณฑ์ใด เช่น ข้อกำหนดในใบประกันคุณภาพ (Requirement of Quality Certificate) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้าย การขนส่งคลังสินค้า ช่องทางการจัดจำหน่าย รูปแบบบรรจุภัณฑ์ และข้อจำกัดการใช้”

3.1.2.2 สินค้าชนิดเดียวกัน

ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ประเทศภาคีหนึ่งให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าชนิดหนึ่งของประเทศอื่นใดแล้วจะต้องให้สิทธิประโยชน์นั้นแก่สินค้าชนิดเดียวกันของประเทศภาคีอื่นๆด้วย ซึ่งสินค้าชนิดเดียวกันนี้ไม่ได้มีการนิยามไว้ ในการเจรจาอนุกรมความตกลงต่างๆขององค์การการค้าโลกได้กำหนดความหมายของคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ไว้ โดยแต่ละความตกลงกำหนดเหมือนกันว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน คือ สินค้าที่เหมือนกันทุกประการกับสินค้าที่พิพาท ในกรณีที่ไม่อาจหาสินค้าลักษณะนี้ได้ ให้หมายถึงสินค้าที่มีลักษณะใกล้เคียงมากที่สุด (characteristics closely resembling) กับสินค้าที่พิพาท”⁵ แต่อย่างไรก็ตามการตีความความหมายของคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ได้ถูกตีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละกรณี เช่น คดี EC - Asbestos พิจารณาตามความหมายของพจนานุกรมว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” เป็นสินค้าที่มีลักษณะหลายอย่างเหมือนกัน⁶ หรือคดี Spain - Unroasted Coffee พิจารณาจากลักษณะทาง

⁵ ทัชขมัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: Gatt และ Wto: บททั่วไป, หน้า 86.

⁶ Appellate Body Report, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos (2001)

กายภาพของสินค้า เช่น รสชาติ หรือกลิ่น เป็นต้น การใช้งานของผู้บริโภค (end-use) และอัตราภาษีของประเทศภาคีอื่นประกอบกัน⁷ ต่อมามีการพิจารณาถึงรสนิยมและนิสัยของผู้บริโภคด้วย เป็นต้น

3.1.2.3 ต้องให้สิทธิประโยชน์โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข

เมื่อประเทศหนึ่งให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศใดแล้ว สิทธิประโยชน์นั้นจะตกแก่ประเทศภาคีอื่นๆขององค์การการค้าโลกโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข กล่าวคือ ประเทศภาคีต้องให้สิทธิประโยชน์แก่อีกประเทศหนึ่งโดยไม่ชักช้าหรือไม่มีการเว้นระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ อีกทั้งยังต้องให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศภาคีอื่นอย่างไม่มีเงื่อนไขด้วย⁸ ประเทศที่ให้สิทธิประโยชน์จะตั้งเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้ เช่น สิทธิประโยชน์จะโอนไปยังประเทศอื่นๆก็ต่อเมื่อประเทศภาคีเสนอผลประโยชน์ตอบแทน⁹

3.1.3 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) กำหนดไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ เมื่อสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ซึ่งข้อ 3 จะใช้กับมาตรการที่บังคับใช้ภายในประเทศ แต่ไม่ใช้กับมาตรการ ณ พรมแดนเหมือนในหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งตามข้อ 1 วรรค 1¹⁰ การเลือกปฏิบัติตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้ไม่ใช่เพียงแค่การเลือกปฏิบัติในทางกฎหมาย (de jure discrimination) เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการเลือกปฏิบัติในทางข้อเท็จจริง (de facto discrimination) ด้วย

การพิจารณาว่ามาตรการใดสอดคล้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติหรือไม่ต้องพิจารณาองค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่

⁷ Panel Report, Spain - Tariff Treatment Of Unroasted Coffee (1981)

⁸ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The law and policy of the World Trade Organization*, 3 ed., p.330.

⁹ ทัชชมัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, *กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: Gatt และ Wto: บททั่วไป*, หน้า 102.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-33.

3.1.3.1 มาตรการที่พิพาทเป็นกฎหมาย ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดตามที่ บัญญัติไว้ในข้อ 3 วรรค 4

ตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติข้อ 3 วรรค 4 จะใช้บังคับกับใช้กับกฎหมาย กฎระเบียบหรือข้อกำหนดของประเทศผู้นำเข้าที่บังคับโดยตรงต่อการขาย การซื้อ การขนส่ง การ จัดจำหน่าย และการใช้สินค้า¹¹ รวมถึงมาตรการใดๆที่ส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาด ด้วย¹² เช่น มาตรการห้ามการโฆษณาบุหรี่ ข้อกำหนดราคาขั้นต่ำของสินค้าประเภทเบียร์ เป็นต้น

3.1.3.2 สินค้าที่นำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน

เมื่อข้อ 3 มีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องการเลือกปฏิบัติและประกันความเท่าเทียมกันในการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ คำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ของ ข้อ 3 จึงต้องตีความไปในแนวทางที่จะสร้างความเท่าเทียมกันในการแข่งขันทางการค้าระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ ไม่ตีความไปในแนวทางที่จะเป็นการคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศ¹³ องค์การอนุกรมในคดี EC – Asbestos ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณา “สินค้าที่เหมือนกัน” 4 ข้อ¹⁴ ได้แก่

- คุณสมบัติ ธรรมชาติ และคุณภาพของสินค้า กล่าวคือ สินค้าที่เหมือนกัน ต้องมีคุณสมบัติทางการภาพของสินค้าเหมือนกัน

- การใช้งานของผู้บริโภค (end-use) กล่าวคือ สินค้าที่เหมือนกันต้องมีการใช้งานที่เหมือนกันหรือคล้ายกัน

- รสนิยมและนิสัยของผู้บริโภคที่มีต่อสินค้า รวมถึงความเข้าใจและพฤติกรรมของผู้บริโภคด้วย กล่าวคือ ถ้าผู้บริโภคมีความเข้าใจหรือปฏิบัติต่อสินค้านั้นในฐานะ ทางเลือกอีกอย่างหนึ่งเพื่อทำหน้าที่เพื่อสนองต่อความต้องการ

- พิกัดภาษีของสินค้า กล่าวคือ การแยกประเภทของสินค้าเพื่อจุดประสงค์ ทางภาษี

¹¹ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p. 330.

¹² Panel Report, Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry (2000)

¹³ ทัชชชัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, *กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: Gatt และ Wto: บททั่วไป*, หน้า 101.

¹⁴ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, pp. 386 -390.

3.1.3.3 ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต่ำกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศ

การพิจารณาว่ามาตรการของประเทศภาคีเป็น “การปฏิบัติต่ำกว่า” (less favourable treatment) อันขัดต่อข้อ 3 วรรค 4 หรือไม่ ต้องพิจารณาว่ามาตรการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศและสินค้านำเข้าแตกต่างกัน อีกทั้งต้องพิจารณาว่า “มาตรการกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาดทำให้สินค้านำเข้าเสียหาย กล่าวคือ สภาพของการแข่งขันของสินค้านำเข้าจะต้องไม่ด้อยไปกว่าสินค้าภายในประเทศที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกัน นอกจากนี้การพิจารณาว่ามาตรการเป็นการปฏิบัติต่ำกว่า ไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นจริง (actual effects) ในตลาดอันเป็นผลจากมาตรการของประเทศภาคี แต่ให้พิจารณาเพียงว่ามาตรการมีแนวโน้มหรือคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลเสียต่อสภาพการแข่งขันในตลาด การวิเคราะห์ตามข้อ 3 วรรค 4 ต้องพิจารณาจุดประสงค์องค์ประกอบ และผลบังคับของมาตรการที่คาดหวังอย่างรอบคอบ แต่ไม่ต้องประเมินระดับของแนวโน้มในการที่จะเกิดผลเสียที่จะเกิดขึ้นจริงต่อสภาพของการแข่งขัน¹⁵

คดี Korea – Various Measure on Beef¹⁶ องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่า มาตรการของเกาหลีที่กำหนดเกี่ยวกับระบบการขายปลีกเนื้อวัว มาตรการกำหนดให้เนื้อวัวนำเข้าต้องขายในร้านค้าที่ขายเนื้อนำเข้าโดยเฉพาะ หรือขายเฉพาะบริเวณที่กำหนดไว้ให้ในซูเปอร์มาเก็ต องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับการตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่ตัดสินว่ามาตรการที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับแหล่งที่มาของสินค้าเป็นมาตรการที่ขัดกับข้อ 3 วรรค 4 แต่องค์การอุทธรณ์เห็นว่า การพิจารณาเฉพาะมาตรการที่มีการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าเป็นการปฏิบัติต่ำกว่าอันเป็นการละเมิดข้อ 3 วรรค 4 แต่จะต้องพิจารณาว่ามาตรการกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาดทำให้สินค้านำเข้าเสียหายหรือไม่

คดี Thailand – Cigarettes (Philippines)¹⁷ องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การพิจารณาการปฏิบัติที่ต่ำกว่าต้องพิจารณาจาก “ความสัมพันธ์ที่แท้จริง” (genuine relationship) ระหว่างมาตรการพิพาทและผลเสียที่เกิดขึ้นต่อโอกาสในการแข่งขันของสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ ซึ่งหมายความว่าถ้าผลเสียที่เกิดแก่สินค้านำเข้ามีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับมาตรการ ถือว่าเป็น “การปฏิบัติต่ำกว่า” แม้ว่ามาตรการนั้นจะไม่เกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้า

¹⁵ Ibid., p. 399.

¹⁶ Appellate Body, Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (2000)

¹⁷ Panel Body, Thailand — Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines (2010)

แม้ว่ารัฐบังคับใช้มาตรการกับสินค้านำเข้าและสินค้าในประเทศจะเป็น มาตรการเดียวกัน แต่ยังคงพิจารณาถึงการปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าด้วยว่าเท่าเทียมกับสินค้าใน ประเทศหรือไม่

คดี Dominican Republic — Import and Sale of Cigarettes¹⁸ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่ากฎหมายที่กำหนดให้ติดอากรแสตมป์ต้องติดบนซองบุหรี่ที่ อยู่ในดินแดนของโดมินิกันและอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรกำกับภาษีของโดมินิกัน กฎหมายนี้ บังคับใช้กับบุหรี่ภายในประเทศและบุหรือนำเข้าจากต่างประเทศ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็น ด้วยกับผู้ร้องที่อ้างว่าแม้ว่ามาตรการที่ใช้กับสินค้าภายในประเทศและสินค้านำเข้าจะมีลักษณะที่เท่า เทียมกัน (formal equity) แต่ผลของมาตรการนั้นส่งผลเป็นการปฏิบัติแก่สินค้านำเข้าด้อยกว่าเมื่อ เปรียบเทียบกับสินค้าภายในประเทศ เพราะอากรแสตมป์สามารถติดบนซองบุหรี่ภายในประเทศใน ขั้นตอนของกระบวนการผลิตได้เลย แต่ในขณะที่การติดอากรแสตมป์สำหรับสินค้านำเข้าต้องมี กระบวนการเพิ่มเติมจึงเกิดค่าใช้จ่ายแก่ผู้ประกอบการ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่า มาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับข้อ 3 วรรค 4 หรือไม่ ไม่ใช่เพียงพิจารณาว่ามีการใช้ มาตรการที่เหมือนกันแก่สินค้าภายในประเทศและสินค้านำเข้า แต่ยังคงพิจารณาว่ามีการปฏิบัติต่อ สินค้านำเข้าไม่ด้อยกว่าที่ปฏิบัติแก่สินค้าภายในประเทศด้วย

แต่อย่างไรก็ตามบางคดีมิให้เหตุผลเกี่ยวกับการพิจารณาการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ที่น่าสังเกต เช่น คดี Thailand - Cigarettes¹⁹ (United States) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท วินิจฉัยว่า “การห้ามโฆษณาบุหรี่ทั้งหมดอาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในโอกาสการแข่งขันทาง การค้าระหว่างผู้ค้าไทยที่มีอยู่แล้ว กับผู้ค้ารายใหม่ หรือผู้ค้าจากต่างประเทศ ดังนั้นมาตรการจึงขัด กับข้อ 3 วรรค 4”²⁰

¹⁸ Panel Report, Dominican Republic — Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes (2004)

¹⁹ Panel Report, Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (1990)

²⁰ Panel Report, Thailand — Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines (2010)

3.2 ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT)

3.2.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า

ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะลดการใช้อำนาจกระทำตามอำเภอใจของรัฐบาลในการเพิ่มภาษีเพื่อจำกัดปริมาณการนำเข้า ดังนั้นจึงรัฐบาลใช้วิธีการอย่างอื่นในการจำกัดการนำเข้า²¹ เรียกว่าอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (technical barriers to trade) มาตรการที่เป็นอุปสรรคทางเทคนิคนี้จะเพิ่มค่าใช้จ่ายและทำให้ผู้ส่งออกเข้าสู่ตลาดได้ยากขึ้น แต่อีกนัยหนึ่งมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางเทคนิคนี้มีบทบาทสำคัญในการที่จะตอบสนองความต้องการทางสังคม เนื่องจากมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้ามักมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพ คุ้มครองสิ่งแวดล้อม คุ้มครองผู้บริโภค คุ้มครองการกระทำที่หลอกลวง หรือคุ้มครองหรือส่งเสริมสิ่งที่มีคุณค่าทางสังคมหรือประโยชน์โดยชอบธรรม²²

ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการใช้มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีลักษณะจำกัดทางการค้าอย่างแอบแฝง ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade Agreement: TBT) จึงวางกฎเกณฑ์เพื่อรับรองว่าอุปสรรคทางการค้าเหล่านั้นจะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคที่ไม่จำเป็น ดังเช่นอารัมภบทของความตกลง TBT ที่บัญญัติว่า “ไม่มีประเทศใดควรถูกกีดกันไม่ให้ออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อรับรอง ... การคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์หรือพืช สิ่งแวดล้อม หรือเพื่อคุ้มครองการกระทำที่หลอกลวงในระดับที่พิจารณาว่าเหมาะสม มาตรการที่จำเป็นต้องไม่บังคับใช้ในลักษณะที่จะก่อให้เกิดการทำตามอำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติอย่างไม่สมเหตุสมผลระหว่างประเทศซึ่งมีสภาพเหมือนกัน หรือจำกัดทางการค้าอย่างแอบแฝง”²³

ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าบังคับใช้กับการกระทำของประเทศภาคี 3 ประเภท ได้แก่ มาตรฐาน (standard) กระบวนการประเมินความสอดคล้อง และข้อบังคับทางเทคนิค (technical regulation)

โดยมาตรการที่เป็นข้อบังคับทางเทคนิค ต้องมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวก 1 ข้อ 1²⁴ บัญญัติว่า “ข้อบังคับทางเทคนิค หมายถึง เอกสารที่กำหนดคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการและกรรมวิธีการผลิตที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ รวมถึงข้อกำหนดทางการบริหารด้วย ซึ่งเป็น

²¹ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, pp. 852-853.

²² Ibid., p.851.

²³ Preamble of Agreement on Technical Barriers to Trade

²⁴ Annex 1.1 of Agreement on Technical Barriers to Trade

สิ่งที่ต้องปฏิบัติตามโดยอาจจะรวมหรือระบุเฉพาะถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับการเรียกชื่อ และการใช้สัญลักษณ์การบรรจุหีบห่อ การทำเครื่องหมายหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการติดฉลากที่ใช้กับผลิตภัณฑ์ กระบวนการหรือกรรมวิธีการผลิตด้วย” โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา²⁵ ดังนี้

(1) มาตรการต้องใช้กับผลิตภัณฑ์หรือกลุ่มของผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้

“ข้อบังคับทางเทคนิค” ต้องเป็นมาตรการที่บังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้ หรือกลุ่มของผลิตภัณฑ์ โดยต้องเป็นการระบุลักษณะของผลิตภัณฑ์ ไม่ใช่ระบุเพียงชื่อ²⁶ เช่น

คดี EC-Asbestos²⁷ องค์กรอุทธรณ์วินิจฉัยว่าผลิตภัณฑ์ต้องระบุได้ มาตรการกำหนดว่าผลิตภัณฑ์ทุกอย่างต้องปราศจากแร่ใยหิน (Asbestos Fibres) ห้ามนำเข้า ผลิตภัณฑ์ใดๆที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหิน (Asbestos Fibres)

คดี EC – Sardines²⁸ สหภาพยุโรปออกมาตรการ EC Regulation เพื่อ บังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ปลาซาร์ดีนบรรจุกระป๋อง โดยกำหนดให้ติดฉลากคำว่า “preserved sardines” เฉพาะกับผลิตภัณฑ์ปลาซาร์ดีนชนิด *Sardina Pichadus Walbaum* เท่านั้น ไม่ใช่กับ ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตจากปลา sardines ชนิดอื่น เช่น ปลา *Sardina Sagax* แต่คณะพิจารณาอุทธรณ์ ตัดสินว่าแม้ว่ามาตรการไม่ระบุถึงผลิตภัณฑ์อย่างชัดเจน ก็ยังคงเป็นมาตรการที่บังคับใช้กับ ผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้ เครื่องมือที่คณะพิจารณาอุทธรณ์ใช้ในการตัดสินว่าปลา *Sardina Sagax* เป็น ผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้หรือไม่โดยพิจารณาจากวิธีที่มาตรการ EC Regulation ใช้บังคับ การที่มาตรการ EC Regulation ห้ามติดฉลากผลิตภัณฑ์จากปลา *Sardina Sagax* ด้วยคำว่า “Preserved sardines” เป็นผลิตภัณฑ์ที่สามารถระบุได้

(2) มาตรการต้องกำหนดลักษณะของผลิตภัณฑ์

มาตรการที่จะเป็น “ข้อบังคับทางเทคนิค” จะต้องกำหนดลักษณะของ ผลิตภัณฑ์ซึ่งจะเป็นลักษณะภายในหรือภายนอกก็ได้ เช่น คุณภาพ คุณสมบัติ เครื่องหมายที่ทำให้

²⁵ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, pp. 855-859.

²⁶ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos* (2001)

²⁷ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos* (2001)

²⁸ Appellate Body Report, *European Communities — Trade Description of Sardines* (2002)

แตกต่างกัน ส่วนประกอบ ขนาด รูปร่าง สี วัสดุ ความทนทาน หรือความหนาแน่น สัญลักษณ์ หีบห่อ ฉลาก หรือรูปลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์ เป็นต้น²⁹

คดี EC – Sardines การตั้งชื่อสำหรับผลิตภัณฑ์ปลาซาร์ดีนชนิด *Sardina Pichadus* โดยใช้ชื่อว่า “preserved sardines” เป็นการกำหนดลักษณะของผลิตภัณฑ์ องค์กรอุทธรณ์ตัดสินว่าลักษณะของผลิตภัณฑ์เป็นวิธีการระบุอย่างหนึ่ง การตั้งชื่อที่เป็นข้อพิพาทนี้จึงเป็นมาตรการที่เป็นข้อบังคับทางเทคนิค

(3) มาตรการนั้นต้องกำหนดลักษณะของผลิตภัณฑ์ให้เป็นไปตามรูปแบบที่บังคับ

ทั้งนี้ความตกลง TBT กำหนดว่าการออกมาตรการที่เป็นข้อบังคับทางเทคนิคจะต้องไม่มีลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าในประเทศกับสินค้าของประเทศอื่น และสินค้านี้ระหว่างประเทศอื่นด้วยกัน โดยกำหนดไว้ในข้อ 2 วรรค 1 ว่าด้วยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง นอกจากนี้เพื่อเป็นการป้องกันการใช้มาตรการที่เป็นข้อบังคับทางเทคนิคที่มีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายในการจำกัดทางการค้าอย่างแอบแฝง ความตกลง TBT จึงกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในข้อ 2 วรรค 1 ว่าด้วยหน้าที่ในการป้องกันอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

3.2.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

3.2.2.1 สินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน

บทบัญญัติตามข้อ 2 วรรค 1³⁰ เป็นไปตามหลักไม่เลือกปฏิบัติเนื่องจากต้องพิจารณาว่าประเทศภาคีปฏิบัติกับสินค้านำเข้ากับสินค้าในประเทศหรือสินค้าของประเทศอื่นเหมือนกันหรือไม่ ซึ่งสินค้าที่จะได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันจึงต้องเป็น “สินค้าชนิดเดียวกัน”

สินค้าชนิดเดียวกันตามความหมายของข้อ 2 วรรค 1 ต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าที่แข่งขันกันอันอยู่บนพื้นฐานการวิเคราะห์ของเกณฑ์ “ชนิดเดียวกัน” ตามประเพณีซึ่งต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพ การใช้สุดท้าย (end-use) รสนิยมและความเคยชินของผู้บริโภค และพิภคภาชี (Tariff Classification) ดังเช่นการพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ใน

²⁹ Appellate Body Report, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos (2001)

³⁰ Article 2.1 of Agreement on Technical Barriers to Trade

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

คดี US-Clove Cigarettes ที่เลือกที่จะตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” เหมือนกับข้อ 3 วรรค 4 ของความตกลง GATT กล่าวคือ ตีความตามธรรมชาติและความสัมพันธ์ในการแข่งขันระหว่างสินค้าต่างๆที่พิพาท³¹

คดี US-Clove Cigarettes³² สหรัฐฯออกกฎหมายเพื่อห้ามการผลิตและขายบุหรี่กลิ่นกานพลู (Clove Cigarette) และบุหรี่แต่งกลิ่นอื่นๆ³³ แต่กฎหมายไม่รวมถึงบุหรี่ธรรมดาหรือบุหรี่กลิ่นเมนทอล โดยก่อนที่จะออกกฎหมายห้ามการผลิตและนำเข้านี้ ในสหรัฐอเมริกามีการบริโภคบุหรี่กลิ่นกานพลูเป็นจำนวนมาก อินโดนีเซียในฐานะผู้ผลิตบุหรี่กลิ่นกานพลูรายใหญ่ของโลกจึงฟ้องสหรัฐฯว่ากฎหมายห้ามผลิตและขายบุหรี่กลิ่นกานพลูเป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่าบุหรี่กลิ่นเมนทอลของสหรัฐฯ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยเจตนารมณ์ของมาตรการพิพาทที่กำหนดห้ามบุหรี่แต่งกลิ่นกานพลูของสหรัฐฯว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อลดการบริโภคยาสูบของประชาชน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงวินิจฉัยว่าบุหรี่แต่งกลิ่นกานพลูและบุหรี่กลิ่นเมนทอลเป็นสินค้าชนิดเดียวกันตามข้อ 2 วรรค 1 หรือไม่ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตีความเหมือนการตีความสินค้าชนิดเดียวกันตามข้อ 3 ของความตกลง GATT คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยจากหลักฐานที่แสดงโดยคู่ความทั้งสองฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับบริบทและนิสัยของนักสูบบุหรี่ที่เป็นเยาวชนในสหรัฐอเมริกา พบว่าบุหรี่ทั้งสองลดความรุนแรงของยาสูบและแต่ละชนิดดึงดูดเยาวชนด้วย อีกทั้งพิจารณาโดยอาศัยรายงานจากคณะกรรมการให้คำแนะนำทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์บุหรี่ (Tobacco Products Scientific Advisory Committee: TPSAC) พบว่าบุหรี่กลิ่นเมนทอลทำให้เพิ่มอัตราผู้สูบบุหรี่และทำให้อัตราการเลิกบุหรี่ยลดลงอันเป็นผลร้ายต่อการคุ้มครองสุขภาพในสหรัฐฯ และแนวทางในการปฏิบัติตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบสนับสนุนภาคีพัฒนาบทบัญญัติเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบที่มีประสิทธิภาพโดยแนะนำให้ประเทศภาคีออกกฎหมายห้ามหรือจำกัดส่วนประกอบที่อาจเพิ่มความดึงดูดใจในการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบ เช่น ส่วนประกอบที่แต่งกลิ่นยาสูบให้เป็นกลิ่นเมนทอล กลิ่นวนิลา รวมไปถึงกลิ่นเครื่องเทศและสมุนไพรด้วย คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงสรุปว่าบุหรี่กลิ่นกานพลูและบุหรี่กลิ่นเมนทอลเป็น “สินค้าชนิดเดียวกัน” พิจารณาจากวัตถุประสงค์และจุดประสงค์ (purpose-based approach) ของข้อบังคับทางเทคนิคมากกว่าที่จะพิจารณา

³¹ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, pp. 865 -867.

³² Panel and Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (2011)

Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (2012)

³³ Section 907(a)(1)(A) of the Federal Food, Drug and Cosmetic Act

ความสัมพันธ์ในการแข่งขัน (competitive relationship) ระหว่างสินค้าทั้งหมด (competition-based approach) การพิจารณา “สินค้าชนิดเดียวกัน” ควรที่จะคำนึงถึงจุดประสงค์เบื้องหลังของมาตรการพิพาทที่จำกัดรสชาติของบุหรี่ยังเป็นไปเพื่อคุ้มครองสุขภาพ เพราะฉะนั้นการห้ามของสหรัฐานั้นไม่สอดคล้องกับหน้าที่ในการปฏิบัติอย่างชาติตามข้อ 2 วรรค 1 เพราะปฏิบัติต่อบุหรี่ก่อกานพลูดีกว่าบุหรี่ยี่ก่อกานเมนทอล

แต่อย่างไรก็ตามสหรัฐอเมริกาอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่อองค์กรอุทธรณ์ซึ่งองค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่าบุหรี่ยี่ก่อกานพลูและบุหรี่ยี่ก่อกานเมนทอลเป็น “สินค้าชนิดเดียวกัน” ตามความหมายของข้อ 2 วรรค 1 แต่อย่างไรก็ตามองค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ในการพิจารณาเรื่อง “สินค้าชนิดเดียวกัน” โดยให้เหตุผลว่า สินค้าเป็นชนิดเดียวกันตามความหมายของข้อ 2 วรรค 1 ต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าที่แข่งขันกันอันอยู่บนพื้นฐานการวิเคราะห์ของหลักเกณฑ์ “สินค้าชนิดเดียวกัน” ตามประเพณีซึ่งต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพ การใช้สุดท้าย (end-use) รสนิยมและความเคยชินของผู้บริโภค และพิกัดภาษี (Tariff Classification) องค์กรอุทธรณ์ เลือกที่จะตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” เหมือนกับข้อ 3 วรรค 4 ของความตกลง GATT กล่าวคือตีความตามธรรมชาติและความสัมพันธ์ในการแข่งขันระหว่างสินค้าต่างๆที่พิพาท

ทั้งนี้องค์กรอุทธรณ์ได้ให้ความเห็นว่าเจตนาเบื้องหลังของมาตรการ เช่น ความเสี่ยงของสินค้าต่อสุขภาพ อาจจะมีผลต่อการวิเคราะห์ “สินค้าชนิดเดียวกัน” ตามข้อ 3 วรรค 4 ของความตกลง GATT และข้อ 2 วรรค 1 และความตกลง TBT เห็นว่าเหตุผลสำคัญที่อยู่เบื้องหลังมาตรการ อาจจะมีผลต่อการตัดสินขอบเขตคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ให้กว้างออกไปได้อีก เพราะความเสี่ยงเกี่ยวกับสุขภาพมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ในการแข่งขันระหว่างสินค้า

คดี US — Tuna II (Mexico)³⁴ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตีความว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ของข้อ 2 วรรค 1 เกี่ยวข้องกับข้อ 3 วรรค 4 ซึ่งอาจตีความกว้างหรือแคบกว่าข้อ 3 วรรค 4 ก็ได้ขึ้นอยู่กับบริบท คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงสรุปว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ของข้อ 2 วรรค 1 เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในการแข่งขันของสินค้าต่างๆในตลาด

³⁴ Panel Report, United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (2011)

Appellate Body Report, United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (2012)

เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าข้อ 2 วรรค 1 กำหนดให้หลีกเลี่ยง “อุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้า” ที่เกิดขึ้นจากการเลือกปฏิบัติโดยกฎระเบียบทางเทคนิค แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติต้องการที่จะรักษาโอกาสในการแข่งขันของสินค้าที่มาจากประเทศภาคีใดๆก็ตาม

เช่นเดียวกับ คดี US – COOL คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใช้หลักการพิจารณาสินค้าชนิดเดียวกันตามข้อ 3 ของความตกลง GATT

3.2.2.2 ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต้อยกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศ

จากการวินิจฉัยเรื่อง “การปฏิบัติไม่ต้อยกว่า” ของข้อ 3 วรรค 4 ของ ความตกลง GATT ที่ องค์กรอุทธรณ์วางหลักไว้ในคดี Korea – Various Measures on Beef ซึ่งพิจารณาว่า ประเทศภาคีปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต้อยกว่าสินค้าชนิดเดียวกันในประเทศหรือไม่ ควรจะพิจารณาว่า มาตรการมีผลต่อสภาพการแข่งขันในตลาดอันทำให้สินค้านำเข้าเสียหาย ซึ่งห้ามการปฏิบัติต้อยกว่า ทั้งในทางกฎหมาย และทางข้อเท็จจริง³⁵ ต่อมาองค์กรอุทธรณ์วางหลักในคดี US – Clove Cigarette ว่า “การปฏิบัติไม่ต้อยกว่า” ข้อ 2 วรรค 1 ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าทั้ง ทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงโดยวินิจฉัยว่า “ควรพิจารณาว่าข้อบังคับทางเทคนิคที่พิพาทส่งผลกระทบต่อสภาพในการแข่งขันในตลาดของประเทศภาคีผู้ออกข้อบังคับ เพื่อทำลายสินค้านำเข้าที่เป็น สินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าภายในประเทศหรือไม่”³⁶ แต่อย่างไรก็ตามหากความเสียหายต่อโอกาสในการแข่งขันเกิดขึ้นจากความแตกต่างของข้อบังคับโดยชอบด้วยกฎหมาย (legitimate regulatory distinction) ก็สามารถยอมรับได้

คดี US-Clove Cigarettes³⁷ สหรัฐฯออกกฎหมายเพื่อห้ามการผลิตและขายบุหรี่ กลิ่นกานพลูและบุหรี่แต่งกลิ่นอื่นๆ แต่กฎหมายไม่รวมถึงบุหรี่ธรรมดาหรือบุหรี่กลิ่นเมนทอล มี ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวของสหรัฐฯเป็นการปฏิบัติต้อยกว่าอันขัดต่อข้อ 2 วรรค 1 หรือไม่ องค์กรอุทธรณ์ตีความการปฏิบัติไม่ต้อยกว่าตามข้อ 2 วรรค 1 ว่าต้องเป็นกรณีที่ทำให้เกิด

³⁵ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, pp. 865 -867.

³⁶ Ibid., pp.867 -868

³⁷ Panel and Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (2011)

Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (2012)

ความเสียหายต่อการนำเข้าซึ่งเกิดจากความแตกต่างของข้อบังคับอันชอบธรรม³⁸ การตัดสินว่าผลกระทบของการนำเข้าสร้างการปฏิบัติที่ด้อยกว่าหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในสถานการณ์ของคดีนั้นโดยเฉพาะ นั่นคือ จุดประสงค์องค์ประกอบ องค์ประกอบที่เปิดเผย ผลบังคับ และการบังคับใช้ของข้อบังคับทางเทคนิคที่เป็นข้อพิพาท องค์การอุทธรณ์ตัดสินว่าจุดประสงค์ องค์ประกอบ โครงสร้างที่เปิดเผย การปฏิบัติ และการบังคับใช้บทบัญญัติข้อ 907(เอ)(1)(เอ) จะบ่งบอกถึงผลกระทบต่อโอกาสในการแข่งขันสำหรับบุหรีก่ลินกานพลู ซึ่งสะท้อนให้เห็นการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มของสินค้าชนิดเดียวกันที่นำเข้าจากอินโดนีเซีย บุหรีก่ลินกานพลูส่วนใหญ่ที่บริโภคในสหรัฐมาจากอินโดนีเซีย บุหรีก่ลินเมนทอลเกือบทั้งหมดผลิตในสหรัฐ นอกจากนี้ องค์การอุทธรณ์ ไม่เชื่อว่ามาตรการห้ามบุหรีก่ลินกานพลูที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อโอกาสในการแข่งขันของบุหรีก่ลินกานพลูนำเข้านี้จะเกิดจากความแตกต่างโดยชอบด้วยกฎหมาย (legitimate regulatory distinction)

ต่อมาในคดี US – Tuna II (Mexico) และ US – COOL วินิจฉัย“การปฏิบัติไม่ด้อยกว่า” ตามที่ได้มีการวางหลักไว้ในคดี US-Clove Cigarettes

คดี US – Tuna II (Mexico)³⁹ สหรัฐฯออกมาตรการติดฉลาก “US dolphin – safe” โดยเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ (1) เพื่อให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเพื่อให้ผู้บริโภคแน่ใจว่าผู้บริโภคจะไม่สำคัญผิดหรือเข้าใจผิดว่าผลิตภัณฑ์ทูน่าถูกจับด้วยวิธีการที่เป็นอันตรายต่อโลมา (2) เพื่อคุ้มครองโลมาโดยการรับรองว่าตลาดสหรัฐฯไม่ส่งเสริมให้ใช้เรือจับปลาในลักษณะที่เป็นอันตรายต่อโลมา โดยเฉพาะการจับปลาทูน่าโดยใช้อวนที่จับโลมาติดมาด้วย เช่น การล้อมจับทูน่าด้วยอวนลาก (purse seine net) มักจะติดโลมาไปด้วยเนื่องจากฝูงทูน่ามักว่ายอยู่ใต้โลมา

มาตรการได้วางเงื่อนไขว่าผลิตภัณฑ์ทูน่าจะได้ฉลาก “dolphin – safe” ขึ้นอยู่กับวิธีการจับปลาทูน่าทั้งในและนอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออก (Eastern Tropical Pacific Ocean) โดยมีเงื่อนไขว่าปลาทูน่าที่จับในเขตมหาสมุทร ไม่ว่าจะจับด้วยวิธีการใดจะไม่ได้ติดฉลาก “dolphin – safe” เว้นแต่จับด้วยวิธีการอื่นนอกจากการใช้อวน (setting on dolphin) ผลิตภัณฑ์ทูน่าจะได้รับการติดฉลาก “dolphin – safe” เมื่อมีการรับรองว่าไม่มีโลมาถูกฆ่า

³⁸ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p. 869.

³⁹ Panel Report, United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (2011)

Appellate Body Report, United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (2012)

หรือบาดเจ็บอย่างร้ายแรง แต่อย่างไรก็ตามการจับทูน่านอกเขตมหาสมุทร ด้วยวิธีการจับปลาอื่นจะ
ได้ฉลาก “dolphin – safe ” โดยไม่ต้องได้รับการรับรอง

องค์กรอุทธรณ์ตัดสินว่ามาตรการที่สหรัฐฯกำหนดให้ติดฉลาก “dolphin-safe”
บนสินค้าปลาทูน่า สหรัฐฯไม่ได้แสดงให้เห็นว่าเงื่อนไขในการติดฉลากที่แตกต่างกันระหว่างผลิตภัณฑ์
ปลาทูน่าที่จับทูน่าโดยอวนแล้วมีโลมาติดมาด้วยในเขตมหาสมุทรกับผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่จับโดย
วิธีการอื่นนอกเขตมหาสมุทร จึงเป็นการวัดความเสี่ยงที่เกิดแก่โลมาที่เกิดขึ้นจากการทำประมงด้วย
วิธีการที่แตกต่างและในพื้นที่มหาสมุทรที่แตกต่างกัน สหรัฐฯไม่ได้แสดงให้เห็น องค์กรอุทธรณ์ เชื่อได้ว่า
มาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่ยุติธรรม เนื่องจากสหรัฐฯไม่ได้พิสูจน์ว่าผลกระทบจากมาตรการ
พิพาทที่เกิดผลเสียแก่ผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าของเม็กซิโกเกิดจากความแตกต่างที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰

คดี US – COOL⁴¹ สหรัฐฯออกมาตรการให้ติดฉลากแหล่งที่มาแกเนื้อวัวและเนื้อ
หมู (country of origin labelling regime for beef and pork หรือ COOL) โดยแบ่งประเภทของ
ฉลากออกเป็น 4 ประเภท ฉลากประเภท A สำหรับเนื้อของสัตว์ที่เกิด เลี้ยง และฆ่าในสหรัฐฯ ฉลาก
ประเภท B สำหรับเนื้อที่มีแหล่งที่มาจากหลายที่ เช่น สัตว์เกิดในเม็กซิโก แต่เลี้ยงและฆ่าในอเมริกา
ฉลากประเภท C สำหรับเนื้อสัตว์ที่ไม่ได้เกิดหรือเลี้ยงในสหรัฐฯแต่นำเข้ามาฆ่าในสหรัฐฯ และประเภท
สุดท้ายฉลากประเภท D สำหรับเนื้อสัตว์ที่ไม่ได้เกิด เลี้ยง และฆ่าในสหรัฐฯ ผู้ผลิตที่ผสมเนื้อสัตว์จาก
ต่างแหล่งที่มา มักจะใช้ฉลาก B หรือ C วัตถุประสงค์ของมาตรการนี้เพื่อให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับ
แหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่าเนื้อวัวและเนื้อควายของแคนาดา
เม็กซิโก และสหรัฐฯเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน เช่นเดียวกับเนื้อหมูของแคนาดา และสหรัฐฯ
คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่าการออกมาตรการติดฉลากบ่งบอกแหล่งที่มาของสหรัฐฯเป็น
การปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์ของแคนาดาและเม็กซิโกด้อยกว่าผลิตภัณฑ์จากสหรัฐฯ เพราะมาตรการ
กระทบต่อสภาพของการแข่งขันทำให้การนำเข้าเสียหาย เนื่องจากมาตรการติดฉลากบ่งบอก
แหล่งที่มาแบ่งแยกเนื้อวัว เนื้อควาย และเนื้อหมูจากแหล่งที่มาเพราะต้องการให้รับรู้ถึงแหล่งที่มาของ
ผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์ทุกขั้นตอน ค่าใช้จ่ายในการแบ่งแยกเพิ่มขึ้นทำให้ผู้ผลิตเลือกใช้เนื้อสัตว์ของสหรัฐฯ
จึงส่งผลกระทบต่อ การนำเข้าของแคนาดาและเม็กซิโก คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงตัดสินว่า
มาตรการ COOL ขัดต่อข้อ 2 วรรค 1

⁴⁰ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p.
871.

⁴¹ Panel Report, United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (2011)
Appellate Body Report, United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (2012)

สหรัฐฯ อุตสาหกรรมต่อองค์กรอุตสาหกรรม องค์กรอุตสาหกรรมเห็นด้วยกับคำตัดสินของ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่วิเคราะห์ต่างกัน องค์กรอุตสาหกรรม เห็นด้วยว่ามาตรการ COOL ของ สหรัฐฯทำให้สภาพการแข่งขันของผลิตภัณฑ์แคนาดาและเม็กซิโกเสียหาย นอกจากนี้้องค์กรอุตสาหกรรม ได้สังเกตว่าแม้ว่ามาตรการระบุแหล่งที่มาของสินค้าไม่ได้ต้องการให้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจน แต่ มาตรการนั้นสร้างแรงจูงใจในการแบ่งแยก และอ้างอิงถึงคดี Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทคดีอุตสาหกรรมในคดีนี้ได้กล่าว ว่า “เมื่อใดก็ตามที่ผลบังคับของมาตรการในตลาดก่อให้เกิดแรงจูงใจสำหรับเอกชนอย่างเป็นระบบ เพื่อตัดสินใจในทางที่เป็นประโยชน์แก่สินค้าภายในประเทศเพื่อทำให้สินค้านำเข้าที่เป็นสินค้าชนิด เดียวกันเสียหาย ฉะนั้นมาตรการอาจถูกพิจารณาว่าปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต่ำกว่า”

แม้ว่าองค์กรอุตสาหกรรมเห็นด้วยกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่ามาตรการ COOL ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการนำเข้าของแคนาดาและเม็กซิโก องค์กรอุตสาหกรรมเห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวิเคราะห์ที่ไม่ครบถ้วนเนื่องจากไม่ได้วิเคราะห์ว่าผลเสียที่เกิดขึ้นจาก ความแตกต่างโดยชอบด้วยกฎหมายของมาตรการหรือไม่ หรือพิจารณาว่ามาตรการเกิดขึ้นจากการ เลือปฏิบัติต่อการนำเข้าตามอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลหรือไม่

องค์กรอุตสาหกรรมย้ำหลักการเรื่องผลเสียแก่การนำเข้าที่เป็นผลกระทบทาง ข้อเท็จจริงอาจจะไม่สอดคล้องกับข้อ 2 วรรค 1 หากผลกระทบเกิดจากความแตกต่างโดยชอบด้วย กฎหมาย โดยกล่าวว่า “ความแตกต่างของกฎหมายที่ไม่ได้มีกำหนดขึ้นหรือบังคับใช้อย่างยุติธรรม เช่น ความแตกต่างของมาตรการกำหนดขึ้นหรือบังคับใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติตาม อำเภอใจหรือโดยมิชอบ ตัดสินว่ามาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบที่เสียหายเนื่องจากการทำตาม อำเภอใจหรือเลือกปฏิบัติอย่างไม่สมเหตุสมผล ความแตกต่างดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

องค์กรอุตสาหกรรมเพิ่มเติมว่า “การวินิจฉัยการปฏิบัติต่อยกกว่าทางข้อเท็จจริงต้อง พิจารณาทุกองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับตลาด ซึ่งอาจจะประกอบด้วยลักษณะของอุตสาหกรรมที่ พินาพ ส่วนแบ่งตลาดของอุตสาหกรรมนั้น ความพึงพอใจของผู้บริโภค และรูปแบบการค้าในอดีต”

มาตรการ COOL มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับแหล่งที่มาของ ผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์ แต่ข้อมูลส่วนใหญ่ไม่ได้ติดไว้บนฉลากที่ผู้บริโภคสามารถมองเห็นได้ชัดเจน เนื่องจากผู้บริโภคมองไม่เห็นข้อมูลแหล่งที่มาของสินค้า เพราะฉะนั้นจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่ามาตรการ COOL ซึ่งเป็นมาตรการที่มีการปฏิบัติแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์เป็นมาตรการที่จำเป็นในการสื่อสาร ข้อมูลแก่ผู้บริโภค ผู้ผลิตต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการติดฉลากแหล่งที่มาที่มีหลายประเภทลงบน ผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์เนื่องจากทำให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่ผู้ผลิตซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่ผลิตภัณฑ์ของ

เม็กซิโกและแคนาดา ดังนั้นองค์การอุทธรณ์จึงตัดสินว่ามาตรการ COOL เป็นไปตามอำเภอใจ และเป็นการสร้างภาระที่ไม่ได้สัดส่วนแก่ผู้ผลิตและเป็นมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผล เพราะฉะนั้นมาตรการ COOL จึงปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์นำเข้าต่ำกว่าผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์ในประเทศ มาตรการ COOL จึงเป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับข้อ 2 วรรค 1

3.2.3 หน้าที่ในการป้องกันอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ

ข้อ 2 วรรค 2⁴² ของความตกลง TBT กำหนดว่าภาคีต้องรับรองว่าจะไม่เตรียม ยอมรับ หรือบังคับใช้ข้อบังคับทางเทคนิคในลักษณะที่ก่อให้เกิดอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้อบังคับทางเทคนิคจะต้องไม่จำกัดการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำ ให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล โดยต้องคำนึงถึงความเสี่ยงไม่ว่าจะไม่บรรลุผลด้วย วัตถุประสงค์อันชอบธรรมนั้นเป็นหลักประกัน การป้องกันการกระทำที่ฉ้อฉล การป้องกันสุขภาพ หรือความปลอดภัยของมนุษย์ ชีวิตหรือสุขภาพของสัตว์และพืช หรือสิ่งแวดล้อม องค์ประกอบที่ จะต้องพิจารณา คือ ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และเทคนิคที่มีอยู่ เทคโนโลยีของกระบวนการที่เกี่ยวข้องการใช้สุดท้าย (end-used) ของสินค้า

จากบทบัญญัติข้อ 2.2 ของความตกลง TBT กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันการออกข้อบังคับทางเทคนิคที่มีลักษณะจำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรการที่จำกัดทางการค้าบางมาตรการอาจกระทำได้ แต่ต้องไม่จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาว่ามาตรการที่เป็นข้อบังคับทางเทคนิคที่สอดคล้องกับข้อ 2 วรรค 2 หรือไม่ต้องพิจารณา 2 ขั้นตอน⁴³ ได้แก่

⁴² Article 2.2 of Agreement on Technical Barriers to Trade

“Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.”

⁴³ World Trade Organization, "WTO Analytical Index: Technical Barriers of Agreement on Technical Barriers to Trade," [Online] Accessed: 30 July 2016. Available from: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/tbt_e.htm

3.2.3.1 มาตรการทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล

มาตรการที่สอดคล้องกับข้อ 2 วรรค 2 ต้องเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของ โดยชอบด้วยกฎหมายของมาตรการนั้นบรรลุผล ซึ่งวัตถุประสงค์ของมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายได้ บัญญัติไว้ใน ข้อ 2 วรรค 2 ได้แก่ การป้องกันการกระทำที่ฉ้อฉล การป้องกันสุขภาพหรือความ ปลอดภัยของมนุษย์ ชีวิตหรือสุขภาพของสัตว์และพืช หรือสิ่งแวดล้อม โดยการหาวัตถุประสงค์ของ มาตรการพิพาทผู้พิจารณาต้องพิจารณาวัตถุประสงค์อย่างอิสระและไม่มีอคติ โดยดูจากถ้อยคำของ บทบัญญัติ ความเป็นมาของการออกมาตรการ หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบและผลบังคับของ มาตรการ⁴⁴

นอกจากนี้มาตรการจะต้องทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการบรรลุผลได้ โดยต้อง พิจารณา “ระดับของผล” (degree of contribution) ของมาตรการว่าจะสามารถทำให้วัตถุประสงค์ โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผลได้หรือไม่⁴⁵ “ระดับของผล” อาจจะวินิจฉัยได้จากจุดประสงค์ องค์ประกอบ การบังคับใช้ข้อบังคับทางเทคนิค หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้มาตรการ⁴⁶

คดี US — Clove Cigarettes⁴⁷ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท วินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ในการลดการสูบบุหรี่ของเยาวชนเป็นวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลดการสูบบุหรี่ของเยาวชนอันเป็นจุดประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพ ของมนุษย์ และข้อ 2 วรรค 2 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “การคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์” เป็น วัตถุประสงค์โดยชอบธรรมประการหนึ่ง

3.2.3.2 มาตรการต้องไม่จำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์ บรรลุผล

(1) มาตรการจำกัดทางการค้า

⁴⁴ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p. 874.

⁴⁵ Ibid., p.876.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Panel and Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (2011)

Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (2012)

มาตรการที่จำกัดทางการค้ากำหนดรูปแบบอันเป็นการจำกัด เลือกปฏิบัติ หรือปฏิเสธโอกาสในการแข่งขันทางการค้าของสินค้านำเข้า

(2) มาตรการจำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผล โดยคำนึงถึงความเสี่ยงที่วัตถุประสงค์จะไม่บรรลุผล

การพิจารณาว่ามาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลหรือไม่ ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่น หากมีมาตรการทางเลือกอื่นที่จำกัดทางการค้าน้อยกว่าและมาตรการนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการบรรลุผล ดังนั้นมาตรการที่พิพาทจะเป็นมาตรการที่ขัดต่อข้อ 2 วรรค 2 แต่อย่างไรก็ตามหากมาตรการทางเลือกมีความเสี่ยงในการที่จะไม่บรรลุผลมากกว่า มาตรการทางเลือกนั้นก็จะเป็นมาตรการทางเลือกที่ใช้ไม่ได้ ทั้งนี้ภาระในการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้ร้องที่จะแสดงให้เห็นว่ามาตรการทางเลือกจำกัดทางการค้าเกินความจำเป็น โดยผู้ร้องต้องเสนอมาตรการทางเลือกที่จำกัดทางการค้าน้อยกว่า⁴⁸

คดี Clove - Cigarette⁴⁹ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยประเด็นแรกว่า มาตรการของสหรัฐที่ห้ามการผลิตและขายบุหรี่กลิ่นกานพลูและบุหรี่แต่งกลิ่นอื่นๆ แต่ไม่รวมถึงบุหรี่ธรรมดาหรือบุหรี่กลิ่นเมนทอลเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผลหรือไม่ ซึ่งมาตรการมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการสูบบุหรี่ของเยาวชน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่าการลดการสูบบุหรี่ของเยาวชนเป็นวิธีการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์

ประการที่สอง วินิจฉัยว่าการห้ามบุหรี่กลิ่นกานพลูเป็นการจำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอ้างถึงคดีที่พิจารณาความจำเป็นตาม GATT ที่ การชั่งน้ำหนักและการให้ความสมดุลระหว่างปัจจัยหลายอย่าง ได้แก่ ความสำคัญของวัตถุประสงค์ และผลจากการจำกัดทางการค้าของมาตรการ แต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกลับให้ความสำคัญเรื่องความสัมพันธ์ของผลที่เกิดขึ้นจากมาตรการมากกว่าว่ามาตรการทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าผลของมาตรการต้องสัมพันธ์กัน หมายความว่าต้องมีความสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างวัตถุประสงค์ที่บรรลุผลและมาตรการ กรณีนี้มาตรการมีผลสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่สามารถระบุได้ เพราะมีเยาวชนจำนวนมากที่สูบบุหรี่กลิ่นกานพลู และมีหลักฐานจาก

⁴⁸ Jonathan Charlone, "An Added Exception to the Tbt Agreement after Clove, Tuna li, and Cool," *Boston College International and Comparative Law Review* 37, 1 (2014): 130 – 131.

⁴⁹ Panel and Appellate Body Report, United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (2011)

สหรัฐฯ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าบุหรี่ปูแต่งกลิ่น เช่น กลิ่นกานพลู และอัตราการสุบบุหรี่ของเยาวชน มีความสัมพันธ์กัน

ประเด็นที่สาม มาตรการถูกเปรียบเทียบกับทางเลือกที่เป็นไปได้โดยพิจารณาว่ามี มาตรการที่จำกัดทางการค้าที่น้อยกว่าที่ให้ผลที่เท่าเทียมกันกับมาตรการที่ประเทศภาคีต้องการใช้ หรือไม่ ซึ่งจะพิจารณาเฉพาะวิธีการ ดังนั้นประเทศภาคีองค์การการค้าโลกไม่สามารถใช้มาตรการที่ จำกัดทางการค้าที่น้อยกว่าแต่ให้ความคุ้มครองในระดับที่น้อยกว่าได้ หมายความว่าถ้ามาตรการ ทางเลือกอื่นที่ทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลได้แต่มีความเสี่ยงในการที่จะไม่บรรลุผลมากกว่ามาตรการที่ ประเทศภาคีต้องการใช้ มาตรการนั้นไม่ใช่มาตรการทางเลือกโดยชอบด้วยกฎหมาย อินโดนีเซียไม่ สามารถแสดงให้เห็นถึงมาตรการทางเลือกที่จะสามารถลดความเสี่ยงเช่นเดียวกับมาตรการของ สหรัฐฯ ซึ่งอินโดนีเซียไม่ได้ชี้แจงถึงมาตรการทางเลือกอย่างเพียงพอ เพียงแค่ระบุรายชื่อมาตรการ ต่างๆมาเท่านั้น เช่น การห้ามโฆษณาสูบในที่สาธารณะ หรือกำหนดให้ผู้ค้าปลีกตรวจสอบอายุ ของผู้ซื้อก่อนขาย ซึ่งอินโดนีเซียควรจะมีหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพของมาตรการ ทางเลือกที่จะทำให้วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองในระดับเดียวกับมาตรการของสหรัฐฯ บรรลุผล

คดี U.S. – Tuna II⁵⁰ สหรัฐฯ ออกมาตรการให้ติดฉลาก “dolphin-safe” โดยมี วัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ ให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคว่าผลิตภัณฑ์ทูน่าเป็นอันตรายต่อโลมา และ การใช้ตลาดของสหรัฐฯ เป็นพื้นที่ในการส่งเสริมการประมงที่ไม่ทำอันตรายต่อโลมา

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่าฉลาก “dolphin – safe” สามารถทำให้ ผู้บริโภคในสหรัฐฯ หลีกเลี่ยงการซื้อผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่มีการจับทูน่าในลักษณะที่เป็นอันตรายต่อ โลมาตามวัตถุประสงค์ของมาตรการทั้งสองเพียงบางส่วน เพราะการจับปลาด้วยวิธีการอื่นนอกจาก จับด้วยอวนนอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออกก็อาจเป็นอันตรายต่อโลมา หรืออีกนัย หนึ่งฉลาก “dolphin – safe” อาจติดบนผลิตภัณฑ์ทูน่าที่ผลิตจากทูน่าที่จับโดยวิธีการจับปลาอย่าง อื่นนอกจากอวนนอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออกได้โดยไม่ต้องมีการรับรองใดๆ ทั้งๆ ที่การจับด้วยวิธีการอื่นนอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออกก็อาจจะเป็นอันตรายต่อ โลมาเช่นกัน

⁵⁰ Panel Report, United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (2011)

Appellate Body Report, United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (2012)

เม็กซิโกเสนอให้ใช้ฉลาก “dolphin-safe” ตามความตกลงตามโครงการอนุรักษ์โลมาระหว่างประเทศ (Agreement on International Dolphin Conservation Program หรือ AIDCP) ร่วมกับฉลาก “dolphin-safe” ที่ใช้อยู่ซึ่งจะเป็นมาตรการที่จำกัดการค้ำน้อยกว่าที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของสหรัฐฯ บรรลุผลเท่ากับมาตรการ “dolphin-safe” ของสหรัฐฯ มาตรการทางเลือกนี้อนุญาตให้จับปลาทูน่าโดยอวน ในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออกมีสิทธิที่จะติดฉลาก “AIDCP dolphin-safe” ได้ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องมีการรับรองจากผู้สังเกตการณ์อิสระว่าไม่มีการฆ่าโลมาหรือทำร้ายโลมาให้บาดเจ็บร้ายแรง

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเปรียบเทียบระหว่างมาตรการติดฉลาก “dolphin - safe” ของสหรัฐฯ ที่ให้ใช้วิธีการจับปลาอื่นนอกเหนือจากการใช้อวนจับปลาที่จะมีโลมาติดมาด้วยนอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออก และมาตรการทางเลือกของเม็กซิโกที่ให้ใช้อวนในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออก

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่ามาตรการของสหรัฐฯ ที่ให้จับปลานอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออกด้วยวิธีการอื่นในระหว่างการออกไปจับปลาครั้งหนึ่ง โลมาอาจถูกฆ่าหรือได้รับบาดเจ็บได้ ผู้บริโภคก็จะมั่นใจได้ว่าผลิตภัณฑ์ที่มีฉลาก “dolphin - safe” ไม่มีผลกระทบต่อโลมาที่สังเกตเห็นไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้บริโภคนั้นก็ยังไม่สามารถมั่นใจได้ว่าไม่มีโลมาที่ถูกฆ่าหรือทำให้บาดเจ็บสาหัสที่สังเกตเห็นได้ เพราะฉะนั้นมาตรการของสหรัฐฯ ไม่ประสบความสำเร็จในการที่จะแสดงว่าการจับทูน่านอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออกโดยไม่ใช้อวน จะไม่ทำให้โลมาตายหรือบาดเจ็บสาหัส แต่ผลิตภัณฑ์จากทูน่าเหล่านั้นยังคงได้ฉลาก “dolphin - safe”

ในขณะที่มาตรการทางเลือกโดยใช้ฉลาก “AIDCP dolphin-safe” ซึ่งจะติดให้แก่ผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าที่มาจากทูน่าที่จับโดยไม่มีการตายหรือบาดเจ็บสาหัสของโลมาที่สังเกตเห็นได้ แต่การจับนั้นก็อาจเกิดอันตรายต่อโลมาที่ไม่สามารถสังเกตเห็นได้ ซึ่งมาตรการนี้จะลดอันตรายที่เกิดจากการจับโลมา ผู้บริโภคก็จะมั่นใจได้ว่าผลิตภัณฑ์ทูน่าจะไม่มีโลมาตายที่สังเกตเห็นได้ ไม่อาจแน่ใจได้ว่าการจับโดยอวนหรือไม่อันตรายต่อโลมาที่ไม่สามารถสังเกตเห็นได้แก่โลมาหรือไม่

เพราะฉะนั้นทั้งสองมาตรการทำให้ผู้บริโภคจะมีความไม่มั่นใจว่ามีอันตรายเกิดแก่ทูน่าในผลิตภัณฑ์ทูน่านั้นหรือไม่ ในกรณีของมาตรการของสหรัฐฯ ระหว่างที่ทำการจับทูน่าในความเป็นจริงอาจมีโลมาถูกฆ่าหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสแต่ผลิตภัณฑ์ที่ประกอบด้วยทูน่าที่จับในครั้งนั้นจะได้ติดฉลาก “dolphin-safe” ในขณะที่ AIDCP “dolphin-safe” จะไม่ให้ติดฉลากเมื่อโลมาถูกฆ่าในระหว่างการจับทูน่า แต่ยังคงมีผลเสียที่สังเกตเห็นไม่ได้ที่อาจเกิดแก่โลมา คณะกรรมการวินิจฉัยข้อ

พิพาทจึงพิจารณาว่าถ้าฉลาก AIDCP ได้รับอนุญาตให้ใช้ร่วมกับ US dolphin-safe provision ผู้บริโภคจะสำคัญผิดเกี่ยวกับการจับปลาไม่มากไปกว่ามาตรการของสหรัฐฯ ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

ดังนั้นมาตรการทางเลือกของเม็กซิโกเป็นมาตรการทางเลือกที่จำกัดทางการค้า น้อยกว่ามาตรการของสหรัฐฯ ซึ่งบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับที่มาตรการของสหรัฐฯ ต้องการคุ้มครองในเรื่องการรับรองว่าตลาดสหรัฐฯ ไม่ส่งเสริมการจับทูน่าในลักษณะที่เป็นอันตรายต่อโลมา ในการวินิจฉัยนี้อยู่บนพื้นฐานของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี กระบวนการทางเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง และการใช้สุดท้าย (end-uses) ของผลิตภัณฑ์ทูน่า

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงตัดสินว่ามาตรการติดฉลาก “dolphin – safe” ของสหรัฐฯ จำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล และมีความเสี่ยงที่จะไม่บรรลุผล จึงเป็นมาตรการที่จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมอันขัดต่อข้อ 2 วรรค 2 ของความตกลง TBT

อย่างไรก็ตามองค์การอุทธรณ์กลับคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยตัดสินว่าการวิเคราะห์ว่ามาตรการติดฉลากของสหรัฐฯ จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ 3 ประการ (three - prong) (1) ระดับที่มาตรการทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล (2) การจำกัดทางการค้า (3) ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการที่มาตรการไม่บรรลุวัตถุประสงค์ นอกจากนี้การวิเคราะห์ควรมีการเปรียบเทียบระหว่างมาตรการพิพาทกับมาตรการทางเลือกที่เป็นไปได้ ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่ามาตรการทางเลือกจำกัดทางการค้าน้อยกว่า

องค์การอุทธรณ์ กลับคำตัดสินของ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เกี่ยวกับการตัดสินระดับของผลของมาตรการของสหรัฐฯ ต่อวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะว่าเป็นเรื่องของการเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสองมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการอวนในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออก แต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนำการจับทูน่านอกเขตมหาสมุทรมาใช้ในการเปรียบเทียบมาตรการทางเลือกด้วย เพราะฉะนั้นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทก็ควร จะจำกัดการเปรียบเทียบเงื่อนไขเฉพาะภายในมหาสมุทรแปซิฟิกเท่านั้น

แม้ว่า US “dolphin – safe” ไม่สามารถติดบนผลิตภัณฑ์ทูน่าได้ตามเงื่อนไขของ มาตรการ แต่สามารถติดฉลาก AIDCP “dolphin – safe” ได้ขึ้นอยู่กับ การรับรองว่าไม่มีโลมาถูกฆ่า หรือบาดเจ็บอย่างร้ายแรง แต่อย่างไรก็ตามมันโต้แย้งไม่ได้ว่าโลมาบาดเจ็บอย่างสังเกตเห็นได้ เช่นเดียวกับผลกระทบแก่โลมาที่ไม่สามารถสังเกตเห็นได้ที่เกิดจากอวนเพราะแม้ว่าโลมาไม่ได้ตายโดย อวนโลมายังคงเป็นอันตราย เช่น โลมาอาจเกิดความเครียด หรือเกิดการบาดเจ็บ เป็นต้น ดังนั้น

ระดับของผลลัพธ์ (degree of contribution) ของมาตรการทางเลือกของเม็กซิโกที่ไม่เท่ากับผลลัพธ์ที่จะได้จากมาตรการของสหรัฐฯ มาตรการทางเลือกที่เสนอโดยเม็กซิโกจึงส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองโลมาน้อยกว่ามาตรการพิพาทเพราะฉะนั้น มาตรการของสหรัฐฯ สอดคล้องกับข้อ 2.2

ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบการพิจารณามาตรการการติดฉลาก US Dolphin – Safe กับ มาตรการติดฉลาก AIDCP Dolphin – Safe

เขตมหาสมุทร	วิธีจับปลาหน้า	การติดฉลาก US Dolphin – Safe ของ สหรัฐฯ	การติดฉลาก AIDCP Dolphin – Safe ของ เม็กซิโก
ในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออก	อวนที่มีโลมาติดมาด้วย (setting on dolphin)	(ก) ไม่อนุญาต	(ค) อนุญาต แต่ต้องมีการรับรองโดยผู้สังเกตการณ์อิสระ
	วิธีการจับปลาอื่น	อนุญาต แต่ต้องมีการรับรอง	
นอกเขตมหาสมุทรแปซิฟิกเขตร้อนด้านตะวันออก	อวนที่มีโลมาติดมาด้วย (setting on dolphin)	(ข) ไม่อนุญาต	
	วิธีการจับปลาอื่น	อนุญาต ไม่ต้องมีการรับรอง	

หมายเหตุ: คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเปรียบเทียบระหว่าง (ข) และ (ค)

องค์กรอุทธรณ์เปรียบเทียบระหว่าง (ก) และ (ค)

ที่มา Yoshimichi Ishikawa, “Plain Packaging Requirements and Article 2.2 of The TBT Agreement” *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs* 30 (2014): 90.

3.3 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs)

3.3.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า

เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเกิดจากการสร้างสรรค์โดยใช้ความคิด และสติปัญญาของมนุษย์ ความสามารถ ความพยายามของตนในการสร้าง ตลอดจนทรัพยากรอื่นๆ เช่น ทุนทรัพย์ของตน ในการประดิษฐ์คิดค้น และสร้างสรรค์ผลงานขึ้น เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องการที่

จะใช้ประโยชน์และได้รับค่าตอบแทนจากสิ่งประดิษฐ์ของตนให้ได้มากที่สุด ดังนั้นเพื่อที่จะคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ต่างๆเหล่านั้นจากการลอกเลียนแบบ หรือหาแสวงหาประโยชน์โดยบุคคลที่ไม่ใช่ผู้คิดค้น จึงต้องมีมาตรการทางกฎหมายมาคุ้มครอง⁵¹

ความตกลงความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวเนื่องกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) มีจุดประสงค์พื้นฐานในการสนับสนุนการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเพื่อให้แน่ใจว่ามาตรการและกระบวนการที่บังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่เป็นสิ่งที่กีดกันการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย⁵² นอกจากนี้ ความตกลง TRIPs ยังกำหนดถึงวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs ไว้ว่าการคุ้มครองและการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควรให้การสนับสนุนการคิดค้นทางเทคโนโลยีและให้การสนับสนุนการเผยแพร่เทคโนโลยี และสนับสนุนเพื่อสวัสดิการทางสังคมและเศรษฐกิจ และสนับสนุนความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ด้วย⁵³ แต่อย่างไรก็ตามมาตรการป้องกันเจ้าของสิทธิใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปในทางที่ผิดจะต้องใช้อย่างเหมาะสม และสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงด้วย⁵⁴ ความตกลง TRIPs กำหนดให้ประเทศภาคีออกกฎหมายภายในที่ให้การคุ้มครองไม่น้อยไปกว่าบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs โดยประเทศภาคีมีเสรีภาพในการตัดสินใจในการเลือกวิธีการที่เหมาะสมเพื่อนำบทบัญญัติในความตกลงมาบังคับใช้ในระบบกฎหมายของตน⁵⁵

⁵¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป) (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555), หน้า 9 – 11.

⁵² Preamble of TRIPs Agreement

“Desiring to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade...”

⁵³ 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”

⁵⁴ Article 8.2 of TRIPs Agreement

“Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders...”

⁵⁵ Article 1 of TRIPs Agreement

“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

3.3.2. ความสำคัญของเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายที่ทำให้แยกแยะสินค้าของผู้ประกอบการหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่นในตลาด ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏบนสินค้าทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะและเลือกสินค้าได้⁵⁶

หน้าที่ของเครื่องหมายการค้ามีประโยชน์ต่อทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภค ซึ่งหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าอาจแบ่งออกได้เป็น 4 ประการ⁵⁷ ดังนี้

3.3.2.1 หน้าที่ในการแยกแยะและทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างสินค้า

เครื่องหมายการค้าช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ทำให้สินค้าของตนแตกต่างจากสินค้าของผู้ประกอบการอื่นที่มีลักษณะเหมือนกันที่เป็นคู่แข่งทางการค้าในตลาด ส่งผลให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะและเลือกสินค้าเหล่านั้นได้ ดังนั้นเครื่องหมายการค้าต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ และเครื่องหมายการค้าจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ผู้ประกอบการอื่นที่ขายสินค้าประเภทที่คล้ายกันใช้อยู่

3.3.2.2 หน้าที่ในการบ่งบอกแหล่งที่มา

โดยทั่วไปหน้าที่ในการบ่งบอกแหล่งที่มาไม่ได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้าจะต้องระบุถึงที่อยู่ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า แต่เป็นเครื่องหมายที่ช่วยให้ผู้บริโภคทราบว่าสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้านั้นมาจากผู้ประกอบการเดียวกัน เพราะฉะนั้นเพื่อที่จะให้เครื่องหมายการค้ามีการบอกแหล่งที่มาอย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องมีการคุ้มครองสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ของผู้ประกอบการ โดยบุคคลภายนอกต้องถูกหวงกั้นจากการใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่คล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้าที่ได้ใช้กับสินค้าซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือได้รับการคุ้มครองโดยวิธีการอื่น เพราะการใช้เครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันอาจทำให้ผู้บริโภคสับสนหรือทำให้ผู้บริโภคหลงผิด

การคุ้มครองสิทธิในการใช้แต่เพียงผู้เดียวนี้ทำให้สามารถระบุกิจการหรือบุคคลที่จะรับผิดชอบเพื่อสินค้านั้นโดยไม่ต้องระบุชื่อหรือสถานที่ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเลย

appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.”

⁵⁶ World Intellectual Property Organization, *Background Reading Material on Intellectual Property* (1988), p. 145.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 148 – 150.

3.3.2.3 หน้าที่ในการแสดงถึงคุณภาพของสินค้า

เครื่องหมายการค้าจะแสดงถึงมาตรฐานโดยทั่วไปของคุณภาพของสินค้า ผู้บริโภคจะสามารถที่จะคาดหมายคุณภาพของสินค้าจากเครื่องหมายการค้านั้นได้ซึ่งขึ้นอยู่กับค่าความนิยม (goodwill) และชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว

ผู้ประกอบการส่งเสริมชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าโดยการรักษาระดับของคุณภาพของสินค้าของตน แต่ไม่ได้หมายความว่าผู้ประกอบการจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือส่วนผสมของผลิตภัณฑ์ได้ อีกทั้งเมื่อเวลาผ่านไปผู้บริโภคก็อาจเปลี่ยนความนิยม อย่างไรก็ตามแม้ว่าสินค้าจะเปลี่ยนไป ผู้บริโภคยังสามารถคาดหมายได้ว่าสินค้านั้นยังคงมีคุณภาพและคุณสมบัติตามมาตรฐานเช่นเดิม ดังนั้นเครื่องหมายการค้าจึงเป็นสัญลักษณ์ที่แสดงถึงชื่อเสียงเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าซึ่งก่อให้เกิดมูลค่าแก่เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการ อีกทั้งชื่อเสียงดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้บริโภคเลือกสินค้าของผู้ประกอบการหนึ่งจากสินค้าของผู้ประกอบการหลายรายในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่จะทราบถึงคุณภาพของสินค้าหลังจากมีการใช้สินค้าแล้ว หน้าที่ในการแสดงถึงคุณภาพนี้เป็นหน้าที่ทางเศรษฐกติกและทางสังคมวิทยา ซึ่งเรื่องคุณภาพของสินค้าในทางอรรถวิสัยจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าโดยตรง แต่มักจะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายห้ามการโฆษณาที่เป็นเท็จหรือหลอกลวง กฎหมายเกี่ยวกับฉลาก กฎหมายเรื่องสัญญาและละเมิด มาตรการเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัย รวมถึงหน้าที่ของเครื่องหมายที่แสดงถึงคุณภาพของสินค้าในทางภาวะวิสัยจะได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้า เช่น การที่กฎหมายปฏิเสธที่จะให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่อาจทำให้สับสนหลงผิด และคุณภาพรับรองโดยเครื่องหมายการค้าจะมีผลต่อการโอนสิทธิและการให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า

3.3.2.4 หน้าที่ในการโฆษณาสินค้า

เครื่องหมายการค้ามีอำนาจในการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องหมายการค้ากับสินค้า และทำให้ประชาชนคุ้นเคยกับสินค้า เครื่องหมายการค้าจึงเป็นสิ่งที่กระตุ้นและคงไว้ซึ่งความต้องการของผู้บริโภค ขณะเดียวกันเครื่องหมายการค้าช่วยให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับสินค้าที่วางจำหน่ายในตลาด ดังนั้นเครื่องหมายการค้าจึงไม่ควรทำให้เกิดความสับสนหลงผิด ไม่ควรใช้ในการโฆษณาในทางที่เป็นเท็จหรือหลอกลวง⁵⁸

⁵⁸ Ibid.

เนื่องจากในตลาดมีสินค้าชนิดเดียวกันของผู้ประกอบการหลายราย สินค้ามีรายละเอียดเหมือนกันและแตกต่างกันบ้างทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถจำรายละเอียดทั้งหมดของสินค้าได้ เครื่องหมายการค้าจึงเป็นสื่อที่ผู้ประกอบการใช้ในการโฆษณา สื่อสารข้อมูล รายละเอียด และสรรพคุณของสินค้าแก่ผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคสามารถสังเกตและจดจำสินค้าของผู้ผลิตได้ง่ายขึ้น เครื่องหมายการค้าจึงเป็นสิ่งที่ช่วยผู้บริโภคในการตัดสินใจซื้อสินค้า⁵⁹

3.3.3 สิทธิในเครื่องหมายการค้า

3.3.3.1 สิทธิในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

(1) เครื่องหมายที่มีสิทธิจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

(1.1) เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

สัญลักษณ์ที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 15 วรรค 1⁶⁰ โดยกำหนดว่าอาจเป็นสัญลักษณ์หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่นถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์เช่นว่านั้น โดยเฉพาะคำ รวมทั้งชื่อบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนประกอบของภาพ และการรวมกันของสีต่างๆ ตลอดจนการรวมกันใดๆของสัญลักษณ์เช่นว่านั้นเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมและเป็นเครื่องหมายการค้า

ข้อ 15 วรรค 1 กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าต้องสามารถแยกสินค้าของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าของอีกกิจการหนึ่งได้ โดยเครื่องหมายการค้านี้จะต้องแตกต่างจากตัวสินค้าและชื่อของสินค้านั้น โดยเครื่องหมายการค้าไม่ควรสื่อถึงประเภทของสินค้าแต่ควรที่จะทำให้แยกสินค้าประเภทเดียวกันออกจากกันได้ เรียกว่ามี “ลักษณะบ่งเฉพาะ” เช่น รูปภาพเมล็ดกาแฟ หรือ คำว่า “coffee” ไม่เหมาะสมที่จะใช้เป็นเครื่องหมายการค้าแก่สินค้าประเภทกาแฟ ซึ่งเป็น

⁵⁹ ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาล, "การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 11.

⁶⁰ Article 15.1 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
 “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, shall be eligible for registration as trademarks. Where signs are not inherently capable of distinguishing the relevant goods or services, Members may make registrability depend on distinctiveness acquired through use. Members may require, as a condition of registration, that signs be visually perceptible.”

หน้าที่หลักที่สำคัญที่สุดของเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้จะต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่มี “ลักษณะบ่งเฉพาะ” ซึ่งอาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเอง หรือแม้เครื่องหมายการค้านั้นจะไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเอง แต่ก็อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ก็ได้⁶¹

(1.2) เหตุในการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ข้อ 15 วรรค 2⁶² กำหนดว่าจากบทบัญญัติตามข้อ 15 วรรค 1 ต้องไม่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการห้ามประเทศภาคีจากการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุผลอื่น เหตุผลอื่นดังกล่าวต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ภายใต้อนุสัญญาปารีส

ข้อ 15 วรรค 2 กำหนดว่านอกจากเหตุผลในการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่บทบัญญัติไว้ในข้อ 15 วรรค 1 แล้ว ประเทศภาคีอาจปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้โดยอาศัยเหตุผลตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาปารีสฯ เช่น เครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (well - know marks) ตามข้อ 6 bis (1) ของอนุสัญญากรุงปารีสกำหนดให้ประเทศภาคีปฏิเสธหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น หรือห้ามใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่ทำให้เกิดความสับสนหลงผิดกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศนั้น และอาจปฏิเสธการจดทะเบียนด้วยเหตุผลอื่น โดยต้องไม่ขัดต่อหลักการของอนุสัญญาปารีสฯ

(1.3) เงื่อนไขในการจดทะเบียน

ข้อ 15 วรรค 3⁶³ กำหนดว่า “ประเทศภาคีอาจกำหนดให้การจดทะเบียนขึ้นอยู่กับการใช้ อย่างไรก็ตามการใช้เครื่องหมายการค้าตามความเป็นจริงจะไม่เป็นเงื่อนไขในการขอจดทะเบียน การขอจดทะเบียนต้องไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลว่ามีได้มีการใช้เครื่องหมายการค้าก่อนระยะเวลา 3 ปีจากวันที่มีการขอจดทะเบียน”

⁶¹ World Intellectual Property Organization, *Background Reading Material on Intellectual Property*, p. 153 - 154.

⁶² Article 15.2 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
“Paragraph 1 shall not be understood to prevent a Member from denying registration of a trademark on other grounds, provided that they do not derogate from the provisions of the Paris Convention (1967).”

⁶³ Article 15.3 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
“Members may make registrability depend on use. However, actual use of a trademark shall not be a condition for filing an application for registration. An application shall not be refused solely on the ground that intended use has not taken place before the expiry of a period of three years from the date of application.”

สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในเครื่องหมายการค้าได้มาหรือคงไว้ได้ด้วยการใช้หรือการแสดงให้เห็นถึงเจตนาในการใช้เครื่องหมายนั้น บางประเทศอาจกำหนดว่าการใช้เครื่องหมายการค้าตามความเป็นจริงเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียน หรือบางประเทศอาจกำหนดให้มีการจดทะเบียนได้แต่ต้องมีการใช้เครื่องหมายการค้าภายในเวลาที่กำหนดด้วยถ้าไม่ได้มีการใช้เครื่องหมายการค้าก็จะถูกเพิกถอนจากการจดทะเบียน โดยผู้จดทะเบียนต้องแสดงถึงเจตนาในการใช้ (intent to use) เครื่องหมายการค้าด้วย⁶⁴

(1.4) ลักษณะของสินค้าไม่เป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียน

ข้อ 15 วรรค 4⁶⁵ บัญญัติว่า “ลักษณะของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้า จะไม่เป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่ว่าในกรณีใด”

3.3.3.2 สิทธิในการหวงกันเครื่องหมายการค้า

(1) สิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้า

ข้อ 16 วรรค 1⁶⁶ กำหนดว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่จะหวงกันมิให้บุคคลที่สามนำเอาเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกันไปใช้ในทางการค้ากับสินค้าหรือบริการที่เหมือนหรือคล้ายกันกับสินค้าหรือบริการที่ได้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยปราศจากความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น หากการใช้เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความสับสนกรณีให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าอาจมีความสับสน หากปรากฏว่ามีผู้นำเอาเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกันไปใช้กับสินค้าหรือบริการที่เหมือนกัน สิทธิที่กำหนดไว้ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียต่อสิทธิใดๆที่มีอยู่ก่อนแล้วและจะต้องไม่กระทบต่อการที่บรรดาภาคีจะกำหนดให้สิทธิเกิดขึ้นโดยการใช้

⁶⁴ World Intellectual Property Organization, *Background Reading Material on Intellectual Property*, p. 161 – 162.

⁶⁵ Article 15.4 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

“The nature of the goods or services to which a trademark is to be applied shall in no case form an obstacle to registration of the trademark.”

⁶⁶ Article 16.1 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

“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. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use.”

ข้อ 16 บัญญัติอยู่ในหมวดที่ 2 ของส่วนที่ 2 ของความตกลง TRIPs กำหนดถึงสิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้า (right conferred) ซึ่งจากข้อกำหนดตามข้อ 16 วรรค 1 ได้กำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะหวงกัน (exclusive right to exclude) มิให้บุคคลที่สามนำเอาเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันไปใช้โดยไม่ได้รับความยินยอม เช่น การปลอมเครื่องหมายการค้า เพื่อจำกัดไม่ให้เกิดความสับสน หรือหลอกลวง ซึ่งสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในข้อนี้ไม่รวมถึงสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า (right to use) ซึ่งเป็นสิทธิในเชิงบวก (positive right) ดังนั้นสิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้า (right conferred) ในข้อ 16 นี้จึงหมายถึงเฉพาะสิทธิในการหวงกันมิให้บุคคลที่สามนำเอาเครื่องหมายการค้าไปใช้เท่านั้น อันมีลักษณะเป็นสิทธิเชิงนิเสธ (negative right)

จากบทบัญญัติในข้อ 16 นี้ทำให้นักกฎหมายส่วนหนึ่งมองว่าสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิเชิงนิเสธ ดังเช่นที่ได้มีการวินิจฉัยไว้ในคดี European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications⁶⁷ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท วินิจฉัยว่าความตกลง TRIPs ไม่ได้มีข้อกำหนดทั่วไปที่ให้สิทธิเชิงบวกแก่การใช้สิทธิ หรือการใช้เพื่อกระทำการ แต่ความตกลง TRIPs มีข้อกำหนดที่ให้เฉพาะสิทธิเชิงนิเสธเพื่อป้องกันการกระทำบางอย่าง

นอกจากนี้ Correa ยังให้ความเห็นว่าสิทธิที่กำหนดโดยข้อ 16 โดยเฉพาะข้อ 16 วรรค 1 เป็นสิทธิเชิงนิเสธอันเป็นสิทธิที่จะป้องกันบุคคลอื่นจากการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ทรงเครื่องหมายการค้า (mark holder) ในการใช้เครื่องหมายการค้า⁶⁸

(2) ข้อยกเว้นสิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้า

ข้อ 17⁶⁹ ของความตกลง TRIPs กำหนดถึงข้อยกเว้นสิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้า (right conferred by trademark) โดยกำหนดว่าประเทศภาคีอาจกำหนดข้อยกเว้นอย่างจำกัดแก่สิทธิที่ได้รับโดยเครื่องหมายการค้า เช่น การใช้ชื่ออย่างเป็นธรรมซึ่งข้อความ

⁶⁷ Panel Report, European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (2005)

⁶⁸ Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on The TRIPs Agreement* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 186.

⁶⁹ Article 17 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

“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.”

พรรณนา การกำหนดชื่อยกเว้นเช่นนั้นต้องคำนึงถึงประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สาม

นักกฎหมายเห็นว่าข้อ 17 กำหนดให้ประเทศภาคีจำกัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้โดยเฉพาะสิทธิที่กำหนดไว้ในข้อ 16⁷⁰ ดังนั้นข้อ 17 กำหนดให้ประเทศภาคีจำกัดสิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้า เฉพาะสิทธิในการหวงกัมนำให้บุคคลที่สามนำเอาเครื่องหมายการค้าไปใช้เพื่อไม่ให้เกิดการสับสนหลงผิดอันเป็นสิทธิตามข้อ 16 เท่านั้น

คดี EC – Trademarks and Geographical Indications⁷¹ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพิจารณาว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายในการรักษาลักษณะบ่งเฉพาะ หรือความสามารถในการใช้แยกแยะสินค้าซึ่งเป็นการทำตามหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า ประโยชน์ในการใช้เครื่องหมายการค้าต้องสัมพันธ์กับสินค้าและบริการของเครื่องหมายการค้า การคำนึงถึงประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายต้องคำนึงถึงประโยชน์ในมูลค่าทางเศรษฐกิจของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นจากชื่อเสียงและคุณภาพของสินค้าที่เครื่องหมายนั้นปรากฏ

3.3.3.3 สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

(1) การเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากไม่มีการใช้

ข้อ 19 วรรค 1⁷² กำหนดถึงการคงไว้ซึ่งการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยกำหนดให้อาจมีการเพิกถอนการจดทะเบียนได้ หากไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเวลาอย่างน้อยสามปีติดต่อกัน หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้แสดงถึงเหตุผลอันสมควรว่ามีอุปสรรคแก่การใช้เช่นนั้น สภาพการณ์ที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากเจตนาของเจ้าของเครื่องหมายการค้าซึ่งก่อให้เกิด

⁷⁰ Susy Frankel and Daniel Gervais, "Plain Packaging and the Interpretation of the Trips Agreement," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 46, 5 (2013): 1185.

⁷¹ Panel Report, European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (2005)

⁷² Article 19.1 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

"If use is required to maintain a registration, the registration may be cancelled only after an uninterrupted period of at least three years of non-use, unless valid reasons based on the existence of obstacles to such use are shown by the trademark owner. Circumstances arising independently of the will of the owner of the trademark which constitute an obstacle to the use of the trademark, such as import restrictions on or other government requirements for goods or services protected by the trademark, shall be recognized as valid reasons for non-use."

อุปสรรคในการใช้เครื่องหมายการค้า เช่น การจำกัดการนำเข้า หรือข้อกำหนดใดๆของรัฐบาลที่ บังคับแก่สินค้าหรือบริการที่ได้รับการคุ้มครองโดยเครื่องหมายการค้า ต้องถือว่าเป็นเหตุอันสมควร แก่การไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้า

ข้อ 19 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อจำกัดการออกข้อกำหนดในการ จำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าของรัฐบาล⁷³

สาเหตุที่ข้อ 19 วรรค 1 กำหนดให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ายังคงมี ผลอยู่ เนื่องจากมีการเริ่มใช้เครื่องหมายการค้า แล้วจะมีการกลับมาใช้ใหม่ในอนาคต เหตุในการ เพิกถอนจึงเป็นเพียงเหตุชั่วคราว⁷⁴

(2) ข้อจำกัดในการใช้เครื่องหมายการค้า

ข้อ 20⁷⁵ กำหนดว่าการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าต้องไม่ถูกกีดกัน โดยข้อกำหนดพิเศษอย่างไม่สมเหตุสมผล เช่น การใช้เครื่องหมายการค้าร่วมกับเครื่องหมายการค้า อีกร้านหนึ่ง การใช้เครื่องหมายการค้าในรูปแบบพิเศษ หรือการใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความ เสียหายแก่ความสามารถของเครื่องหมายการค้าในการแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออก จากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น

ข้อ 20 มีจุดประสงค์เพื่อเลี่ยงข้อกำหนดพิเศษที่ทำให้การใช้เครื่องหมาย การค้าในทางการค้าเป็นไปได้ยากหรือเป็นไปได้ไม่ได้ บทบัญญัติกำหนดว่า “ห้ามกีดกันด้วยข้อกำหนด พิเศษอย่างไม่สมเหตุสมผล” แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่ห้ามอย่างเด็ดขาด แต่ บทบัญญัติเป็นการห้ามไม่เด็ดขาด จากตัวอย่างที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้ อาจเข้าใจได้ 2 แบบ ได้แก่ ประการแรกเป็นตัวอย่างของการกีดกันอย่างไม่สมเหตุสมผลโดยตัวเอง ประการที่สองเป็น ตัวอย่างของกรณีที่เป็นข้อกำหนดพิเศษซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการกีดกันอย่างไม่สมเหตุสมผล ในคดี

⁷³ Susy Frankel and Daniel Gervais, "Plain Packaging and the Interpretation of the Trips Agreement," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*: 1185.

⁷⁴ *Ibid.*, 1180.

⁷⁵ Article 20 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

“The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

This will not preclude a requirement prescribing the use of the trademark identifying the undertaking producing the goods or services along with, but without linking it to, the trademark distinguishing the specific goods or services in question of that undertaking.”

Indonesia มีการตัดสินในประเด็นนี้ไว้ทำให้เห็นได้ว่าข้อกำหนดที่เป็นตัวอย่างอาจโต้แย้งได้โดยภาระการพิสูจน์ตกแก่ประเทศภาคีที่กำหนดข้อกำหนดดังกล่าว⁷⁶

คดี Indonesia – Certain Measures Affecting The Automobile Industry⁷⁷ สหรัฐฯอ้างว่าอินโดนีเซียฝ่าฝืนพันธกรณีข้อ 20 ของ TRIPs ประการแรกสหรัฐฯอ้างว่าบริษัทต่างชาติที่เข้ามาจัดการร่วมกับบริษัท Pioneer จะถูกกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าซึ่งบริษัทต่างชาติใช้บนรถต้นแบบซึ่งข้อกำหนดนั้นกำหนดโดยแผนงานเกี่ยวกับรถยนต์แห่งชาติ (National Car Programme) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ยอมรับโดยให้เหตุผลว่า “ถ้าบริษัทต่างชาติเข้ามาจัดการร่วมกับบริษัท Pioneer มันเป็นไปได้โดยสมมุติและรู้ถึงผลที่ตามมาที่จะเกิดแก่ความสามารถในการใช้เครื่องหมายการค้าใดๆที่มีอยู่ก่อน ในกรณีนี้จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าแผนงาน National Car Programme ที่กำหนดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเป็นข้อกำหนดตามข้อ 20 ของความตกลง TRIPs

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกล่าวว่าข้อ 20 จำกัดเฉพาะในกรณีที่ส่งผลต่อการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดอยู่ในความตกลงนี้

3.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องหมายการค้าและค่าความนิยม (Goodwill)

ค่าความนิยมหรือกูดวิลล์ (Goodwill) คือ มูลค่าของกิจการหรือสินค้าซึ่งสะท้อนถึงความมีชื่อเสียงทางธุรกิจ⁷⁸ ค่าความนิยมทำให้ผู้บริโภคเลือกที่จะซื้อสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้านั้นๆ มากกว่าที่จะเลือกซื้อสินค้าอื่น และทำให้ผู้บริโภคกลับมาซื้อสินค้าซ้ำโดยดูจากเครื่องหมายการค้า⁷⁹ ค่าความนิยมจึงเป็นประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้เครื่องหมายการค้า ประโยชน์ที่ได้รับนี้ประกอบด้วย ความมั่นใจของประชาชนต่อคุณภาพของสินค้าและต่อการรับประกันในสินค้านั้น ชื่อเสียงของสินค้าเป็นที่ยอมรับของประชาชนว่าสินค้านั้นแตกต่างจากสินค้าอื่น เนื่องจากเครื่องหมายการค้าเป็น

⁷⁶ Daniel Gervais, *The Trips Agreement Drafting History and Analysis*, 2 ed. (London: Sweet Maxwell, 2005), pp.179 -182.

⁷⁷ Panel Report, *Indonesia — Certain Measures Affecting the Automobile Industry* (1998)

⁷⁸ Roger E. Schechter and David J. Franklyn J. Thomas McCarthy, *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, 3 ed. (Washington, D.C.: BNA Books, 2004), pp. 268 - 269.

⁷⁹ Irene Calboli, "Trademark Assignment "with Goodwill": A Concept Whose Time Has Gone," *Florida Law Review* 57, 4 (2005): 808 – 811.

สัญลักษณ์ของค่านิยมของสินค้าที่สัมพันธ์กับเครื่องหมายที่ใช้⁸⁰ ยิ่งผู้ประกอบการเลือกเครื่องหมายการค้าที่มีประสิทธิภาพมากเท่าไร ค่านิยมก็จะเกิดขึ้นได้มากเท่านั้น⁸¹

ค่าความนิยมเป็นมูลค่าของกิจการที่อยู่เหนือทรัพย์สินที่จับต้องได้ กิจการที่มีการสร้างค่าความนิยมที่ดี แม้ว่าทรัพย์สินที่จับต้องได้ของกิจการจะถูกทำลายทั้งหมด แต่กิจการยังคงมีชื่อเสียงที่เป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ที่ยังมีมูลค่าอยู่ เรียกว่า ค่าความนิยม⁸²

เครื่องหมายการค้า และค่าความนิยมจึงไม่ใช่สิ่งเดียวกัน แต่มีความสัมพันธ์กันอย่างแยกกันไม่ได้⁸³ เพราะฉะนั้นการโอนสิทธิหรือขายเครื่องหมายการค้า ผู้รับโอนสิทธินั้นหรือผู้ซื้อก็จะได้รับค่าความนิยมที่แสดงออกโดยเครื่องหมายการค้าด้วย เช่นเดียวกับการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (license) ไม่สามารถให้ใช้เครื่องหมายการค้าโดยปราศจากการควบคุมคุณภาพของสินค้าเพื่อรักษาค่าความนิยมที่แสดงออกโดยผ่านเครื่องหมายการค้า⁸⁴

สำหรับสินค้าบุหรี ผู้บริโภคบุหรีส่วนใหญ่จะไม่เปลี่ยนยี่ห้อบุหรีที่สูบหรือลองบุหรียี่ห้ออื่น โดยจะสูบบุหรียี่ห้อเดิมเป็นเวลามากกว่า 20 - 30 ปี อาจเนื่องมาจากความพึงพอใจของผู้บริโภคต่อคุณภาพของบุหรียี่ห้อเดิม ตลอดจนยึดติดกับภาพลักษณ์ของสินค้าที่มาจากการโฆษณา เช่น บุหรีที่แสดงเครื่องหมายการค้าของบุหรียี่ห้อหนึ่งแสดงถึงฐานะและรสนิยมที่ดีของผู้สูบ เป็นต้น ผู้บริโภคสินค้าบุหรีจึงมีความภักดี (loyalty) ต่อบุหรียี่ห้อเดิมสูงมาก ดังนั้นเมื่อผู้สูบบุหรีตัดสินใจเลือกซื้อบุหรีที่แสดงเครื่องหมายการค้าเดิมที่มีลักษณะบ่งเฉพาะซ้ำๆ จึงเกิด ค่าความนิยมในเครื่องหมายการค้าขึ้น⁸⁵

⁸⁰ J. Thomas McCarthy, R. E. S. a. D. J. F., *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, pp. 268 - 269.

⁸¹ Irene Calboli, "Trademark Assignment "with Goodwill": A Concept Whose Time Has Gone," *Florida Law Review*: 808 – 811.

⁸² J. Thomas McCarthy, R. E. S. a. D. J. F., *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, pp. 268 - 269.

⁸³ Irene Calboli, "Trademark Assignment "with Goodwill": A Concept Whose Time Has Gone," *Florida Law Review*: 808 – 811.

⁸⁴ J. Thomas McCarthy, R. E. S. a. D. J. F., *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*, pp. 268 - 269.

⁸⁵ ดวงพร เลิศวงศ์ชวัล, "การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า," หน้า 24.

ประเทศไทยไม่ได้มีการพูดถึงเรื่องค่าความนิยมอย่างชัดเจน แต่มีการยอมรับโดยศาลโดยการให้ความคุ้มครองในอันที่จะไม่แสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียง และเกียรติคุณในเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น⁸⁶

ประเทศไทยมีการรับรองถึงความมีอยู่ของค่าความนิยมอย่างชัดเจน ในประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (3)⁸⁷ ที่กำหนดว่าเงินได้พึงประเมินที่พึงเสียภาษีตามมาตรา 39⁸⁸ รวมถึงค่าแห่งก๊วตวิลล์ด้วย

3.3.5 สิทธิในเครื่องหมายการค้ากับการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

3.3.5.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

เกี่ยวกับการค้า (TRIPs)

ความตกลง TRIPs กำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้ในข้อ 7⁸⁹ ว่าด้วยวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs โดยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา กับพันธกรณีในการคุ้มครองสังคมและเศรษฐกิจ⁹⁰ ซึ่งข้อ 7 กำหนดว่าการคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควรเป็นไปเพื่อการส่งเสริมการคิดค้นสิ่งใหม่ทางเทคโนโลยี เพื่อการโอนและการเผยแพร่เทคโนโลยี เพื่อประโยชน์ร่วมกันในความรู้ทางเทคโนโลยีของผู้ผลิตและผู้ใช้ และการคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นต้องเป็นไปในลักษณะที่นำไปสู่สวัสดิการทางสังคมและเศรษฐกิจ และเป็นไปเพื่อสร้างสมดุลระหว่างสิทธิและพันธกรณี

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

⁸⁷ มาตรา 40 ของประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “เงินได้พึงประเมินนั้น คือเงินได้ประเภทต่อไปนี้ รวมตลอดถึงเงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่าง ๆ ดังกล่าว ไม่ว่าในทอดใด...

(3) ค่าแห่งก๊วตวิลล์ ค่าแห่งลิขสิทธิ์หรือสิทธิอย่างอื่น เงินปี หรือเงินได้มีลักษณะเป็นเงินรายปีอันได้มาจากพันธกรรม นิติกรรมอย่างอื่น หรือคำพิพากษาของศาล”

⁸⁸ มาตรา 39 ของประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 บัญญัติว่า “ในหมวดนี้ เว้นแต่ข้อความจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น “เงินได้พึงประเมิน” หมายความว่า เงินได้อันเข้าลักษณะพึงเสียภาษีในหมวดนี้ เงินได้ที่กล่าวนี้ให้หมายความรวมถึงทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้รับ ซึ่งอาจคิดคำนวณได้เป็นเงิน เงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่าง ๆ ตามมาตรา 40...”

⁸⁹ Article 7 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

“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.”

⁹⁰ World Intellectual Property Organization, *The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book*, 3 ed. (2013), p. 28.

นอกจากนี้ข้อ 8 วรรค 1⁹¹ ว่าด้วยหลักการของความตกลงกำหนดว่าประเทศภาคีอาจบัญญัติหรือแก้ไขกฎหมายหรือข้อกำหนด และบังคับใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพและโภชนาการของมนุษย์ เพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญต่อสังคมและเศรษฐกิจ และการพัฒนาทางเทคโนโลยี โดยมาตรการนั้นต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้

ดังนั้นข้อกำหนดในข้อ 7 และข้อ 8 เป็นวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลง TRIPs จึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการใช้และการตีความตามข้อกำหนดในความตกลง ซึ่งนักวิชาการกล่าวว่า “จุดประสงค์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คือ การจำกัดการใช้เทคโนโลยีของบุคคลที่สามและทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองอื่นๆ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาดแต่ขึ้นอยู่กับประโยชน์สาธารณะที่สูงกว่า นอกจากนี้การให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีขึ้นเพื่อที่จะสนองต่อประโยชน์สาธารณะผ่านทางผู้ประดิษฐ์และผู้สร้างสรรค์ และการให้สิทธิดังกล่าวนี้ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่ผู้ประดิษฐ์และผู้สร้างสรรค์เท่านั้น”⁹²

นอกจากนี้องค์การอุทธรณ์ในคดี Canada – Term of Patent Protection⁹³ ยังให้ความเห็นว่าการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องคำนึงถึงข้อ 7 และข้อ 8 ของความตกลง TRIPs ด้วย เนื่องจากเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยประเทศภาคีขององค์การการค้าโลก “แม้ว่าคู่กรณีจะไม่ได้อ้างถึงข้อ 7 และข้อ 8 ของความตกลง TRIPs ในการตั้ง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และในการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท องค์การอุทธรณ์กล่าวว่าการตัดสินไม่ได้มีทำไปโดยลำเอียง เนื่องจากวัตถุประสงค์ของนโยบายที่ภาคีของ WTO ได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 7 และข้อ 8 ของความตกลง TRIPs เพื่อให้มีการบังคับใช้แก่กรณีที่จะเกิดขึ้นในอนาคต การบังคับใช้ข้อ 7 และข้อ 8 ของความตกลง TRIPs จึงเป็นไปเพื่อส่งเสริมวัตถุประสงค์นโยบายของภาคีภาคีของ WTO ที่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 7 และข้อ 8 ของความตกลง TRIPs ดังกล่าว”

ทั้งนี้ความตกลงต่างๆของ WTO เป็นความตกลงระหว่างรัฐซึ่งเป็นสนธิสัญญาตามนิยามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 วรรค 1(เอ)⁹⁴ ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.

⁹¹ Article 8.1 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

“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.”

⁹² World Intellectual Property Organization, *The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book*, p. 30.

⁹³ Appellate Body Report, Canada — Term of Patent Protection (2000)

⁹⁴ Article 2.1(a) of Vienna Convention on the Law of Treaties

1969⁹⁵ ดังนั้นการตีความความตกลงต่างๆจึงต้องคำนึงถึงหลักการในการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญาฉบับนี้ด้วย

โดยในข้อ 31 วรรค1⁹⁶ ของอนุสัญญาเวียนนาฯกำหนดว่า “สนธิสัญญาให้ตีความโดยสุจริต (good faith) ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำในสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำเหล่านั้น และตามวัตถุประสงค์และจุดประสงค์ของสนธิสัญญา...”

ดังนั้นวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลง TRIPs ในข้อ 7 และข้อ 8 จึงมีความสำคัญในการตีความข้อกำหนดต่างๆในความตกลง TRIPs

3.3.5.2 ปฏิญญาโตฮาว่าด้วยความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เกี่ยวเนื่องกับการค้า (TRIPs) และการสาธารณสุข

ในการประชุมรอบโตฮาในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2001 ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกยอมรับปฏิญญาโตฮาว่าด้วยความตกลง TRIPs และการสาธารณสุขซึ่งเป็นการยืนยันว่าความตกลง TRIPs ควรถูกต้องความและบังคับใช้เพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน และส่งเสริมการเข้าถึงยาสำหรับทุกคน⁹⁷

(1) การตีความความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา
เกี่ยวเนื่องกับการค้าอย่างยืดหยุ่นเพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

ในวรรค 4⁹⁸ ของปฏิญญาโตฮาแสดงให้เห็นถึงการยอมรับของประเทศ
ภาคีว่าความตกลง TRIPs ไม่ควรกีดกันประเทศภาคีในการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสาธารณสุข โดย

“For the purposes of the present Convention:

(a) “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;”

⁹⁵ อนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แม้ว่ารัฐใดจะไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญานี้ด้วยการลงนามหรือให้สัตยาบันสาร หรือภาคยานุวัติก็ตามย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนี้

⁹⁶ Article 31.1 of Vienna Convention on the Law of Treaties

“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose...”

⁹⁷ Carlos M. Correa, *Implications of the Doha Declaration on TRIPS Agreement and Public Health* (Geneva: World Health Organization, 2002), p. vii.

⁹⁸ Paragraph 4 of Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health

ความตกลง TRIPs ควรยุติความ และดำเนินการในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนสิทธิของประเทศภาคีของ WTO ในการคุ้มครองสาธารณสุข โดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งเสริมการเข้าถึงยาแก่ประชาชนทุกคน อีกทั้งประเทศภาคีมีสิทธิที่จะใช้และเพิ่มเติมบทบัญญัติของความตกลง TRIPs ที่มีความยืดหยุ่นแก่วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสาธารณสุขดังกล่าว

ในส่วนแรกของวรรค 4 ของปฏิญญาโตฮาแสดงให้เห็นถึงการประนีประนอม เป็นการยืนยันสิทธิของภาคีในการคุ้มครองสาธารณสุข ดังนั้นอาจตีความวรรค 4 ของปฏิญญาโตฮาว่าความตกลง TRIPs จะไม่กำหนดบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับสาธารณสุข โดยมีลักษณะที่สาธารณสุขอยู่เหนือประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ดังนั้นอาจตีความวรรค 4 ของปฏิญญาว่าความตกลง TRIPs จะไม่กำหนดบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับสาธารณสุข ด้วยเหตุดังกล่าวข้อ 8 วรรค 1 ของความตกลง TRIPs อาจยุติความได้ว่าบทบัญญัติในข้อ 8 วรรค 1 จะไม่กีดกันการทำให้หน้าที่บางอย่างตามความตกลง TRIPs ที่ต้องเสียไปในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขความต้องการทางด้านสาธารณสุข⁹⁹

การทำให้การคุ้มครองสุขภาพของประชาชนประสบความสำเร็จด้วยปฏิญญาโตฮาถูกกล่าวว่าเป็นวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs ได้อย่างชัดเจน ดังนั้นเพื่อเป็นการยืนยันว่าความตกลง TRIPs สามารถและควรได้รับการตีความและดำเนินการในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนสิทธิของประเทศภาคี WTO ในการคุ้มครองทางด้านสาธารณสุข โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อส่งเสริมการเข้าถึงยาของประชาชนทุกคน วรรค 4 ของปฏิญญาจึงกำหนดแนวทางแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท และองค์กรอุทธรณ์สำหรับการตีความบทบัญญัติในความตกลงในกรณีที่มีเรื่องสุขภาพของประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นประเทศภาคีพัฒนาหลักการตีความโดยเฉพาะที่ให้น้ำหนักแก่บทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการตีความของอนุสัญญาเวียนนาเพื่อใช้ในการพิจารณาคดีของ WTO เพราะฉะนั้นในกรณีที่เกิดความคลุมเครือ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ควรตีความโดยสนับสนุนสิทธิของภาคี WTO เพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชน

“We agree that the TRIPs Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPs Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.

In this connection, we reaffirm the right of WTO members to use, to the full, the provisions in the TRIP Agreement, which provide flexibility for this purpose.”

⁹⁹ Carlos M. Correa, *Implications of the Doha Declaration on Trips Agreement and Public Health*, p. 11.

นอกจากนี้ในวรรค 5¹⁰⁰ ยังกำหนดถึงความยืดหยุ่นตามวรรค 4 ว่า หมายรวมถึงการใช้หลักจารีตประเพณีในการตีความของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งต้องตีความ บทบัญญัติในความตกลง TRIPs โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และจุดประสงค์อย่างชัดแจ้งของความตกลง โดยเฉพาะวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลง

ดังนั้นปฏิญญาโดฮาจึงเป็นสิ่งที่ยืนยันว่าการตีความบทบัญญัติในความ ตกลงTRIPsต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลงTRIPs ในข้อ 7 และข้อ 8 เพื่อ สนับสนุนสิทธิของประเทศภาคีของ WTO ในการคุ้มครองสาธารณสุข

(2) สถานะทางกฎหมายของปฏิญญาโดฮา

โดยหลักปฏิญญาต่างๆที่เกิดขึ้นจากการเจรจาของประเทศภาคีของ WTO จะไม่มีผลทางกฎหมายแต่ปฏิญญาโดฮาเป็นความตกลงร่วมกันของที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เกี่ยวกับการตีความความตกลง TRIPs ซึ่งความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกได้กำหนดไว้ในข้อ 9 วรรค 2¹⁰¹ ให้อำนาจแต่เพียงผู้เดียวแก่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรี (Ministerial Conference) และคณะ มนตรี (General Council) ในการบังคับใช้การตีความสำหรับความตกลงต่างๆขององค์การการค้าโลก ซึ่งที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและคณะมนตรีต้องใช้อำนาจของตนโดยการแนะนำของคณะมนตรี (Council) ในการควบคุมการดำเนินการตามความตกลงนั้น ทั้งนี้การตัดสินใจที่จะใช้การตีความ จะต้องมีการลงมติเสียงข้างมากจำนวนสามในสี่ของประเทศภาคีทั้งหมด ดังนั้นปฏิญญาโดฮาจึงเป็น การตีความที่เกิดจากอำนาจแต่เพียงผู้เดียวของที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และคณะมนตรีตามข้อ 9 วรรค 2 ของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ปฏิญญาโดฮาจึงต้องบังคับใช้แก่การตีความสำหรับ ความตกลง TRIPs ตามความประสงค์ของที่ประชุมนั้น

¹⁰⁰ Paragraph 5 of Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health

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

(a) 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.”

¹⁰¹ Article 9.2 of Marrakesh Agreement Establishing WTO

“The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members. This paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X.”

เช่นเดียวกับความเห็นของนักวิชาการเห็นว่าปฏิญญาโดฮายังมีผลเทียบเท่ากับเป็นการตีความตามอำนาจ (authoritative interpretation) โดยเฉพาะการกำหนดความเข้าใจร่วมกันเกี่ยวกับความตกลง TRIPs ในวรรค 5 ประเทศภาคีก่อให้เกิดแบบแผนที่มีผลบังคับแก่การตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต¹⁰²

นอกจากนี้ผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของปฏิญญาโดฮาว่าปฏิญญาโดฮาใช้ในการตีความความตกลงหรือสนธิสัญญาที่เกิดขึ้นก่อน อันเป็นไปตามหลักจารีตประเพณีการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญาเวียนนา ข้อ 31 วรรค 3(เอ) ดังนี้

นักวิชาการได้ให้ความเห็นว่าสถานะทางกฎหมายของปฏิญญาโดฮาอาจจะมีสถานะอย่างน้อย 3 แบบด้วยกัน¹⁰³ ได้แก่

(1) ปฏิญญาโดฮาเป็นเพียงการประกาศถึงพันธสัญญาและเจตนา แต่ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมายที่อาจบังคับได้

(2) ปฏิญญาโดฮาเป็นหลักฐานจากการปฏิบัติที่เกิดขึ้นภายหลังมีการทำความเข้าใจระหว่างประเทศภาคี WTO เกี่ยวกับการตีความความตกลง TRIPs

(3) ปฏิญญาโดฮาเป็นความตกลงตามข้อ 31 วรรค 3 (เอ) ของอนุสัญญาเวียนนา ซึ่งสัมพันธ์กับการตีความความตกลง TRIPs

เช่นเดียวกับนักวิชาการอีกคนหนึ่งให้ความเห็นว่าปฏิญญาโดฮาเป็นความตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังการทำสนธิสัญญา (subsequent agreement) ปฏิญญาโดฮาจึงใช้เพื่อการตีความสนธิสัญญาหรือบังคับใช้สนธิสัญญาตามข้อ 31 วรรค 3 (เอ)¹⁰⁴

3.3.6 การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

หลังจากที่ไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลง TRIPs ไทยได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้เป็นไปตามพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลง TRIPs โดยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าบัญญัติอยู่ใน

¹⁰² Carlos M. Correa, *Implications of the Doha Declaration on Trips Agreement and Public Health*, pp. 44 – 45.

¹⁰³ James Thou Gathii, "The Legal Status of the Doha Declaration on Trips and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties," *Harvard Journal of Law & Technology* 45, 2 (2002): 299.

¹⁰⁴ Carlos M. Correa, *Implications of the Doha Declaration on Trips Agreement and Public Health*, pp. 44 – 45.

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าในแต่ละเรื่อง ดังต่อไปนี้

3.3.6.1 เครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้

เครื่องหมายการค้าที่จะสามารถนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ต้องเป็นเครื่องหมายตามที่มีลักษณะตามที่ระบุไว้ตามมาตรา 4¹⁰⁵ และเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นจะต้องมีลักษณะเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 6¹⁰⁶ ได้แก่

(1) เครื่องหมายการค้าต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ

มาตรา 6 (1) กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ อันมีหลักการมาจากข้อ 15 วรรค 1 ของความตกลง TRIPs โดยมาตรา 7¹⁰⁷ ได้ให้

¹⁰⁵ มาตรา 4 ของ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

"เครื่องหมาย" หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

"เครื่องหมายการค้า" หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

¹⁰⁶ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

"เครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ
- (2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่ต้องมีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และ
- (3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว"

¹⁰⁷ มาตรา 7 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

"เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น

เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

- (1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยพานิชย์ หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง
- (2) คำหรือข้อความอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่ใช่วางทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- (3) คำที่ประดิษฐ์ขึ้น
- (4) ตัวหนังสือ หรือตัวเลขที่ประดิษฐ์ขึ้น
- (5) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ
- (6) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียน หรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว

รายละเอียดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่มี “ลักษณะบ่งเฉพาะ” ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น โดยเครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ คำที่ประดิษฐ์ ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์ขึ้น กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น เป็นต้น

(2) เครื่องหมายการค้าต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8¹⁰⁸ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน ได้แก่ เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายอิสริยาภรณ์ ธง เครื่องหมาย

(7) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้วหรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามีแล้ว

(8) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น

(9) ภาพอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่เป็นภาพแผนที่หรือภาพแสดงสถานที่ทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(10) รูปร่างหรือรูปทรงอันไม่เป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้านั้นเอง หรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิคของสินค้านั้น หรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่ทำให้สินค้านั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้น

(11) เสียงอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น

เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) ถึง (11) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่าไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ”

¹⁰⁸ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน

(1) ตราแผ่นดิน พระราชลัญจกร ลัญจกรในราชการ ตราจักษิ ตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตราประจำตำแหน่ง ตราประจำกระทรวง ทบวง กรม

หรือตราประจำจังหวัด

(2) ธงชาติของประเทศไทย ธงพระอิสริยยศ หรือธงราชการ

(3) พระปรมาภิไธย พระนามาภิไธย พระปรมาภิไธยย่อ พระนามาภิไธยย่อหรือนามพระราชวงศ์

(4) พระบรมฉายาลักษณ์ หรือพระบรมสาทิสลักษณ์ของพระมหากษัตริย์ พระราชินีหรือรัชทายาท

(5) ชื่อ คำ ข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินีรัชทายาท หรือพระราชวงศ์

(6) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำชาติของรัฐต่างประเทศ ธง หรือเครื่องหมายขององค์การระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการและเครื่องหมายควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศหรือชื่อและชื่อย่อของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น

(7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือกาเจนีวา

(8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตรหรือเครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาลไทย ส่วนราชการรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐของประเทศไทย รัฐบาล

ประจำชาติ สัญลักษณ์ของราชการ หรือเครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีลักษณะที่หลอกลวงสาธารณชนซึ่งสอดคล้องกับข้อ 15 วรรค 2 ที่กำหนดให้ประเทศภาคีสามารถปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ แต่ต้องไม่ขัดกับอนุสัญญาปารีส และไม่มีการกำหนดเอาลักษณะของสินค้าเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียน จึงไม่ขัดต่อข้อ 15 วรรค 4 ของความตกลง TRIPs

(3) เครื่องหมายการค้านั้นจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

มาตรา 6(3) กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนได้จะต้องไม่ เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

ในการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน เครื่องหมายการค้าที่มีส่วนประกอบของคำประดิษฐ์ร่วมด้วย ศาลไทยและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าจะวินิจฉัยถึงความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าว่าทำให้ประชาชนสับสนหรือหลงผิดหรือไม่ โดยการพิจารณาถึงตัวสะกดของคำประดิษฐ์ การอ่านออกเสียง และจำนวนตัวอักษร เป็นสำคัญ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5725/2531 ศาลพิจารณาว่ารูปภาพที่เป็น ส่วนประกอบของเครื่องหมายการค้าของจำเลยเป็นรูปภาพศิลปะ ประชาชนที่ไม่คุ้นเคยอาจมองไม่ ออกกว่าเป็นรูปคน แต่เครื่องหมายการค้าของโจทก์แสดงให้เห็นชัดเจนว่าเป็นรูปคนกระโดด นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาถึงส่วนประกอบอื่นในเครื่องหมายการค้า โดยพิจารณาว่าอักษรโรมันที่ จำเลยขอจดทะเบียนมีพยางค์เดียว อ่านว่า “จัมพ์” แต่ของโจทก์สามารถอ่านได้สามพยางค์ว่า “จัม มาสเตอร์” เครื่องหมายทั้งสองดังกล่าวจึงไม่ทำให้ประชาชนสับสนหรือเข้าใจผิดถึงแหล่งกำเนิด

ต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้จดทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายเช่นนั้น เป็นรางวัลสำหรับสินค้านั้นและใช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้า นั้น แต่ทั้งนี้ ต้อง ระบุปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย

(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนหรือรัฐประศาสนบาย

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้าย กับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้ แล้วหรือไม่ก็ตาม

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

(12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยกาะนั้น

(13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

คำพิพากษาที่ 4559/2533 แม้ว่าเครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลยเป็นรูปจระเข้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าเหมือนกันซึ่งรูปจระเข้เป็นส่วนสำคัญของเครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลย และอาจเรียกเครื่องหมายการค้าของจำเลยว่าตราจระเข้เหมือนกับโจทก์ แต่เครื่องหมายการค้าของจำเลยมีตัวหนังสืออักษรโรมันว่า “GRAND SLAM” อ่านว่า “แกรนด์แสลม” แต่เครื่องหมายการค้าของโจทก์มีตัวหนังสืออักษรโรมันว่า “LACOSTE” อ่านออกเสียงว่า “ลาคอสท์” ชื่อยี่ห้อและการอ่านออกเสียงเรียกขานเครื่องหมายการค้าของจำเลยจึงแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าของโจทก์อย่างมาก สาธารณชนทั่วไปสามารถสังเกตเห็นได้ และไม่ทำให้ประชาชนทั่วไปที่ซื้อสินค้ายี่ห้อ “แกรนด์ แสลม” ของจำเลยเข้าใจผิดว่าสินค้านั้นเป็นสินค้ายี่ห้อ “ลาคอสท์” ของโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 968/2536 เครื่องหมายการค้าคำว่า “FREEDOS” ของจำเลยและเครื่องหมายการค้าคำว่า “FRITOS” ของโจทก์ ต่างก็เป็นคำอักษรโรมัน อ่านออกเสียงสองพยางค์เหมือนกัน แม้เครื่องหมายการค้าของจำเลย จะมีรูปประดิษฐ์เป็นตัวอักษร F สองตัว หันหลังชนกันในรอบสี่เหลี่ยมและมีภาษาไทยกำกับว่า “ฟรีโดส์” แต่เครื่องหมายการค้าทั้งสองคำน่าจะจะมีสาระสำคัญอยู่ที่การอ่านออกเสียง หรือสำเนียงเรียกขานมากกว่าอย่างอื่น เครื่องหมายการค้าของจำเลยอ่านว่า “ฟรีโดส์” มีสำเนียงใกล้เคียง หรือเกือบเหมือนกับเสียงอ่านเครื่องหมายการค้าของโจทก์คือคำว่า “ฟรีโดส์” หรือ “ฟรีโตส์” อีกทั้งเครื่องหมายการค้าของโจทก์ประกอบด้วยตัวอักษรโรมัน 6 ตัว ส่วนของจำเลยมี 7 ตัว แต่ปรากฏว่ามีซ้ำกันถึง 4 ตัว จึงถือได้ว่าเครื่องหมายการค้า คำว่า “FREEDOS” ของจำเลยมีลักษณะตัวอักษรและการอ่านออกเสียง เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าคำว่า “FRITOS” ของโจทก์

คำวินิจฉัยคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 270/2548 คณะกรรมการ ฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่า “HAVANA NIGHT” และรูปดาวประดิษฐ์ทั้งหมดอยู่ในรูปวงกลมสองวงซ้อนกัน กับเครื่องหมายบริการของบุคคลที่จดทะเบียนไว้คำว่า “HAVANNA CLUB” แล้วเห็นว่า เครื่องหมายการค้าของผู้อุทธรณ์แม้จะมีคำว่า “HAVANA” เป็นคำสามพยางค์เช่นเดียวกันกับเครื่องหมายบริการที่จดทะเบียนแล้วคำว่า “HAVANNA” ก็ตาม แต่ผู้อุทธรณ์ได้แสดงปฏิเสธว่าไม่ขอถือเป็นสิทธิของตนแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้คำว่า “HAVANA” ไว้แล้ว คำดังกล่าวจึงมิใช่สาระสำคัญของเครื่องหมายการค้า อีกทั้งเครื่องหมายการค้าของผู้อุทธรณ์มีคำว่า “NIGHT” และรูปดาวประดิษฐ์ทั้งหมดอยู่ในรูปวงกลมสองวงซ้อนกันประกอบอยู่ด้วย รูปลักษณะของเครื่องหมายทั้งสองฝ่ายจึงแตกต่างกัน เมื่อพิจารณาถึงการเรียกขาน เครื่องหมายการค้าของผู้อุทธรณ์เรียกขานได้ว่า “ฮาวานา” ไนท์” หรือ “ไนท์” ส่วนเครื่องหมายบริการที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วเรียกขานได้ว่า “ฮาวาน่า คลับ” หรือ “ฮาวาน่า” นับว่าเครื่องหมายของทั้งสองฝ่ายมีเสียงเรียกขาน

แตกต่างกัน ไม่อาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าและบริการได้ จึงชอบที่จะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของผูุ้ธรณ์ได้

คำวินิจฉัยคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 1668/2548 คณะกรรมการ ฯ พิจารณาแล้วเห็นว่าเครื่องหมายการค้าของผูุ้ธรณ์มีคำว่า “VIVA” เป็นคำ ๆ เดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว แม้ลักษณะการประดิษฐ์ตัวอักษรจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง และเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วจะมีลวดลายเส้นโค้ง 2 เส้นบรรจบกันประกอบอยู่ด้วยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงการเรียกขาน เครื่องหมายการค้าของทั้งสองฝ่ายเรียกขานได้ว่า “วีว่า” เช่นเดียวกัน เครื่องหมายการค้าของทั้งสองฝ่ายจึงเป็นเครื่องหมายที่คล้ายกันจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า จึงต้องห้ามจดทะเบียน

นอกจากนี้ในการพิจารณาถึงความเหมือนและคล้ายของเครื่องหมายการค้า ศาลคำนึงถึงความรู้หนังสือของประชาชนทั่วไปในการพิจารณาด้วย เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 8902/2543 เครื่องหมายการค้าทั้งของโจทก์และจำเลย ประกอบด้วยคำว่า “ZENTEL” และ “ZENTAB” เป็นสาระสำคัญ ตัวอักษรต่างกันเพียง 2 ตัวสุดท้าย ลักษณะการวางรูปแบบและขนาดตัวอักษรเหมือนกัน ส่วนเสียงเรียกขานก็แตกต่างกันเล็กน้อยเช่นกัน โดยใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกัน ทั้งสาธารณชนจำนวนมากมิได้มีความรู้ในภาษาอังกฤษหรือตัวอักษรโรมัน ย่อมยากที่จะสังเกตข้อแตกต่างของเครื่องหมายการค้าทั้งสองได้ ถือว่าเครื่องหมายการค้าของจำเลยคล้ายกับของโจทก์ที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าได้

3.3.6.2 สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน

มาตรา 44¹⁰⁹ กำหนดว่าผู้ใดซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ มาจากหลักการพื้นฐานตามข้อ 16 วรรค 1 ของความตกลง TRIPS ซึ่งกำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันกับสินค้าที่เหมือนหรือคล้ายกัน

¹⁰⁹ มาตรา 44 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

“ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 28 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

3.3.6.3 การเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากไม่มีการใช้

มาตรา 63¹¹⁰ กำหนดเงื่อนไขในการร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิได้ตั้งใจโดยสุจริตที่จะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ และตามความจริงก็ไม่เคยมีการใช้เครื่องหมายการค้า นั้นโดยสุจริต สำหรับสินค้านั้นเลย หรือในระหว่างสามปีก่อนที่จะมีคำร้องขอให้เพิกถอนมิได้มีการใช้ เครื่องหมายการค้า นั้นโดยสุจริตสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ ทั้งนี้ เว้นแต่เจ้าของเครื่องหมาย การค้า นั้นจะพิสูจน์ได้ว่า การที่มีได้ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นมีสาเหตุมาจากพฤติการณ์พิเศษในทาง การค้า และมีได้มีสาเหตุมาจากความตั้งใจที่จะไม่ใช้หรือจะละทิ้งเครื่องหมายการค้า นั้นสำหรับสินค้า ที่ได้จดทะเบียนไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาจากข้อ 19 ของความตกลง TRIPs



¹¹⁰ มาตรา 63 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

“ผู้มีส่วนได้เสียหรือนายทะเบียนอาจร้องขอต่อคณะกรรมการให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ หาก พิสูจน์ได้ว่าในขณะที่ขอจดทะเบียน เจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นมิได้ตั้งใจโดยสุจริตที่จะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นสำหรับสินค้าที่ได้ จดทะเบียนไว้ และตามความจริงก็ไม่เคยมีการใช้เครื่องหมายการค้า นั้นโดยสุจริตสำหรับสินค้านั้นเลย หรือในระหว่างสามปีก่อนที่ จะมีคำร้องขอให้เพิกถอนมิได้มีการใช้เครื่องหมายการค้า นั้นโดยสุจริตสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ ทั้งนี้ เว้นแต่เจ้าของเครื่องหมาย การค้า นั้นจะพิสูจน์ได้ว่า การที่มีได้ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นมีสาเหตุมาจากพฤติการณ์พิเศษในทางการค้า และมีได้มีสาเหตุมาจาก ความตั้งใจที่จะไม่ใช้หรือจะละทิ้งเครื่องหมายการค้า นั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

บทที่ 4

การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อม

4.1 ความหมายของการเวนคืนทางอ้อม

การเวนคืน หมายถึง กรณีที่รัฐเข้าแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนโดยตรงโดยการเอาไปซึ่งการครอบครองและกรรมสิทธิ์ของนักลงทุนอย่างเปิดเผย และชัดเจน เรียกว่า การเวนคืนทางตรง (direct expropriation) แต่ต่อมาการเวนคืนมีความรวมถึงมาตรการของรัฐที่ส่งผลแก่การจัดการ การใช้ หรือการควบคุม หรือการทำให้มูลค่าของทรัพย์สินของเอกชนเสื่อมลงอย่างมีนัยสำคัญ เรียกว่า การเวนคืนทางอ้อม การเวนคืนทางอ้อมจึงหมายถึงการเข้าแทรกแซงอย่างไม่สมเหตุสมผล ด้วยการกีดกันการใช้ หรือการทำลายสิทธิในทรัพย์สิน¹

4.2 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนทางอ้อม

ทรัพย์สินที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนทางอ้อมได้จะต้องเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายภายในประเทศและความตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งกฎหมายภายในประเทศและความตกลงระหว่างประเทศต่างๆจะให้ความคุ้มครองทรัพย์สินแตกต่างกันออกไป ซึ่งจะได้อธิบายในแต่ละหัวข้อต่อไป

4.3 การเวนคืนทางอ้อมโดยชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศให้การคุ้มครองทรัพย์สินของประชาชนจากการเวนคืนทางอ้อมของรัฐ เช่นเดียวกับความตกลงระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองการลงทุนหรือทรัพย์สินของนักลงทุนจากการเวนคืนทางอ้อมของรัฐเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายภายในประเทศ และความตกลงระหว่างประเทศต่างๆได้โดยให้อำนาจแก่รัฐหรือประเทศผู้รับการลงทุนในการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนหรือนักลงทุนได้ แม้ว่าการเวนคืนนั้นเป็นกรณีที่รัฐใช้อำนาจไปกระทบต่อการใช้ทรัพย์สินหรือการลดมูลค่าในทรัพย์สินของเอกชน ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่ารัฐผู้รับการลงทุนมีสิทธิเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติได้ตามหลักของอำนาจอธิปไตยในดินแดนของรัฐ² ซึ่งรัฐใช้

¹ August Reinisch, *Standards of Investment Protection* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 420-422.

² Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 98.

อำนาจของรัฐ ที่เรียกว่า “eminent domain” ในการตรากฎหมายเวนคืนทรัพย์สินจากเอกชนเพื่อนำทรัพย์สินของเอกชนนั้นไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่รัฐมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชยให้แก่เอกชนซึ่งถูกเวนคืนอย่างรวดเร็วและเพียงพอ³ อันเป็นการเวนคืนโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายภายในประเทศและความตกลงระหว่างประเทศจะกำหนดหลักเกณฑ์ของการเวนคืนที่คล้ายคลึงกัน โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

- (1) มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ
- (2) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ
- (3) เป็นไปตามกระบวนการทางกฎหมาย
- (4) ให้ค่าชดเชยแก่นักลงทุนโดยทันที

4.4 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามกฎหมายภายในประเทศ

เนื่องจากการเวนคืนเป็นรูปแบบหนึ่งของการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินที่รุนแรงที่สุด เพราะเป็นการพรากสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจนี้ของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยการเอาทรัพย์สินของประชาชนไปใช้ ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกเวนคืนด้วย⁴ แต่อย่างไรก็ตามจากการตีความรัฐธรรมนูญของศาลในบางประเทศอาจขยายความเรื่องการเวนคืนให้รวมไปถึงการที่รัฐออกกฎหมายไปกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินของเอกชนอันส่งผลเหมือนการเวนคืนทางกายภาพ (physical interference) ด้วย ซึ่งการเวนคืนทรัพย์สินในประเทศต่างๆอาจอธิบายได้ ดังต่อไปนี้

4.4.1 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐฯ⁵ บัญญัติกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนจากการเวนคืนของรัฐ (taking) ไว้ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5⁵ (The Fifth Amendment) โดยบัญญัติว่า “ไม่ว่าบุคคล

³ คัดดา ธนิตกุล, แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555), หน้า 24.

⁴ นัยนา เกิดวิชัย, รายงานการวิจัย เรื่อง การใช้ประโยชน์จากที่ดินที่รัฐเวนคืนจากประชาชน (2549), หน้า 25.

⁵ The Fifth Amendment to the United States Constitution

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against

ได้ไม่สามารถยึดทรัพย์สินของเอกชนได้ ถ้าไม่ได้ทำตามกระบวนการ (due process) หรือไม่ได้เวนคืนไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ และปราศจากการจ่ายค่าชดเชย”

การเวนคืนตาม The Fifth Amendment เกิดขึ้นเมื่อรัฐเอาไป เป็นเจ้าของ หรือละเมิดสิทธิในที่ดินของเอกชนเพื่อประโยชน์ของรัฐ เช่น การสร้างถนน การสร้างสวนสาธารณะ หรือการพัฒนาเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นๆ ซึ่งเรียกว่า “eminent domain” โดยจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เพียงพอเพื่อทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้การเวนคืนยังรวมถึงมาตรการที่มีลักษณะกีดกันเจ้าของที่ดินจากการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจในที่ดิน หรือกีดกันเจ้าของที่ดินจากสิทธิพื้นฐานในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือสิทธิในการหวงกั้นบุคคลอื่น ซึ่งมาตรการของรัฐดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลเหมือนกับกรณีที่รัฐเอาไปซึ่งที่ดินและสร้างสวนสาธารณะ เรียกว่า การเวนคืนโดยมาตรการ (regulatory taking)⁶

4.4.1.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง

จากคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆแสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินที่อาจเวนคืนทางอ้อมได้ นอกจากจะหมายถึงที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์แล้ว ยังรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทด้วย เช่น ความลับทางการค้า⁷ สิทธิบัตร⁸ แต่อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาที่ตัดสินว่าสิทธิบัตรไม่ได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนตาม The Fifth Amendment⁹

4.4.1.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

การเวนคืนโดยมาตรการที่มักเกิดขึ้นจะเป็นกรณีที่มาตรการทำให้มูลค่าของทรัพย์สินลดลง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังต่อไปนี้

- (1) เจ้าของทรัพย์สินได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากมาตรการของรัฐ

himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

⁶ Bill Higgins, *Regulatory Takings and Land Use Regulation: A Primer for Public Agency Staff* (California: Institute for Local Government, 2006), pp. 6 -7.

⁷ *Ruckelshaus v. Monsanto Co.* (1984), *Phillip Morris Incorporated and United States Tobacco Company v. Thomas F. Reilly*, Attorney General of Massachusetts (2002)

⁸ *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.* (2002) noting that “patent owners have, borrowing a factor from takings jurisprudence, “the legitimate expectations of inventors in their property”

⁹ *Zoltek Corp. v. United States* (2006) the Court of Appeals for the Federal Circuit held that “patents are not secured under the Takings Clause”

การพิจารณาว่าข้อบังคับของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงระดับของมูลค่าในทรัพย์สินที่ลดลง ซึ่งตามแนวทางคำพิพากษาของศาลสหรัฐอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบ ได้แก่ มาตรการทำให้มูลค่าทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินลดลงทั้งหมด เรียกว่า per se taking และอีกแบบหนึ่ง คือ มาตรการทำให้มูลค่าทางเศรษฐกิจลดลงบางส่วน ซึ่งแต่ละรูปแบบมีการพิจารณาที่แตกต่างกัน ดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

การเวนคืนโดยมาตรการรูปแบบแรก ตามแนวการตัดสินของศาลสูงของสหรัฐตัดสินว่าการเวนคืนทางอ้อมจะเกิดขึ้นเมื่อมาตรการของรัฐทำลายมูลค่าของทรัพย์สิน “ทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมด” มูลค่าในทรัพย์สินลดลงเกินกว่าร้อยละ 90 ก็ไม่ก่อให้เกิดการเวนคืน¹⁰ แต่อย่างไรก็ตามมาตรการของรัฐจัดมูลค่าทั้งหมดของทรัพย์สินเป็นกรณีที่เกิดขึ้นไม่บ่อยนัก การพิสูจน์ว่ามาตรการของรัฐทำให้มูลค่าในทรัพย์สินของเอกชนสูญเสียไปทั้งหมดสามารถทำได้ยาก หากการกระทำของหน่วยงานราชการที่ไม่ได้ทำไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะและทำให้มูลค่าทั้งหมดของทรัพย์สินเสียไปมักจะต้องจ่ายค่าชดเชยเพื่อการเวนคืนนั้น¹¹

คดีที่ศาลตัดสินว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อมเนื่องจากมาตรการของรัฐทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจทั้งหมดของทรัพย์สิน เช่น

คดี Lucas v. South Carolina Coastal Council¹² Lucas ซื้อที่ดินสำหรับที่พักอาศัยติดชายหาดสองที่บนชายฝั่ง South Carolina เพื่อสร้างที่พักอาศัยบนสันดอนเป็นมูลค่า 975,000 ดอลลาร์สหรัฐ ที่ดินมีการเปลี่ยนแปลงและมีน้ำท่วมในที่ดินช่วง 40 ปีก่อนหน้านั้น แต่อย่างไรก็ตามบ้านที่ติดชายหาดถูกสร้างใกล้ๆกับที่ดินอื่นๆ สองปีต่อมารัฐออกกฎหมาย Beachfront Management Act 1988 เป็นกฎหมายห้ามการจัดตั้งที่อยู่อาศัยถาวรบนที่ดิน เพื่อจำกัดความเสียหายที่เกิดจากพายุเฮอริเคนเนื่องจากเศษซากปรักหักพังของอาคารต่างๆตามแนวชายฝั่งสามารถพัดเข้าไปในบริเวณแผ่นดินที่ห่างจากชายฝั่งในขณะที่เกิดพายุเฮอริเคนที่รุนแรง

คดีนี้ได้รับการพิจารณาโดยศาลสูงของสหรัฐ Lucas ได้แย้งว่าแม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจของรัฐตามอำนาจในการออกกฎหมาย แต่การห้ามก่อสร้างเอาไปซึ่งประโยชน์ในทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจของเขาไปทั้งหมด จึงเป็นการเวนคืนตาม The Fifth Amendment ซึ่งต้องมีการจ่ายค่าชดเชยเพื่อการนั้น ศาลสูงสหรัฐเห็นด้วยว่าเกิดการเวนคืน

¹⁰ Bill Higgins, *Regulatory Takings and Land Use Regulation: A Primer for Public Agency Staff*, pp 28.

¹¹ *Ibid.*, p. 26.

¹² Lucas v. South Carolina Coastal Council (91-453), 505 U.S. 1003 (1992)

ทางอ้อมแบบ per se taking หากมาตรการนั้นขจัดมูลค่าทั้งหมดและไม่เหลือประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ

นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาว่ามาตรการที่ทำลายมูลค่าของทรัพย์สินทั้งหมดต้องทำลายมูลค่าของทุกส่วนของที่ดิน ไม่ใช่เพียงแค่มูลค่าทั้งหมดของที่ดินเพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง เช่น พื้นที่ที่มีน้ำท่วมถึง ในขณะที่พื้นที่ส่วนอื่นยังมีประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ

เช่นเดียวกับกับคดี William C. Haas & Co. v. City & County of San Francisco¹³ มูลค่าลดลงร้อยละ 95 ไม่ใช่การเวนคืน คดี Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency¹⁴ ตัดสินว่ามูลค่าจะลดลงอย่างมาก แต่ไม่เป็นการเวนคืน คดี Village of Euclid v. Ambler Realty Co.¹⁵ ตัดสินว่าแม้ว่ามาตรการของรัฐทำให้สูญเสียมูลค่าในทรัพย์สินเกินกว่าร้อยละ 75 ก็ไม่ใช่การเวนคืน คดี Hadacheck v. Sebastian¹⁶ มูลค่าของทรัพย์สินลดลงมากกว่าร้อยละ 90 แต่ศาลตัดสินว่าไม่ใช่การเวนคืน¹⁷

อย่างไรก็ตามคำพิพากษาในระยะหลัง ศาลตัดสินว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนเมื่อมูลค่าในทรัพย์สินลดลงเพียงบางส่วน ก็อาจเป็นการเวนคืนได้ แต่ต้องมีการพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 3 ประการ ซึ่งนอกจากจะพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อทางเศรษฐกิจจากมาตรการของรัฐแล้ว จะต้องพิจารณาถึงความคาดหวังของนักลงทุนในการลงทุนอย่างสมเหตุสมผล และลักษณะของมาตรการของรัฐด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ เรียกว่า “Penn Central test” เช่น คดี Florida Rock Industries, Inc. v. United States¹⁸ มูลค่าทางเศรษฐกิจของทรัพย์สินถูกทำลายไปร้อยละ 62.3 อาจก่อให้เกิดการเวนคืน¹⁹

(2) การกระทำของรัฐแทรกแซงความคาดหวังในการลงทุนอย่างสมเหตุสมผล

ต้องพิจารณาว่าเจ้าของทรัพย์สินมีความคาดหวังในเวลาที่ซื้อทรัพย์สินอย่างไร เจ้าของทรัพย์สินสามารถคาดการณ์การกระทำของรัฐล่วงหน้าหรือไม่ และหน่วยงานของรัฐได้กระทำการอย่างเป็นธรรมที่สามารถทำให้เจ้าของทรัพย์สินคาดหมายถึงความเสี่ยงในการเป็นเจ้าของ

¹³ William C. Haas & Co., Inc. v. City and County of San Francisco, California 605 F.2d 1117 (9th Cir. 1979)

¹⁴ Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002)

¹⁵ Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926)

¹⁶ Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394 (1915)

¹⁷ Bill Higgins, *Regulatory Takings and Land Use Regulation: A Primer for Public Agency Staff*, p. 28.

¹⁸ Florida Rock Industries, Inc. v. the United States, 18 F.3d 1560 (Fed. Cir. 1994)

¹⁹ Bill Higgins, *Regulatory Takings and Land Use Regulation: A Primer for Public Agency Staff*, p. 28.

ทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในประเด็นนี้ไม่ได้มีการให้แนวทางในการพิจารณาไว้แต่ศาลมักจะพิจารณาจากราคาซื้อทรัพย์สิน และทรัพย์สินสามารถใช้ได้ต่อไปหรือไม่²⁰

(3) ลักษณะของการกระทำของรัฐ

ลักษณะการกระทำของรัฐ คือ การกระทำของรัฐที่เหมือนการแทรกแซงทรัพย์สินทางกายภาพ ยิ่งเหมือนการแทรกแซงทรัพย์สินทางกายภาพมากเท่าไร ก็จะพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนมากเท่านั้น แต่หลักเกณฑ์นี้ไม่ค่อยได้นำมาพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่²¹

คดีที่มีการใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาแบบ Penn Central test เช่น

คดี Ruckelshaus v. Monsanto Co.²² กฎหมาย Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act (FIFRA) ให้อำนาจแก่สำนักงานคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection Agency: EPA) ในการใช้ข้อมูลจากผู้ร้องขอจดทะเบียนเพื่อใช้ในการประเมิน และใช้เพื่อเปิดเผยข้อมูลบางอย่างต่อสาธารณะ Monsanto จึงฟ้องต่อ Federal District Court ว่าการที่โจทก์ออกกฎหมาย Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act (FIFRA) กำหนดให้เปิดเผยข้อมูลเป็นการเวนคืนโดยไม่มีค่าชดเชยขัดต่อ The Fifth Amendment ศาลตัดสินว่าสิทธิทรัพย์สินของความลับทางการค้าเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติเรื่องการเวนคืนของ The Fifth Amendment แม้ว่าความลับทางการค้าจะเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้แต่มีลักษณะเหมือนทรัพย์สินทั่วไป นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่น ๆ ก็เป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนตาม The Fifth Amendment โดยศาลพิจารณาว่าจากปัจจัยต่อไปนี้ (1) การกระทำของรัฐโดยการออกกฎหมายมีการทำลายหรือได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือไม่ (2) การกระทำของรัฐแทรกแซงความคาดหวังต่อการลงทุนที่สมเหตุสมผล (reasonable investment-backed expectations) หรือไม่

หลังจากที่ Monsanto ส่งข้อมูลให้แก่สำนักงานคุ้มครองสิ่งแวดล้อม Monsanto จึงไม่มีความคาดหวังต่อการลงทุนที่สมเหตุสมผล (reasonable investment-backed expectations) ว่าสำนักงานคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะเก็บข้อมูลที่เป็นความลับนอกเหนือจากที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เนื่องจาก Monsanto รู้ถึงเงื่อนไขในการยื่นข้อมูลนั้นและเงื่อนไขนั้นเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของรัฐบาล การยื่นข้อมูลให้รัฐบาลโดยสมัครใจเพื่อแลกกับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการจดทะเบียนจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการเวนคืน

²⁰ Ibid.

²¹ Bill Higgins, *Regulatory Takings and Land Use Regulation: A Primer for Public Agency Staff*, p. 28 - 29.

²² Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (1984)

คดี Phillip Morris Inc. and United States Tobacco Company v. Reilly²³ บริษัทผู้ผลิตบุหรี่และผลิตภัณฑ์ยาสูบฟ้องว่าบทบัญญัติของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ที่กำหนดให้บริษัทบุหรี่เปิดเผยส่วนประกอบและระดับของนิโคตินที่ผสมอยู่ในผลิตภัณฑ์ กฎหมายเปิดเผยข้อมูล (The Disclosure Act) กำหนดว่าข้อมูลจะถูกเปิดเผยต่อสาธารณะถ้ากระทรวงสาธารณสุขพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความสำคัญทางวิทยาศาสตร์ว่าการเปิดเผยข้อมูลนั้นสามารถลดอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน บริษัทผู้ผลิตยาสูบจึงฟ้องต่อศาลว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการเวนคืนทางอ้อม (regulatory taking) ความลับทางการค้าของตน และทำให้ความลับทางการค้านั้นสูญเสียมูลค่าไป

ศาลวินิจฉัยว่า ประการแรกบริษัทบุหรี่ย่อมมีความคาดหวังในการลงทุนอย่างสมเหตุสมผลว่าความลับทางการค้าของตนจะถูกเก็บไว้เป็นความลับ แต่การที่กฎหมายของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ให้ บริษัทบุหรี่เปิดเผยข้อมูลเป็นการบังคับให้ผู้ผลิตบุหรี่ยุติสิทธิความเป็นเจ้าของในสูตรของผลิตภัณฑ์ยาสูบที่เป็นความลับทางการค้า และการเปิดเผยส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์นี้เกินขอบเขตของการให้ข้อมูลอย่างเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค (fair information) และเป็นการกระทบสิทธิของบริษัทในการรักษาสูตรลับเฉพาะของยี่ห้อ ประการที่สองศาลตัดสินว่าการเปิดเผยส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ยาสูบแต่ละยี่ห้อเป็นการทำลายมูลค่าของยี่ห้อเพราะคู่แข่งสามารถทำการหาส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ได้ (reverse engineer) ซึ่งช่วยลดค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ เพราะยี่ห้อที่มีมูลค่าเป็นพันล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ศาลจึงตัดสินว่ากฎหมายทำให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างมาก ประการสุดท้ายศาลวินิจฉัยจากการเปรียบเทียบประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนกับผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินของบริษัทบุหรี่ ศาลวิเคราะห์ว่าบริษัทบุหรี่ย่อมเสียสิทธิทั้งหมดในความลับทางการค้าถ้าบริษัทเปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้าเหล่านั้นโดยสมัครใจแก่มลรัฐและรัฐจะเปิดเผยข้อมูลนั้นสู่สาธารณะ โดยปราศจากความสามารถในการหวงกันบุคคลอื่น ความลับทางการค้านั้นจะสูญเสียมูลค่าไปทั้งหมด ศาลจึงตัดสินว่า Disclosure Act เป็นการเวนคืนทรัพย์สินของบริษัทบุหรี่โดยไม่มีการจ่ายค่าชดเชยอย่างเป็นทางการจึงขัดต่อบทบัญญัติเรื่องการเวนคืน (Taking Clause)

ทั้งนี้ศาลมีความเห็นว่ามาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินของเอกชนอย่างร้ายแรงโดยไม่เป็นการเวนคืนที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลไม่เห็นว่าการกระทำของรัฐมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่

²³ Philip Morris Incorporated, et al. v. Thomas F. Reilly, Attorney General Of Massachusetts, et al., 312 F.3d 24, United States Court of Appeals for the First Circuit (2002)

United States Tobacco Company, et al. v. Thomas F. Reilly, Attorney General Of Massachusetts, et al., 312 F.3d 24, United States Court of Appeals for the First Circuit (2002)

เกิดแก่ความลับทางการค้าของบริษัท เพราะศาลไม่เห็นว่ามีมาตรการของมลรัฐจะเพียงพอที่ทำให้วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองและส่งเสริมสุขภาพของประชาชนบรรลุผล

4.4.2 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียกำหนดบทบัญญัติคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนไว้ในมาตรา 51 (xxxi)²⁴ ของรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติว่า “ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ รัฐสภามีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อย และ good government ของออสเตรเลีย เพื่อการเวนคืน (acquisition) ซึ่งทรัพย์สินจากรัฐหรือบุคคลใดเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆที่รัฐสภามีอำนาจในการออกกฎหมาย โดยต้องจ่ายค่าชดเชยอย่างเพียงพอเพื่อการนั้น”

การเวนคืนตามมาตรา 51 (xxxi) รวมถึงกรณีที่รัฐออกกฎหมายกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สินด้วย²⁵

4.4.2.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง

การตีความคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 51(xxix) ได้รับอิทธิพลการตีความคำว่า “ทรัพย์สิน” จากการใช้ในกฎหมายต่างๆไป คำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 51(xxix) เป็นคำที่ครอบคลุมมากที่สุดที่สามารถใช้ได้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามที่มีการรับรองโดยบัญญัติ ได้แก่ กฎหมายเครื่องหมายการค้า (Trade Marks Act) กฎหมายออกแบบผลิตภัณฑ์ (Designs Act) กฎหมายสิทธิบัตร (Patents Act) และ กฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Act) จึงเป็นทรัพย์สินตามมาตรา 51(xxix)²⁶

²⁴ Section 51 of Constitution of Australia

“The Parliament shall, subject to this constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

(xxxi) the acquisition of property on just terms from any state or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws.”

²⁵ Matter No S409/2011 JT International SA v. Commonwealth of Australia

Matter No S389/2011 British American Tobacco Australasia Limited & Ors v. the Commonwealth of Australia

²⁶ Matter No S409/2011 JT International SA v. Commonwealth of Australia, and

Matter No S389/2011 British American Tobacco Australasia Limited & Ors v. the Commonwealth of Australia

4.4.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

ที่มาของมาตรา 51(xxxi) มาจากบทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐาซึ่งให้สิทธิแก่สหรัฐาในการเวนคืนทรัพย์สิน (taking) โดยกำหนดให้จ่ายค่าชดเชยที่เป็นธรรม” แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาเสียงข้างมากในคดีนี้เห็นว่าการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามมาตรา 51(xxxi) ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาต่างจากการเวนคืน “taking” ของ The Fifth Amendment แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 51(xxxi) และ The Fifth Amendment ของรัฐธรรมนูญสหรัฐามีความแตกต่างกันในหลายประเด็น เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 บัญญัติในเชิงปฏิเสธโดยเป็นการห้ามทำกระทำที่เท่ากัน ในทางกลับกันมาตรา 51(xxxi) บัญญัติในเชิงบวกโดยบัญญัติถึงแหล่งที่มาของอำนาจและการห้ามกระทำ การ โดยผู้พิพากษาเน้นว่าจะไม่นำการพิจารณาการเวนคืน “taking clause” ของ The Fifth Amendment มาปรับใช้กับมาตรา 51(xxxi) อีกทั้งการเวนคืนแบบ “taking” คือการเอาไปซึ่งทรัพย์สินโดยมองจากมุมมองของเจ้าของทรัพย์สิน แต่การเวนคืนแบบ “acquiring” คือการได้บางอย่างจากมุมมองของผู้รับ โดยศาลอธิบายการเวนคืนแบบ “acquisition” โดยยกตัวอย่างการวินิจฉัยในคดีก่อนๆ²⁷ ซึ่งอาจสรุปได้ว่าการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามมาตรา 51(xxxi) ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียไม่ใช่การเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนแบบ “taking” แต่เป็นการเวนคืนทรัพย์สินแบบ “acquisition” เพื่อจุดประสงค์ของออสเตรเลีย โดยกฎหมายที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่แค่เพียงกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน หรือกฎหมายที่ทำให้สิทธิในทรัพย์สินนั้นระงับไปเท่านั้น แต่ออสเตรเลียหรือบุคคลอื่นจะต้องมีการได้มาซึ่งประโยชน์ในทรัพย์สินด้วยแม้ว่าจะเล็กน้อยหรือไม่สำคัญก็ตาม ประโยชน์นั้นต้องเป็นประโยชน์ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน กล่าวคือ การเวนคืนแบบ “acquisition” ตามมาตรา 51(xxxi) จะเกิดขึ้นเมื่อผลของกฎหมายหรือข้อกำหนดที่เป็นข้อห้ามได้ให้ประโยชน์ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินแก่ออสเตรเลียหรือบุคคลอื่น หรือทำให้สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อจุดประสงค์ของออสเตรเลีย ถ้าไม่มีองค์ประกอบเหล่านี้จะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน (acquisition of property)

คดี Tasmanian Dam ศาลวินิจฉัยว่า “มาตรา 51(xxxi) ไม่ใช่การเวนคืนแบบ “taking” ทรัพย์สินของเอกชนแต่เป็นการเวนคืนแบบ “acquisition” ทรัพย์สินเพื่อจุดประสงค์ของออสเตรเลีย กฎหมายที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่แค่เพียง

²⁷ Minister of State for the Army v. Dalziel (1944) 68 CLR 261 292 – 6, 308,
The Commonwealth v Tasmania (1983) 158 CLR 1, and
Mutual Pools & Staff Pty Ltd v. The Commonwealth (1994) 179 CLR 155

กฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน หรือกฎหมายที่ทำให้สิทธิในทรัพย์สินนั้นระงับไปเท่านั้น แต่จะต้องมีการได้มาซึ่งประโยชน์ในทรัพย์สินด้วยแม้ว่าจะเล็กน้อยหรือไม่สำคัญก็ตาม ซึ่งต้องเป็นประโยชน์ที่ระบุและวัดได้ ประโยชน์ดังกล่าวนี้ คือ ความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้นการเวนคืนแบบ “acquisition” ตามมาตรา 51(xxxi) จะเกิดขึ้นเมื่อผลของกฎหมายหรือข้อกำหนดที่เป็นข้อห้ามได้ให้ประโยชน์ที่สามารถระบุและวัดได้แก่ออสเตรเลียหรือบุคคลอื่นหรือทำให้สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อจุดประสงค์ของออสเตรเลีย”

คดี Mutual Pools & Staff Pty Ltd. v. the Commonwealth ศาลวินิจฉัยว่าอย่างน้อยบุคคลต้องได้รับประโยชน์ที่ระบุได้ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน (ownership) หรือการใช้ทรัพย์สิน และต้องเป็นประโยชน์ที่ระบุและวัดได้ ถ้าไม่มีองค์ประกอบเหล่านี้กรณีนั้นจะไม่ใช่การเวนคืนทรัพย์สิน

4.4.3 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญของไทย

ประเทศไทยบัญญัติให้การคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ รวมถึงในร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... ด้วย²⁸ โดยมาตรา 37 ของร่างรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม ภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความสะดวกเสียหายจากการเวนคืน โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น”

จากบทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนของรัฐ ซึ่งการเวนคืนดังกล่าวทำได้โดยการที่รัฐออกกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และต้องมีการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรม ภายในเวลาอันควรด้วย

²⁸ ขณะที่ผู้เขียนกำลังทำการศึกษาอยู่นี้ ประเทศไทยกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... ซึ่งจะมีการลงประชามติในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559

4.4.3.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง

ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... และรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้ ความคุ้มครองทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น²⁹

4.4.3.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนตาม รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดไว้เฉพาะทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ดังนั้นการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์ตามรัฐธรรมนูญของไทยสามารถทำได้โดยใช้กลไกของกฎหมายในการเอา อสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ เพื่อใช้ในการทำประโยชน์สาธารณะต่างๆ เช่น กรมทางหลวงเวนคืนที่ดินจากประชาชนเพื่อใช้สร้างทางหลวง การรถไฟแห่งประเทศไทยเวนคืนที่ดิน จากประชาชนเพื่อใช้สร้างทางรถไฟหรือสถานีรถไฟ เป็นต้น³⁰

ดังนั้นการเวนคืนตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาออสเตรเลีย และไทยสามารถเปรียบเทียบ กันได้ตามตารางที่ 4

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁹ มาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์เหมือนที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

“การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...เพื่อประโยชน์ สาธารณะอย่างอื่นและต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ...”

³⁰ นัยนา เกิดวิชัย, รายงานการวิจัย เรื่อง การใช้ประโยชน์จากที่ดินที่รัฐเวนคืนจากประชาชน, หน้า 73.

ตารางที่ 4 ตารางเปรียบเทียบการเวนคืนทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ

หลักเกณฑ์ในการพิจารณา	สหรัฐอเมริกา	ออสเตรเลีย	ไทย
บทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญ	The Fifth Amendment "บุคคลใดก็ตามไม่สามารถยึดทรัพย์สินของเอกชนได้ ถ้าไม่ได้ทำตามกระบวนการ (due process) หรือไม่ได้เวนคืน (taken) เพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ และปราศจากการจ่ายค่าชดเชย"	S51(xxi) "ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ รัฐสภามีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยและหลักธรรมาภิบาลที่ดี (good government) ของออสเตรเลีย เพื่อการเวนคืน (acquisition) ซึ่งทรัพย์สินจากรัฐหรือบุคคลใดเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆที่รัฐสภามีอำนาจในการออกกฎหมาย โดยต้องจ่ายค่าชดเชยอย่างเพียงพอเพื่อการนั้น"	มาตรา 37 วรรค 3 "การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้น ... เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดใช้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ"
ทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ	คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภท เช่น ความลับทางการค้า สิทธิบัตร แต่ในบางคดีตัดสินว่าไม่คุ้มครองสิทธิบัตร	ทรัพย์สินทางปัญญาด้อย เช่น เครื่องหมายการค้า ค่าความนิยม (goodwill) เป็นต้น	อสังหาริมทรัพย์
หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม	1. การกระทำของรัฐแทรกแซงความคาดหวังในการลงทุนอย่างสมเหตุสมผล 2. เจ้าของทรัพย์สินได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐ 3. ลักษณะของการกระทำของรัฐ	ต้องมีการได้มาซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของ	ต้องมีการได้มาซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของ

4.5 การคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

ความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Agreements: IIAs) อาทิ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) และความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศ (Free Trade Agreements: FTAs) บางฉบับที่มีการเพิ่มข้อบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุนไว้ในความตกลง ความตกลงเหล่านั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติจากการถูกเลือกปฏิบัติ หรือการออกมาตรการใดๆที่ไปกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ แม้ว่าการจัดทำความตกลงเหล่านี้จะเป็นผลดีสำหรับการขยายตัวทางการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ทำให้รัฐบาลจะต้องระมัดระวังในการใช้นโยบายและมาตรการต่างๆที่อาจกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจรัฐใดๆ

ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการประกอบกิจการของนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงซึ่งในต่างประเทศมักเกิดกรณีพิพาทจากการใช้มาตรการของรัฐที่มีผลเป็นการเวนคืนทรัพย์สิน หรือเทียบเท่ากับการเวนคืนทรัพย์สินซึ่งขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงที่จะต้องคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ³¹

การพิจารณาว่าทรัพย์สินของนักลงทุนถูกเวนคืนหรือไม่ นอกจากจะต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองตามความตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ ยังต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐมีลักษณะเป็นการเวนคืนตามที่กำหนดไว้ในความตกลงหรือไม่ด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณามีรายละเอียดดังจะได้อธิบายต่อไป

4.5.1 ขอบเขตของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนทางอ้อม

นิยามของการลงทุนในความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศมีความสำคัญสำหรับประเทศผู้รับการลงทุน เนื่องจากการออกกฎหมายของประเทศภาคีสัญญาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศกำหนด นอกจากนี้ทำให้เกิดความโปร่งใส แน่นนอน และทำให้คาดหมายได้เมื่อมีการลงทุนระหว่างประเทศเกิดขึ้น³² ดังนั้นทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองต้องอยู่ในขอบเขตของนิยามการลงทุน

รูปแบบการนิยามการลงทุนสามารถทำได้โดย 3 รูปแบบหลัก ได้แก่ แบบอิงสินทรัพย์ (asset-based) แบบอิงหน่วยธุรกิจ (enterprise-based) แบบอิงธุรกรรม (transactions-based)³³ ซึ่งการเลือกใช้นิยามในแต่ละรูปแบบขึ้นอยู่กับลักษณะและวัตถุประสงค์ของความตกลง เช่น ถ้าความตกลงมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองและรับรองการลงทุนหลังจากที่มีการเข้ามาลงทุนภายในดินแดนของรัฐและเข้ามาก่อตั้งในรัฐของผู้รับการลงทุนแล้ว การนิยามการลงทุนมีแนวโน้มที่จะใช้การนิยามแบบกว้างๆ เพื่อให้ความตกลงมีระดับการคุ้มครองการลงทุนที่สูง เป็นต้น

³¹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, "การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย," รายงานที่ตีพิมพ์ 49(2550): 3 – 4.

³² World Trade Organization, Scope and definitions: "Investment" and "Investor" (2002), p. 4.

³³ การนิยามการลงทุนมี 3 รูปแบบหลัก ได้แก่

(1) การนิยามการลงทุนแบบอิงสินทรัพย์ (asset-based) จะกำหนดความหมายของการลงทุนโดยใช้ประเภทของทรัพย์สินเป็นเกณฑ์ ครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิดที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้และไม่จำกัดเฉพาะทรัพย์สินทางการเงินเท่านั้น

(2) การนิยามการลงทุนแบบอิงหน่วยธุรกิจ (enterprise-based) จะหมายถึงการลงทุนในลักษณะที่มีการสร้างบริษัท หรือการเข้าควบคุมประโยชน์ของบริษัทในดินแดนของรัฐผู้รับการลงทุน

(3) การนิยามการลงทุนแบบอิงธุรกรรม (transaction-based) เป็นการนิยามการลงทุนว่าเป็นการเคลื่อนย้ายทุนหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องข้ามเขตแดนประกอบอยู่ในการสร้างหรือการชำระบัญชีของการลงทุนของต่างชาติ

ส่วนใหญ่นิยามการลงทุนในความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศต่างๆ จะใช้นิยามแบบอิงสินทรัพย์ เช่นเดียวกับความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรีของไทยบางฉบับที่มีข้อบ่งชี้ว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนจะบัญญัตินิยามของการลงทุนไว้โดยนิยามของการลงทุนใช้รูปแบบอิงสินทรัพย์ (asset-based model) กล่าวคือ “การลงทุนครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิด” ไม่จำกัดเฉพาะสินทรัพย์ทางการเงิน แต่รวมถึงทรัพย์สินที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ โดยทั่วไปการนิยามการลงทุนจะระบุรายชื่อประเภทของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองโดยความตกลง มักจะประกอบด้วยทรัพย์สินที่จับต้องได้ และทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ประโยชน์ของบริษัททั้งในรูปแบบของการลงทุนทางตรง (direct investment) และการลงทุนในหลักทรัพย์ (portfolio investment) สินทรัพย์ทางการเงินอื่นๆ และสิทธิตามสัญญา สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น³⁴

ตัวอย่างนิยามของการลงทุนความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศที่ใช้นิยามการลงทุนแบบอิงสินทรัพย์ เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสมาพันธรัฐสวิสเซอร์แลนด์และราชอาณาจักรไทย กำหนดไว้ในข้อ 1 (บี) บัญญัติว่า³⁵

“การลงทุน หมายถึง สินทรัพย์ประเภทใดๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งและไม่จำกัดเฉพาะสินทรัพย์ต่อไปนี้

1. สหกรณ์ทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ดังเช่น การจ้างงาน สิทธิยึดหน่วงหรือจำนำ
2. หุ้นส่วน หุ้น พันธบัตร และหุ้นกู้ หรือรูปแบบอื่นใดของการเข้าร่วมในบริษัท วิสาหกิจธุรกิจ หรือกิจการร่วมค้า
3. เงิน การเรียกร้องสิทธิในเงิน การเรียกร้องให้ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งมีมูลค่าทางการเงิน
4. สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และ ค่าความนิยม
5. สิทธิที่ได้รับตามกฎหมายหรือภายใต้สัญญาให้ดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์และเศรษฐกิจใดๆ

³⁴ World Trade Organization, *Scope and Definitions: “Investment” and “Investor* (2002), pp. 3 – 4.

³⁵ Article 1 Definitions of Agreement between the Swiss Confederation and the Kingdom of Thailand on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments

6. สัมปทานทางธุรกิจที่กำหนดให้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามกฎหมายหรือภายใต้สัญญา รวมถึงสัมปทานใดๆ สำหรับการแสวงหา เพาะปลูก สกัด หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ...”

เช่นเดียวกับนิยามของการลงทุนของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลของราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลของฮ่องกง³⁶ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)³⁷ และความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่จะกำหนดนิยามการลงทุนไว้กว้างๆ

แต่ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ (Japan – Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA)³⁸ แม้ว่าจะนิยามโดยอิงสินทรัพย์ แต่ได้ตีกรอบนิยามของการลงทุนให้จำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นของนักลงทุนโดยตรง โดยไม่นับรวมทรัพย์สินของนักลงทุนในตลาดหุ้น (portfolio investment) และกำหนดทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครองไว้ชัดเจน เป็นการกำหนดนิยามในลักษณะปิด (closed list)³⁹

4.5.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

4.5.2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมตามแนวทางการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมซึ่งต้องพิจารณาในประเด็นดังต่อไปนี้

(1) ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุน

ความตกลงการลงทุนบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการเวนคืนโดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน (property rights) ของนักลงทุน ประกอบด้วยสิทธิที่จะครอบครอง ควบคุม ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน รวมถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนนั้นด้วย

³⁶ Article 1 (3) of Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the Promotion and Protection of Investments

³⁷ ข้อ 4 (ซี) ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน

³⁸ ข้อ 91 (เจ) ของความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ

³⁹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, "การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งที่ไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย," รายงานที่ตีพิมพ์: 7.

ดังนั้นการที่มาตรการของรัฐส่งผลให้กำไรของกิจการของนักลงทุนลดลงเพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการเวนคืนแต่จะต้องพิจารณาถึงความสามารถในการควบคุมทรัพย์สินด้วย⁴⁰

มาตรการของรัฐที่ก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อมต้องเป็นมาตรการที่แทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนจนส่งผลให้นักลงทุนสูญเสียความสามารถในการควบคุม⁴¹ ครอบครอง หรือใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตน หรือไม่สามารถจัดการธุรกิจของตนได้อีกต่อไป⁴² หรือสามารถควบคุมหรือใช้ประโยชน์ในธุรกิจของตนได้แต่ไม่มีประสิทธิภาพ⁴³ อันมีลักษณะเป็นการเอาไปซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญในการใช้ประโยชน์ ส่งผลให้สูญเสียมูลค่าในทรัพย์สินอย่างมาก (substantial loss of control or value) หรือมีผลกระทบทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของทรัพย์สินอย่างร้ายแรง”(severe economy impact)⁴⁴ แม้ว่านักลงทุนจะยังมีกรรมสิทธิ์อยู่ในทรัพย์สินนั้นหรือรัฐจะไม่ได้มีเจตนาในการที่จะเวนคืนทรัพย์สินหากมาตรการของรัฐส่งผลกระทบต่อขนาดที่นักลงทุนไม่สามารถใช้สิทธิในทรัพย์สินของตนได้ ก็ถือว่ามาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดการเวนคืน⁴⁵

ตัวอย่างของคดีที่รัฐออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิการสาธารณะที่ทำให้นักลงทุนไม่สามารถควบคุม ครอบครอง หรือดำเนินกิจการของตนได้อีกต่อไป อันเป็นการเอาไปซึ่งการใช้ประโยชน์หรือการใช้สิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนทำให้การลงทุนสูญเสียมูลค่าในทางเศรษฐกิจ เช่น

คดี *Metaclad Corp. v. United Mexican States*⁴⁶ บริษัท Metaclad ได้เข้ามาลงทุนในประเทศเม็กซิโกเพื่อก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะอันตรายให้แก่บริษัท Coterin ซึ่งได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นแล้ว โดยก่อนก่อสร้างได้รับใบอนุญาตในการก่อสร้างจาก

⁴⁰ ปิยรัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล, "มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 158.

⁴¹ Peter Muchlinski Federico Ortino and Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (United States Oxford University Press, 2008), pp. 438-439.

⁴² ปิยรัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล, "มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน," หน้า 142-143.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

⁴⁴ Peter Muchlinski Federico Ortino and Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, pp. 438 - 439.

⁴⁵ ปิยรัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล, "มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน," หน้า 144 - 145.

⁴⁶ August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, pp. 157 - 158.

ส่วนกลางจากสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) อีกทั้งประธานสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ และอธิบดีสำนักงานเลขาธิการเพื่อการพัฒนาเมืองและนิเวศวิทยาได้แจ้งแก่บริษัท Metaclad แล้วว่าบริษัท COTEREIN ได้รับอนุญาตให้ดำเนินโครงการนี้แล้ว แต่ต่อมาฝ่ายบริหารมลรัฐ San Luis Potosi ออกกฎนิเวศวิทยา (Ecological Degree) โดยอ้างว่าเพื่อการคุ้มครองพื้นที่ทางธรรมชาติครอบคลุมพื้นที่บริเวณที่ทำการก่อสร้างที่ฝังบกลบขยยะ ประกอบกับเทศบาลเมือง Guadalcasar ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตในการก่อสร้างพื้นที่ฝังบกลบขยยะด้วยทำให้ไม่สามารถดำเนินการใดๆบนพื้นที่ฝังบกลบขยยะต่อไปได้ อนุญาตตุลาการจึงวินิจฉัยว่าการเวนคืนตามความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Area: NAFTA) ไม่ได้หมายถึงเพียงการเวนคืนทรัพย์สินอย่างเปิดเผย เช่น การยึดหรือโอนกรรมสิทธิ์มาเป็นของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงการแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินที่ส่งผลเป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของเจ้าของทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญในการใช้ประโยชน์หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจของทรัพย์สินที่คาดหมายได้ ดังนั้นการออกกฎนิเวศวิทยาเพื่อคุ้มครองพื้นที่ทางธรรมชาติและการปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตของเทศบาลเมือง Guadalcasar เป็นการขัดขวางการดำเนินการลงทุนของบริษัท Metaclad ในการก่อสร้างพื้นที่ฝังบกลบขยยะอันตราย

คดี Tecmed v. Mexico⁴⁷ ผู้ร้องเป็นบริษัทดำเนินการอยู่ในประเทศสเปน และเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศเม็กซิโกโดยบริษัทลูก คือ บริษัท Tecmed และบริษัท Cytrar โดย บริษัท Tecmed ได้ประมูลทรัพย์สิน อาคาร โรงงาน และทรัพย์สินอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมหลุมฝังบกลบขยยะอุตสาหกรรมอันตราย ในการดำเนินการกิจการฝังบกลบขยยะบริษัท TECMED ต้องได้รับใบอนุญาตซึ่งออกโดยสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ (INE) โดยต้องต่อใบอนุญาตทุกปี ในเดือนพฤศจิกายนปี ค.ศ. 1998 มีการออกมาตรการ Resolution สถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ จึงปฏิเสธการต่อใบอนุญาตในการจัดการหลุมฝังบกลบขยยะโดยอ้างว่าทำตามเหตุผลของสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ และการปฏิเสธการต่ออายุใบอนุญาตเนื่องจากสถานการณ์ทางการเมือง เช่น การเปลี่ยนฝ่ายปกครองเมือง Hermosillo ซึ่งเป็นที่หลุมฝังบกลบขยยะตั้งอยู่ เนื่องจากฝ่ายปกครองใหม่ของเมือง Hermosillo สนับสนุนให้ประชาชนเคลื่อนไหวต่อต้านหลุมฝังบกลบขยยะซึ่งเป็นการถอนหรือปฏิเสธการอนุญาตดำเนินการหลุมฝังบกลบขยยะเนื่องจากหลุมฝังบกลบขยยะอยู่ใกล้ชุมชน บริษัท Tecmed อ้างว่าการปฏิเสธที่จะต่อใบอนุญาตในการดำเนินการหลุมฝังบกลบขยยะนี้เป็นการทำตามอำเภอใจ ซึ่งอนุญาตตุลาการเห็นว่าการพิจารณาว่า Resolution เป็นมาตรการที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือไม่ ต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ร้องถูกเอาไปซึ่งการใช้ประโยชน์และการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจในการลงทุนของผู้ร้อง เช่น รายได้หรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวกับหลุมฝังบกลบขยยะหรือเกี่ยวกับใช้ประโยชน์ของหลุมฝังบกลบขยยะ ทำให้ทรัพย์สินของผู้ร้องสูญเสียมูลค่าหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

⁴⁷ Ibid., p. 158.

หลักในการพิจารณาดังกล่าวมีความสำคัญ เนื่องจากทำให้สามารถแยกข้อบังคับที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐตามธรรมดาที่ส่งผลเป็นการลดทรัพย์สินหรือสิทธิในทรัพย์สินกับข้อบังคับที่เป็นการเวนคืนที่เอาไปซึ่งทรัพย์สินและสิทธิในทรัพย์สินได้ อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการตัดสินใจของสถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ ที่จะปิดหลุมฝังกลบขยะอย่างถาวรและไม่อาจเพิกถอนได้เป็นการทำให้บริษัท Tecmed สูญเสียมูลค่าเพราะหลุมฝังกลบขยะไม่สามารถใช้สำหรับวัตถุประสงค์อื่น อนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่าการไม่ต่อไปใบอนุญาตเป็นการเวนคืนทางอ้อม เช่น การลงทุนทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจและไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้

คดี Starret Housing Corporation v. Government of Islamic Republic of Iran บริษัท Starret Housing ทำสัญญากับธนาคารเพื่อการพัฒนาประเทศอิหร่าน เพื่อสร้างอพาร์ทเมนต์ในนามของบริษัท Shah Goli Apartment สำหรับโครงการบ้านที่อยู่อาศัย “Zomorod” รัฐบาลอิหร่านได้กระทำการต่างๆเพื่อขัดขวางการดำเนินการก่อสร้างอพาร์ทเมนต์ อีกทั้งออกกฎหมายจัดตั้งผู้จัดการชั่วคราวอันเป็นการตัดสิทธิผู้ถือหุ้นในการบริหาร บริษัท Shah Goli Apartment อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดว่าการออกกฎหมายจัดตั้งผู้จัดการชั่วคราวเป็นการแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนทำให้นักลงทุนไม่สามารถควบคุมการลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเป็นการเวนคืนทางอ้อม

แต่บางกรณีมาตรการของรัฐไม่ได้ส่งผลเป็นการเอาไปซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของนักลงทุน หากรัฐออกมาตรการมาใช้บังคับแต่นักลงทุนยังสามารถควบคุมและใช้ทรัพย์สินได้ แม้ว่าไม่ได้รับประโยชน์ในทางเศรษฐกิจตามที่คาดหวังก็ไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อม เช่น มาตรการของรัฐส่งผลให้กำไรของกิจการลดลง แต่นักลงทุนยังคงดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยที่รัฐไม่ได้แทรกแซงหรือควบคุมการบริหารงานต่างๆทั้งในด้านการดำเนินงานของลูกค้า การจัดตั้งผู้บริหาร หรือการจ่ายเงินปันผล เป็นต้น⁴⁸ แต่อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ระดับของการแทรกแซงค่อนข้างเป็นไปได้ยาก⁴⁹ ข้อพิพาทที่ใช้หลักการนี้ในการวินิจฉัย เช่น

คดี Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada (Pope & Talbot v Canada)⁵⁰ บริษัท Pope&Talbot ประกอบธุรกิจส่งออกไม้เนื้ออ่อนแปรรูปในแคนาดาโดยส่งไปขายยังสหรัฐฯ ต่อมารัฐบาลแคนาดาออกหลักเกณฑ์ควบคุมการส่งออกไม้เนื้ออ่อน

⁴⁸ ปิยรัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล, "มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน," หน้า 158 – 159.

⁴⁹ Peter Muchlinski Federico Ortino and Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p. 439.

⁵⁰ August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, p. 157.

แปรรูป (Export Control Regime) โดยกำหนดให้ก่อนส่งออกไปยังสหรัฐอเมริกาจะต้องได้รับอนุญาตและรัฐบาลแคนาดาจะเก็บค่าธรรมเนียมการส่งออกนั้นด้วย แคนาดาอ้างว่าการควบคุมการส่งออกเป็นการปฏิบัติตามความตกลง NAFTA ว่าด้วยไม้เนื้ออ่อนแปรรูป (SLA) ที่จำกัดการยกเว้นภาษีส่งออกไม้เนื้ออ่อนแปรรูปไปยังสหรัฐอเมริกา อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือเห็นว่าการแทรกแซงการดำเนินการของธุรกิจนั้นเพียงพอที่จะพิจารณาว่าเป็นการเวนคืนหรือไม่ ตามกฎหมายระหว่างประเทศต้องมีการทำให้สูญเสียในปริมาณมาก (substantial deprivation) แต่ในกรณีดังกล่าวการที่รัฐออกหลักเกณฑ์ควบคุมการส่งออกไม้เนื้ออ่อนแปรรูปไม่ถึงขนาดที่จะเป็นการเวนคืน เพราะแม้ว่าการควบคุมการส่งออกจะทำให้กำไรของบริษัทลดลง แต่บริษัทยังทำการส่งออกในปริมาณมากได้และสามารถทำกำไรจากการขายไม้เนื้ออ่อนได้อยู่ อีกทั้งรัฐไม่ได้แทรกแซงหรือควบคุมการบริหารงานต่างๆทั้งในด้านการดำเนินงานของลูกค้า การจัดตั้งผู้บริหาร หรือการจ่ายเงินปันผลหรือกิจกรรมของผู้ถือหุ้น⁵¹

คดี S.D. Myers v. Canada⁵² บริษัท S.D. Myers เข้ามาลงทุนในประเทศแคนาดาโดยทำธุรกิจส่งออกขยะที่มีสารโพลีคลอริเนตไบฟีนิล (PCBs) ไปกำจัดยังประเทศสหรัฐอเมริกาตามความตกลงของประเทศสหรัฐากับแคนาดาที่กำหนดให้มีการกำจัดสารอันตรายในโรงงานที่ใกล้ที่สุด นอกจากนี้กฎหมาย CEPA ของแคนาดาอนุญาตให้ส่งขยะที่มีสาร PCBs ไปยังสหรัฐอเมริกา แต่ต่อมากกระทรวงสิ่งแวดล้อมของประเทศแคนาดาออกคำสั่งห้ามส่งออกสาร PCBs ไปยังสหรัฐอเมริกา เพราะต้องการที่จะป้องกันอันตรายร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นแก่สิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพของมนุษย์ตามนโยบายของประเทศต่างๆที่ลดการใช้สาร PCBs โดยเฉพาะนโยบายของสหรัฐฯและแคนาดาที่ห้ามใช้สินค้าที่มีสาร PCBs คำสั่งของกระทรวงสิ่งแวดล้อมดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อการทำงานของบริษัท S.D. Myers ซึ่งอนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลง NAFTA เห็นว่า “การขจัดความสามารถของเจ้าของในการใช้ประโยชน์สิทธิในทางเศรษฐกิจเป็นการเวนคืน รวมถึงในบางกรณีแม้ขจัดไปซึ่งความสามารถเพียงบางส่วนหรือชั่วคราวก็เป็นการเวนคืนเช่นกัน” แต่คดีนี้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าคำสั่งของกระทรวงสิ่งแวดล้อมยังไม่ใช่การเวนคืนเพราะมาตรการดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่จะทำลายสิทธิในความเป็นเจ้าของ

คดี Waste Management Inc. v. United Mexican States บริษัท Waste Management ลงทุนในประเทศเม็กซิโกเพื่อดำเนินการจัดการขยะเป็นเวลา 15 ปี ต่อมาเม็กซิโกไม่ชำระเงินและไม่ปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานที่ให้แก่บริษัท Acaverde ในฐานะบริษัทของ

⁵¹ ปิยารัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล, "มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน," หน้า 158 – 159.

⁵² August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, p. 158.

Waste Management และธนาคารที่เป็นผู้ค้าประกันการชำระเงินของเม็กซิโกอย่างไม่มีเงื่อนไข ปฏิเสธตามอำเภอใจที่จะชำระเงินให้แก่บริษัท Acaverde อนุญาโตตุลาการภายใต้ความตกลงการค้าเสรีอเมริกาเหนือตัดสินว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวเป็นเพียงการผิดสัญญาทั่วไป การที่บริษัทต้องเสียหายเพราะไม่ได้รับชำระหนี้หรือไม่ได้รับการปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้เป็นเพราะถูกเวนคืน อีกทั้งบริษัท Acaverde ยังสามารถควบคุมและใช้ทรัพย์สินได้ตลอด และสามารถให้บริการและเรียกให้ลูกค้าชำระเงินได้ การที่ไม่ได้รับประโยชน์ตามที่คาดหวังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการเวนคืน เพราะการเวนคืนตามข้อ 1110 จะต้องเวนคืนกิจการทั้งหมด แต่ในกรณีนี้กิจการอยู่ภายใต้การกระทำของรัฐเพียงบางส่วน

คดี Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand บริษัท Walter Bau เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้รับสัมปทานการก่อสร้างและการบริหารจัดการโครงการยกระดับดอนเมืองโทลเวย์จากกรมทางหลวงเป็นเวลา 25 ปี

ข้อ 4(2)⁵³ ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับเยอรมัน กำหนดให้คุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนโดยกำหนดว่า “การลงทุนโดยนักลงทุนของรัฐคู่สัญญาจะไม่ถูกเวนคืน (Expropriate) หรือเอาไปเป็นของรัฐ (Nationalized) ทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมถึงมาตรการใดๆที่ส่งผลเทียบเท่ากับการเวนคืน เว้นแต่จะเข้าไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีการจ่ายค่าชดเชยเพื่อการนั้น” ซึ่งบริษัท Walter Bau อ้างว่าการกระทำของไทยที่ค่อยๆสะสมมาเป็นเวลาหลายปีเป็นการเวนคืนทางอ้อมแบบ creeping expropriation⁵⁴

⁵³ Article 4 of Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments

“(2) Investments by investors of either Contracting Party shall not be expropriated, nationalized or subjected directly or indirectly to any other measure the effects of which would be tantamount to the expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting Party except for the public benefit and against compensation. Such compensation shall be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or comparable measure has become publicly known. The compensation shall be paid without delay and shall carry interest at the market lending rate from the date the payment is due until the date of actual payment; it shall be effectively realizable and freely transferable. Appropriate provision shall be made at or prior to the time of expropriation, nationalization or comparable measure for the determination and payment of such compensation. The legality of any expropriation, nationalization or comparable measure, as well as the compensation thereof, shall, at the request of the affected investor, be subject to review by due process of law.”

⁵⁴ การเวนคืนที่เกิดจากการกระทำหลายครั้งเกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องโดยภาคีสัญญามีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรงที่ปราศจากการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย

อนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ต่างๆที่เคยได้รับการวางหลักไว้ในคดีที่พิจารณาเกี่ยวกับการเวนคืน ซึ่งพบว่า การเวนคืนเป็นผลจากการเอาไปซึ่งความเป็นเจ้าของทั้งหมดหรือเอาไปซึ่งส่วนสำคัญสำหรับการใช้ประโยชน์หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจในทรัพย์สินที่คาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผล แม้ว่าจะไม่ใช้ประโยชน์ที่เห็นได้ชัดในรัฐผู้รับการลงทุน และถึงแม้ว่าจะมีการแทรกแซงความสามารถในการดำเนินกิจการของนักลงทุนและการกระทำนั้นทำให้กำไรของกิจการลดลงก็ไม่ก่อให้เกิดการเวนคืนหากกิจการนั้นยังคงดำเนินต่อไปได้ นอกจากนี้ในกรณีที่มีการกระทำของรัฐอย่างต่อเนื่องตลอดระยะเวลาหนึ่งส่งผลให้เกิดการเวนคืนทรัพย์สิน

อนุญาโตตุลาการจึงนำหลักเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการวางหลักไว้ในคดีต่างๆเหล่านั้นมาประกอบการวินิจฉัยคดีนี้ โดยชี้ขาดว่าแม้ว่าการกระทำหรือไม่กระทำการของรัฐบาลไทยจะทำให้กำไรของบริษัททางด่วนโทลเวย์ลดลง แต่บริษัททางด่วนโทลเวย์ยังคงดำเนินกิจการอยู่ในปัจจุบันและสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ในอนาคตในฐานะผู้ได้รับสัมปทานเช่นเดียวกับในคดี LG & E Energy เพราะฉะนั้นอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่ารัฐบาลไทยไม่ได้เวนคืนสิทธิตามสัญญาของผู้ถือหุ้นของบริษัทดอนเมืองโทลเวย์

(2) ความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน (Legitimate Expectations)

นักลงทุนตัดสินใจที่จะทำการลงทุนในประเทศใดๆเพราะมีความเชื่อมั่นสถานการณ์บางอย่างในขณะนั้นที่ให้นักลงทุนเกิดความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่าเมื่อทำการลงทุนแล้วจะได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการลงทุนของตน⁵⁵ ซึ่งสิ่งที่ทำให้ผู้ลงทุนเกิดความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผล คือ กรอบนโยบายทางกฎหมาย ภาระผูกพันใดๆ และการแสดงออกอย่างชัดเจนหรือเป็นนัยของรัฐผู้รับการลงทุนอันได้แก่ กฎหมาย และสนธิสัญญา การรับประกันโดยคำพิพากษา การให้ใช้สิทธิ หรือข้อตกลงอื่นที่มีลักษณะคล้ายๆกัน การมีภาระผูกพันตามสัญญา การเสนอการส่งเสริมการลงทุนให้แก่นักลงทุน หรือการเจรจาตกลงกับนักลงทุนเฉพาะราย (stabilization clause)⁵⁶

คดีที่พิจารณาเรื่องความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุนเพื่อวินิจฉัยการเวนคืนโดยอ้อม เช่น

คดี *Metaclad Corporation v. The United Mexican States* บริษัท *Metaclad* เชื่อใจผู้แทนของรัฐบาลกลางของเม็กซิโกที่อนุญาตให้ทำโรงงานกำจัดขยะอันตราย

⁵⁵ August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, p.162.

⁵⁶ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pp. 115 – 116.

ได้ แต่ต่อมาเทศบาลเมือง Guadalcazar ปฏิเสธการออกใบอนุญาตให้ทำโรงงานก่อสร้างแก่นักลงทุน ความไว้วางใจโดยสุจริตของนักลงทุนถูกทำลายความคาดหวังโดยผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน NAFTA อนุญาตตุลาการ จึงพิจารณาว่าการเวนคืนโดยอ้อม ต้องพิจารณาถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังอย่างสมเหตุสมผล (reasonably-to-be-expected economic benefit) ด้วย

คดี Generation Ukraine ICSID อนุญาตตุลาการเห็นว่าต้องพิจารณาถึงความเปลี่ยนแปลงของระบบเศรษฐกิจของรัฐผู้รับการลงทุนเพื่อพิจารณาเรื่องความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน เพราะมันปรากฏว่าการลงทุนที่ลงทุนในสถานะที่มีความเสี่ยงสูงมีโอกาสที่จะได้ผลตอบแทนสูง พบว่าไม่มีการเวนคืนโดยอ้อมเมื่อนักลงทุนพบกับปัญหาหรือความล่าช้า

แต่อย่างไรก็ตามความคาดหวังของนักลงทุนจะไม่เกิดขึ้นหากรัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้ให้ข้อตกลงที่แน่นอนแก่นักลงทุน แต่นักลงทุนยังตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศนั้น⁵⁷ แสดงว่านักลงทุนยอมรับเอาความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากการที่รัฐบาลใช้อำนาจออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ (Regulatory Power) ให้เป็นไปตามสภาพการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคม หรือความเสี่ยงที่จะเกิดจากสภาพเศรษฐกิจทั่วไป เช่น กิจการล้มละลาย การปิดกิจการ นัดหยุดงาน การปฏิวัติ เป็นต้น⁵⁸ แม้ว่าสภาพเหล่านั้นจะส่งผลให้กิจการมีกำไรน้อยลงหรือไม่มีกำไร⁵⁹ ก็ไม่ได้เป็นการทำลายความคาดหวังของนักลงทุน เช่น

คดี Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation บริษัทย่อยของ บริษัท Revere Copper & Brass ทำสัญญาสัมปทานกับรัฐบาลจาไมก้า แม้ในสัญญาจะมีข้อกำหนดรับประกัน (stabilisation clause) เพื่อรับรองความรับผิดชอบทางภาษีและความรับผิดชอบทางการเงินอื่นๆจะเป็นไปตามที่ตกลงในสัญญาสัมปทานแต่รัฐบาลจาไมก้ากลับเพิ่มค่าสัมปทานทำให้บริษัท Revere Copper & Brass ดำเนินกิจการยากและเรียกร้องค่าชดเชยตามสัญญาประกันภัย อนุญาตตุลาการตัดสินว่ารัฐบาลจาไมก้าเวนคืน

คดี Methanex Corporation v. The United States of America บริษัท Methanex เป็นผู้ผลิตสารประกอบที่ใช้ในสารเคมีชื่อ Methyl Tertiary-Butyl Ether (MTBE) อ้างว่าการที่แคลิฟอร์เนียห้ามนักลงทุนในการผลิตหรือจำหน่าย MTBE ซึ่งเป็นสารเติมแต่งน้ำมันเชื้อเพลิงเป็นการก่อให้เกิดการเวนคืนโดยอ้อม อนุญาตตุลาการให้ความเห็นว่า Methanex

⁵⁷ Peter Muchlinski Federico Ortino and Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p. 449.

⁵⁸ ปิยารัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล, "มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน," หน้า 170.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169-170.

ทราบดีอยู่แล้วว่ามาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับรัฐ ในความเห็นของ อนุญาโตตุลาการ นักลงทุนเข้ามาในตลาดของสหรัฐฯโดยไม่ได้มีการรับรองเป็นพิเศษ ดังนั้นในกรณีนี้ต่างจากคดี *Revere* ที่มีการทำข้อตกลงเป็นพิเศษในการยับยั้งการออกข้อบังคับในอนาคตอันเป็นการชักจูงใจให้นักลงทุนเข้ามาในตลาด แต่ไม่ได้มีการทำตามข้อตกลงนั้น

(3) ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการของรัฐกับวัตถุประสงค์สาธารณะที่รัฐต้องการคุ้มครอง

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมโดยพิจารณาความได้สัดส่วนระหว่างผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นแก่นักลงทุนต่างชาติกับวัตถุประสงค์ของมาตรการในการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ หากนักลงทุนต่างชาติรับภาระมากเกินไปก็จะถือว่าไม่ได้สัดส่วน⁶⁰ หลักการนี้เกิดขึ้นจากการพัฒนาของศาลเพื่อคุ้มครองคนที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐซึ่งไม่มีส่วนในการเลือกตั้ง ไม่มีส่วนในการออกแบบมาตรการ และไม่ได้มีการปรึกษาในเรื่องการบังคับใช้มาตรการ แสดงให้เห็นว่ารัฐให้ความสำคัญในการคุ้มครองนักลงทุนจึงส่งผลให้พลเมืองของรัฐจึงรับภาระในเรื่องประโยชน์สาธารณะมากกว่าคนที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐ⁶¹ แต่อย่างไรก็ตามมีเพียงไม่กี่คดีที่ใช้หลักความได้สัดส่วนในการตัดสินการเวนคืนโดยอ้อม⁶²

คดี *Tecmed v. Mexico* คดีนี้เป็นคดีแรกๆที่นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการของสนธิสัญญาการลงทุนสมัยใหม่ โดยข้อเท็จจริงมีว่าบริษัท *Tecmed* ผู้ร้องฟ้องว่ารัฐบาลเม็กซิโกไม่ต่อใบอนุญาตการดำเนินการให้ และการยุติการให้ใช้หลุมฝังกลบขยะอย่างถาวรเป็นการก่อให้เกิดการเวนคืนซึ่งขัดต่อความตกลง *Spain-Mexico BIT* แต่เม็กซิโกอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสาธารณสุข และการออกกฎหมายของรัฐไม่ถึงขนาดที่จะเป็นการเวนคืนตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่ามาตรการที่รัฐออกเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้สัดส่วนกับผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อบริษัท *Tecmed* หรือไม่ ซึ่งอนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าแม้การออกมาตรการจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายในกรอบของอำนาจในการออกกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าชดเชย และเป็นไปเพื่อคุ้มครอง

⁶⁰ Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 312-313.

⁶¹ August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, p. 163.

⁶² Tsai-yu Lin, "The Status of Fctc in the Interpretation of Compensable Indirect Expropriation and the Right to Adopt "Stricter" Tobacco Control Measures under Bits," *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 9, 1 (2014): 134.

สิ่งแวดล้อมและสาธารณสุข แต่อย่างไรก็ตามแม้มาตรการมีวัตถุประสงค์ไปเป็นเพื่อประโยชน์แก่สังคมส่วนรวม ก็อาจเป็นการเวนคืนโดยอ้อมได้ ในกรณีดังกล่าวการที่รัฐบาลเม็กซิโกไม่ต่อใบอนุญาตในการดำเนินการบ่อกำจัดขยะอันตราย นอกจากทำให้บริษัท Tecmed สูญเสียประโยชน์ในการลงทุน ยังเป็นการทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจและมูลค่าทางการค้าทั้งหมดอย่างถาวรด้วย และเป็นการทำลายความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของบริษัท Tecmed อีกทั้งการไม่ต่อใบอนุญาตไม่ได้ทำให้บรรล่วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพและสิ่งแวดล้อมตามที่ชาวบ้านในพื้นที่ออกมาคัดค้าน อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าเป็นการเวนคืน แต่อนุญาโตตุลาการไม่ได้อธิบายถึงรายละเอียดในการชั่งน้ำหนักการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะและประโยชน์ของนักลงทุน

คดี LG&E Argentina อนุญาโตตุลาการกล่าวว่าการพิจารณาว่า มาตรการของรัฐจะเป็นการเวนคืนเมื่อมาตรการของรัฐไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน การวัดสัดส่วนทำได้โดยการวัดสมดุลของประโยชน์สองอย่าง เช่น ระดับการแทรกแซงของมาตรการในสิทธิความเป็นเจ้าของและอำนาจของรัฐดำเนินตามนโยบาย อนุญาโตตุลาการสังเกตว่าการเวนคืนเกิดขึ้นเมื่อมาตรการมีผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญ มาตรการนั้นแทรกแซงความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผล และมาตรการต้องมีความต่อเนื่องถาวร นอกจากนี้รัฐผู้รับการลงทุนบังคับใช้มาตรการเพื่อทำให้สวัสดิการสังคมหรือสวัสดิการทั่วไปบรรลุผล แต่แม้ว่ารัฐมีสิทธิที่จะบังคับใช้มาตรการที่มีจุดประสงค์เพื่อสวัสดิการสังคมหรือสวัสดิการทั่วไป และปราศจากความรับผิด ต้องมีการพิจารณา ก่อนว่าได้สัดส่วนหรือไม่ จึงจะตัดสินได้ว่าข้อบังคับสวัสดิการทั่วไปยังคงอยู่ภายใต้อำนาจ การออกกฎหมายของรัฐ

คดี Total v. Argentina อนุญาโตตุลาการพบว่าเพื่อการตัดสินว่า มาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนโดยอ้อมหรือไม่ “ต้องพิจารณาถึงลักษณะและวัตถุประสงค์เพื่อประเมินว่าได้สัดส่วนและมีเหตุผลตามจุดประสงค์ซึ่งออกโดยรัฐผู้รับการลงทุน” และยังเห็นว่า “มาตรการชอบด้วยกฎหมาย(legitimate) ได้สัดส่วน มีเหตุผล และไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ต้องให้มีการจ่ายค่าชดเชย”

คดี Fireman’s fund อนุญาโตตุลาการ เห็นว่ามีปัจจัยหลายอย่างอาจ มีผลต่อการพิจารณาการเวนคืนและข้อบังคับที่ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย ซึ่งปัจจัยต่างๆที่ต้องพิจารณา ได้แก่ มาตรการเป็นการทำไปตามอำนาจในการออกกฎหมายของรัฐผู้รับการลงทุนหรือไม่ จุดประสงค์และผลกระทบของมาตรการ มาตรการเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ความได้สัดส่วนระหว่างวิธีการที่ถูกใช้และเป้าหมาย และความสุจริตของมาตรการ

(4) รัฐไม่ต้องรับประโยชน์จากการเวนคืน

แม้ว่ารัฐทำการแทรกแซงกิจการของนักลงทุนซึ่งทำให้เจ้าของทรัพย์สินสูญเสียสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน แต่การแทรกแซงดังกล่าวไม่จำเป็นต้องทำให้รัฐ “มีความมั่งคั่งเพิ่มขึ้น”⁶³ คือ รัฐไม่ต้องได้รับประโยชน์จากการแทรกแซงนั้นก็เป็นการเวนคืนโดยอ้อมได้ เนื่องจากต้องการคุ้มครองนักลงทุนจากการเวนคืนโดยอ้อม โดยมีแนววินิจฉัยในคดีต่างๆ เช่น

คดี Tippet อนุญาโตตุลาการกล่าวว่าควรใช้คำว่า “ทำลาย” (deprivation) มากกว่าคำว่า “เอาไป” (taking) เพราะทำให้เข้าใจว่ารัฐบาลได้บางสิ่งที่มีมูลค่า ซึ่งการเวนคืนโดยอ้อมไม่จำเป็นต้องได้สิ่งที่มีมูลค่า

นอกจากนี้การเวนคืนโดยอ้อมไม่จำเป็นต้องมีการได้มาซึ่งประโยชน์แก่รัฐ แต่อาจทำให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลที่สาม เช่น

คดี SD Myers อนุญาโตตุลาการ กล่าวว่า การเวนคืนเป็นอำนาจชนิดหนึ่งของรัฐบาลในการเอาไป (taking) ซึ่งทรัพย์สินของบุคคลหนึ่งโดยโอนความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งอำนาจในการเอาไปนั้นอาจเป็นอำนาจโดยนิตินัย (de jure) หรืออำนาจโดยพฤตินัยก็ได้ (de facto) ก็ได้

ต่อมาในคดี Tecmed SA v. United Mexican States อนุญาโตตุลาการได้ทำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยวินิจฉัยว่าการเวนคืนโดยอ้อมเป็นการยึดการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการใช้สิทธิในการลงทุนของนักลงทุน อีกทั้งการเวนคืนคือกรณีที่รัฐใช้การกระทำทางปกครองหรือการออกกฎหมายในการบังคับเอาทรัพย์สินของเอกชนทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ ซึ่งรวมไปถึงการเวนคืนโดยพฤตินัยด้วย โดยการกระทำทางปกครองหรือกฎหมายของรัฐโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลที่สาม หรือทำลายความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สินนั้นของบุคคลซึ่งไม่ได้มีการแบ่งทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลที่สามหรือรัฐบาล

แต่อย่างไรก็ตามมีการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในบางคดีที่เห็นว่า ต้องมีการได้ประโยชน์จากการแทรกแซงของรัฐจึงจะเป็นการเวนคืนโดยอ้อม เช่น

คดี Lauder v. Czech Republic อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า Media Council ยึดสิทธิในทรัพย์สินของผู้ร้อง แต่การกระทำเช่นนั้นยังไม่ถึงขนาดหรือเท่ากับเป็นการเวนคืนโดยรัฐ เพราะประโยชน์มิได้ตกแก่สาธารณรัฐเชคหรือบุคคลใดๆที่เกี่ยวข้อง

⁶³ Peter Muchlinski Federico Ortino and Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, p. 442.

คดี *Olguin v. Paraguay* อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการเวนคืนจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ทำให้เกิดการควบคุมทรัพย์สินที่เวนคืนโดยตรงหรือโดยอ้อม หรืออย่างน้อยได้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ยึด

(5) ระยะเวลาในการเวนคืน

แนวหนึ่งเห็นว่าการเวนคืนจะต้องเป็นกรณีที่มีการแทรกแซงของรัฐอย่างถาวรและไม่อาจเพิกถอนได้ แต่อีกแนวทางหนึ่งเห็นว่าการเวนคืนอาจเกิดจากการแทรกแซงชั่วคราวก็ได้แต่ไม่เป็นที่นิยมนัก เช่น

คดี *S.D. Myers v Canada* อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าการเวนคืนเป็นการจำกัดความสามารถของเจ้าของในการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจ ในบางสถานการณ์การยึดแต่เพียงบางส่วนหรือเพียงชั่วคราวอาจเป็นการเวนคืนได้

คดี *Middle East Cement* อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าการระงับใบอนุญาตการส่งออกชั่วคราวเป็นเวลาสี่เดือนไม่ใช่เพียงชั่วคราว

แต่อย่างไรก็ตามคดีหนึ่ง อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินว่าการแทรกแซงเป็นระยะเวลาสิบแปดเดือนไม่เพียงพอที่จะเป็นการเวนคืน ดังนั้นระยะเวลาเท่าใดที่จะก่อให้เกิดการเวนคืนจึงต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป

(6) ลักษณะของมาตรการ (การไม่เลือกปฏิบัติ ความชอบด้วยกฎหมาย ความโปร่งใส)

การกระทำของรัฐบาลที่มีเจตนาหรือผลกระทบเป็นการเลือกปฏิบัติเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่สำคัญที่ก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อม ซึ่งการกระทำของรัฐที่ถือว่ามีเจตนาหรือผลกระทบเป็นการเลือกปฏิบัติต่อเมื่อมาตรการของรัฐมีจุดประสงค์ที่จะแยกการควบคุมนักลงทุนต่างชาติออกจากตลาดของรัฐผู้รับการลงทุน อีกทั้งยังต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนว่ามี การเวนคืนทางอ้อม แต่อย่างไรก็ตามเจตนาหรือผลกระทบของการเลือกปฏิบัติเป็นเพียงองค์ประกอบเพิ่มเติมหรือองค์ประกอบรองในการพิสูจน์การเวนคืนทางอ้อม ซึ่งแตกต่างจากมาตรการของรัฐที่เป็นการเลือกปฏิบัติขัดกับมาตรฐานในการลงทุน เช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured-nation) หรือหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ(national treatment) ที่มักจะกำหนดอยู่ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนหรือความตกลงเกี่ยวกับการลงทุนอื่นๆ⁶⁴ มีการนำหลักการเลือกปฏิบัติไปใช้ในการพิจารณาเรื่องการเวนคืน เช่น

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 450 – 451.

คดี Methanex อนุญาตตุลาการ ให้เหตุผลว่าข้อบังคับที่เลือกปฏิบัติ โดยเจตนาต่อนักลงทุนต่างชาติก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อม แต่มาตรการของมลรัฐแคลิฟอร์เนียใน คดีนี้ที่ห้ามมิให้ใช้สาร Methyl Tertiary-Butyl Ether (MTBE) ในน้ำมันเบนซินเพื่อป้องกันการปนเปื้อนในน้ำ มาตรการดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการทำลายผู้ประกอบการชาวต่างชาติที่ผลิต สารเมทานอล อันเป็นการกำจัดคู่แข่งชาวต่างชาติ อีกทั้งมีหลักฐานพิสูจน์ชัดเจนถึงการกระทำของ รัฐที่อ้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรการดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดการเวนคืน

นอกจากนี้กระบวนการของรัฐบาลควรจะเป็นระบบ (orderly process) และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเพื่อป้องกันภาระที่ไม่ได้สัดส่วนแก่สังคมซึ่งเป็น สาเหตุให้ต้องมีการตัดสินใจที่ยุติธรรมในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับและการเวนคืน อนุญาตตุลาการที่ วินิจฉัยคดีพิพาทว่ามาตรการของรัฐก่อให้เกิดการเวนคืนหรือไม่โดยคำนึงถึงความเป็นระบบของ กระบวนการดังกล่าวจึงพิจารณาจากความโปร่งใสในมาตรการของรัฐบาล

คดี Metaclad Corporation v. The United Mexican States บริษัท Metaclad เชื่อใจผู้แทนของรัฐบาลกลางของเม็กซิโกที่อนุญาตให้ทำโรงงานกำจัดขยะอันตราย ได้ แต่ต่อมาเทศบาลเมือง Guadalupe ปฏิเสธการออกใบอนุญาตให้ทำโรงงานก่อสร้างแก๊ส กลังทุน มาตรการประกอบกับการกระทำของรัฐบาลกลาง มีลักษณะที่ขาดความตรงต่อเวลา ขาด ความเป็นระบบ หรือขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการอนุญาตก่อสร้างของเทศบาล ลักษณะต่างๆ เหล่านี้ก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อม

4.5.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงระหว่าง ประเทศของต่างประเทศ

(1) หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

ต้นแบบของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของบาง ประเทศ เช่น US Model BIT 2012 บัญญัตินิยามของการเวนคืนทางอ้อมและหลักเกณฑ์การ พิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ในภาคผนวก ปี⁶⁵ โดยกำหนดว่า “การเวนคืนทางอ้อม คือ การกระทำ

⁶⁵ Annex B of US Model BIT 2012

“The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

ของรัฐภาคีแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้หรือประโยชน์ในทรัพย์สินในการลงทุน และเป็นการกระทำหรือการกระทำหลายๆครั้งที่เทียบเท่ากับการเวนคืนโดยตรงปราศจากการโอนทรัพย์สินหรือการยึดทรัพย์สินโดยเปิดเผย นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ 3 ประการ ได้แก่

(ก) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐ การกระทำของรัฐหรือการกระทำหลายๆอย่างของรัฐต้องส่งผลกระทบต่อมูลค่าเศรษฐกิจของการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามการกระทำของรัฐดังกล่าวเพียงอย่างเดียวไม่อาจก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อมได้

(ข) ผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปจากที่ผู้ลงทุนคาดหวังไว้ (reasonable investment-backed expectations)

(ค) ลักษณะของมาตรการของรัฐ”

ซึ่งการตีความการเวนคืนเหล่านี้ได้ถูกผนวกไว้ความตกลงการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างสหรัฐกับประเทศอื่นๆ เช่น ซิลิ สิงคโปร์ ออสเตรเลีย และกลุ่มประเทศอเมริกากลาง

เช่นเดียวกับ Canada Model BIT 2004 ที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้เช่นกัน

(2) ข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อมเพื่อประโยชน์สาธารณะ

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.”

US model BIT 2012 มีการกำหนดข้อยกเว้นแก่การเวนคืนทางอ้อมไว้ ซึ่งในกรณีที่มาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะโดยชอบด้วยกฎหมาย และมาตรการดังกล่าวจะต้องมีลักษณะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยกำหนดไว้ในภาคผนวก บี โดยกำหนดว่า “ข้อบังคับที่บัญญัติขึ้นโดยภาคีสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งกำหนดและบังคับใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม ไม่ก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อม”

เช่นเดียวกับ Canada Model BIT 2004 ที่มีการกำหนดข้อยกเว้นแก่การเวนคืนทางอ้อมไว้เช่นกัน โดยกำหนดว่ามาตรการที่ได้รับการยกเว้นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรวมถึงมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน อีกทั้งมาตรการดังกล่าวจะต้องมีลักษณะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ใน US Model BIT 2012 แต่ Canada Model BIT 2004 ได้เพิ่มหลักเกณฑ์ว่าการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวต้องเป็นไปโดยสุจริตด้วย⁶⁶

นักวิชาการผู้แทนจากสถาบันเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (International Institute for Sustainable Development: IISD) ให้ความเห็นว่าข้อยกเว้นทั่วไปอาจไม่มีประสิทธิผลหรือทำให้เกิดผลบังคับใช้ได้เสมอไป เช่น คดี Phillip Morris v. Uruguay อนุญาโตตุลาการปฏิเสธข้อโต้แย้งของอุรุกวัยที่อ้างข้อยกเว้นเรื่องสาธารณสุขตามข้อ 2(1) ของความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างอุรุกวัยกับสวิสเซอร์แลนด์ อนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อ 2(1) เป็นข้อบทที่คัดกรองการลงทุนก่อนที่จะได้รับอนุญาตให้เข้ามาลงทุนภายในประเทศ และไม่ใช่ข้อยกเว้นที่แท้จริง อนุญาโตตุลาการการจึงปฏิเสธข้อโต้แย้งของอุรุกวัยในประเด็นนี้⁶⁷

4.5.2.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงระหว่างประเทศของไทย

(1) หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

⁶⁶ Annex B 13 (1) of Canada Model BIT 2004

“c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.”

⁶⁷ Jonathan Bonnitcha, "Safeguards to Isds: Benefits and Challenges of General and Security Exception Provisions in Bits," การเสวนาภายใต้หัวข้อ "What does Thailand need in its Model BIT?":

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) และความตกลงเขตการค้าเสรี (FTAs) ของไทยที่มีขอบทเรื่องการลงทุน เกือบทั้งหมดไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ โดยจะกำหนดการกระทำของรัฐที่เป็นการเวนคืนไว้แต่ไม่ได้มีการกำหนดนิยามและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมที่ชัดเจน เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับเนเธอร์แลนด์ ไทยกับสวิสเซอร์แลนด์ ไทยกับฮ่องกง ความตกลงเขตการค้าเสรี เป็นต้น โดยความตกลงต่างๆกำหนดการเวนคืนโดยมีสาระสำคัญเหมือนกันว่า “การลงทุนของผู้ลงทุนของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ ถูกเวนคืน หรืออยู่ภายใต้มาตรการที่มีผลเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืน...”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติกำหนดห้ามมิให้ใช้มาตรการที่มีผลเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืน หรือห้ามมิให้เวนคืนทางอ้อมเท่านั้น มิได้มีการให้นิยามว่าการเวนคืนทางอ้อมมีลักษณะอย่างไร

แต่อย่างไรก็ตามความตกลงของไทยบางฉบับมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ด้วย ได้แก่

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA) กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ในภาคผนวก 2⁶⁸ ว่าด้วยการเวนคืนและการชดเชยบัญญัติว่า

⁶⁸ ภาคผนวก 2 การเวนคืนและการชดเชย ของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน

“1. การกระทำหนึ่งหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องโดยรัฐสมาชิกไม่สามารถก่อให้เกิดการเวนคืนได้ เว้นแต่การกระทำนั้นจะกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินซึ่งจับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินในการลงทุนที่ครอบคลุม

2. ข้อ 14(1) กล่าวถึงสถานการณ์สองแบบ

(เอ) สถานการณ์ที่หนึ่ง คือ เมื่อการลงทุนถูกทำให้เป็นของรัฐ หรือมีเช่นนั้นถูกเวนคืนทางตรงผ่านการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย และ

(บี) สถานการณ์ที่สอง คือ เมื่อการกระทำหนึ่งหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องโดยรัฐสมาชิกมีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรงที่ปราศจากการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย

3. การวินิจฉัยว่าการกระทำหนึ่งหรือการกระทำหลายครั้งอย่างต่อเนื่องโดยรัฐสมาชิก ในสถานการณ์ข้อเท็จจริงเฉพาะ ก่อให้เกิดการเวนคืนประเภทที่อ้างถึงในอนุวรรค 2(บี) หรือไม่ ต้องพิจารณาจากการสอบถามบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี โดยพิจารณาหลายๆปัจจัย รวมถึง :

(เอ) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาล ถึงแม้ข้อเท็จจริงว่าการกระทำหนึ่งหรือการกระทำหลายครั้งอย่างต่อเนื่องของรัฐสมาชิกมีผลกระทบในด้านลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน ปัจจุบันนี้เพียงอย่างเดียวไม่ถือได้ว่าการเวนคืนดังกล่าวเกิดขึ้น

(บี) การกระทำของรัฐบาลละเมิดข้อผูกพันที่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐบาลที่ได้ให้ไว้ก่อนหน้าต่อผู้ลงทุนไม่ว่าจะโดยสัญญา ใบอนุญาต หรือเอกสารทางกฎหมายอื่น หรือไม่ และ

(ซี) ลักษณะของการกระทำของรัฐบาล รวมถึงวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้น และ

“การเวนคืนตามความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียนนั้นนอกจากจะหมายถึงการเวนคืนทางตรงแล้ว ยังรวมไปถึงการเวนคืนทางอ้อมซึ่งความตกลงได้กำหนดลักษณะของการเวนคืนทางอ้อมไว้ คือ การกระทำหนึ่งหรือการกระทำหลายครั้งที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องโดยรัฐภาคีโดยรัฐภาคีมีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรงที่ปราศจากการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐบาลส่งผลกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน

(2) การกระทำของรัฐบาลละเมิดข้อข้อผูกพันที่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐบาลที่ได้ให้ไว้ก่อนหน้าต่อผู้ลงทุนไม่ว่าจะโดยสัญญา ใบอนุญาต หรือเอกสารทางกฎหมายอื่นหรือไม่

(3) ลักษณะของการกระทำของรัฐบาล รวมถึงวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้น และการกระทำนั้นได้สัดส่วนกับความมุ่งประสงค์ทางสาธารณะที่อ้างถึงในข้อ 14(1) หรือไม่”

(2) ข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อมเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและความตกลงเขตการค้าเสรีของไทยที่มีขอบทเรื่องการลงทุนเกือบทั้งหมดไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อมไว้ แต่ความตกลงบางฉบับมีการบัญญัติข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อมไว้สำหรับกรณีที่รัฐออกมาตรการที่มีลักษณะไม่เลือกปฏิบัติ และมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม มาตรการดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม

ความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียนกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ในภาคผนวก 2 ว่าด้วยการเวนคืนและการชดเชย บัญญัติว่า “ทั้งนี้มาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติของรัฐภาคีที่ถูกออกแบบและใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”

การกระทำนั้นได้สัดส่วนกับความมุ่งประสงค์ทางสาธารณะที่อ้างถึงในมาตรา 14(1) หรือไม่

4. มาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติของรัฐสมาชิกที่ถูกออกแบบและใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนประเภทที่อ้างถึงในอนุวรรค 2(บี)”

แต่อย่างไรก็ตามมีความตกลงบางฉบับที่กำหนดช้อยกเว้นเพื่อการส่งเสริม และคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับแคนาดา กำหนดช้อยกเว้นสำหรับมาตรการที่จำเป็นเพื่อ คุ้มครองชีวิตหรืออนามัยมนุษย์ไว้ในลักษณะของช้อยกเว้นทั่วไป ไม่ได้กำหนดเป็นช้อยกเว้นสำหรับ การเวนคืนโดยเฉพาะซึ่งแตกต่างจากความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน⁶⁹



⁶⁹ Article 17 of Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of Canada for the Promotion and Protection of Investments

บทที่ 5

การนำมาตรการของบุหรี่แบบเรียบมาบังคับใช้ในประเทศไทย

เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก (WHO FCTC) จึงมีพันธะผูกพันที่ต้องทำตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ ซึ่งหนึ่งในมาตรการที่กำหนดโดยกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ คือ “มาตรการของบุหรี่แบบเรียบ” ที่มีสาระสำคัญที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบการยาสูบใช้เครื่องหมายการค้าของตนบนซองบุหรี่ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข จึงริเริ่มที่จะนำมาตรการของบุหรี่แบบเรียบมาใช้ในไทย แต่อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวมีลักษณะที่ไปกระทบสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการ จึงเกิดประเด็นว่าประเทศไทยไปกระทำการที่กระทบต่อการค้าหรือการลงทุนของผู้ประกอบการต่างชาติหรือไม่ เพราะในอีกด้านหนึ่งประเทศไทยเป็นภาคีของความตกลงต่างขององค์การการค้าโลกที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการค้าเสรี ประเทศไทยจึงมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีกับประเทศต่างๆ อีกทั้งประเทศไทยยังทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆ จึงมีหน้าที่ที่จะต้องรับรองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติว่าการลงทุนของผู้ลงทุนจะไม่ถูกกระทบจากปัจจัยทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศผู้รับการลงทุน ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและความสอดคล้องกันระหว่างมาตรการของบุหรี่แบบเรียบกับบทบัญญัติของความตกลงของ WTO ได้แก่ ความตกลง GATT ความตกลง TBT และความตกลง TRIPS ที่เกี่ยวข้องและหลักการเวนคืนการลงทุนทางอ้อมในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) รวมถึงความตกลงเขตการค้าเสรี (FTAs) ระหว่างประเทศไทยและประเทศต่างๆด้วย ซึ่งจะพิจารณาในแต่ละประเด็นดังต่อไปนี้

5.1 อำนาจในการนำมาตรการของบุหรี่แบบเรียบมาใช้บังคับ

กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบกำหนดมาตรการต่างๆที่ใช้ในการควบคุมยาสูบเพื่อให้ประเทศภาคีนำไปบังคับใช้โดยออกเป็นกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งในข้อ 11 ของกรอบอนุสัญญาฯ กำหนดให้ภาคีดำเนินการออกกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบของบรรจุภัณฑ์ยาสูบที่ขายปลีก และข้อ 13 กำหนดให้ภาคีออกกฎหมายห้ามการโฆษณา ส่งเสริม และสนับสนุนผลิตภัณฑ์ยาสูบ

ต่อมาที่ประชุมภาคีของกรอบอนุสัญญาฯ ได้กำหนดแนวทางการดำเนินงานตามข้อ 11 และข้อ 13 เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพแก่มาตรการที่ประเทศต่างๆจะนำไปบังคับใช้ โดยสาระสำคัญของ

แนวทางการดำเนินงานตามข้อ 11 และข้อ 13 คือ ให้ประเทศภาคีจัดทำมาตรการเพื่อจำกัดหรือห้ามการใช้ภาพโลโก้ สี ตราสัญลักษณ์ หรือข้อมูลเพื่อการโฆษณาบนหีบบรรจุภัณฑ์ แต่ให้ใช้ชื่อยี่ห้อ และชื่อผลิตภัณฑ์ที่มีสีและตัวอักษรตามมาตรฐานที่กำหนด นอกจากนี้สีของบรรจุภัณฑ์ต้องมีสีขาวดำ หรือสองสีตัดกัน หรือเรียกว่า มาตรการของบุหรีแบบเรียบ

ประเทศไทยเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาฯ นี้จึงมีพันธะผูกพันที่จะต้องนำมาตราการดังกล่าวมาบังคับใช้ในประเทศไทยตามกระบวนการอนุวัติการอนุสัญญา โดยนำข้อกำหนดในอนุสัญญามาผ่านกระบวนการตราและประกาศใช้เป็นกฎหมายภายใน ปัจจุบันไทยกำลังดำเนินการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ซึ่งในมาตรา 37 ของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเปิดช่องให้นำมาตรการของบุหรีแบบเรียบมาบังคับใช้ด้วย โดยบัญญัติว่า

“ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องจัดให้มีหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือผลิตภัณฑ์ยาสูบมีขนาด สี สัญลักษณ์ ฉลาก รวมทั้งลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศโดยคำแนะนำของคณะกรรมการอำนวยการ ก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักรแล้วแต่กรณี ห้ามผู้ใดขายผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ได้จัดให้มีหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์รูปภาพ และข้อความตามที่กำหนดในวรรคหนึ่ง เพื่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน”

ดังนั้นเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฉบับดังกล่าว ประเทศไทยจะมีอำนาจในการนำมาตราการของบุหรีแบบเรียบมาบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ยาสูบที่เข้าตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

5.2 ความสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT)

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของความตกลง GATT ต้องการให้มีการค้าที่เป็นธรรมและมีการแข่งขันได้อย่างเสรี จึงกำหนดหลักการไม่เลือกปฏิบัติเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศต่างๆ ดังนั้นเมื่อประเทศไทยจะออกมาตรการของบุหรีแบบเรียบ จึงเกิดประเด็นว่าการออกมาตรการของบุหรีแบบเรียบมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบุหรีนำเข้าจากประเทศภาคีหนึ่งกับบุหรีที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันซึ่งมาจากประเทศภาคีที่อื่น หรือมีการเลือกปฏิบัติระหว่างบุหรีที่ผลิตภายในประเทศกับบุหรีที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันที่นำเข้าจากประเทศอื่นหรือไม่ เพื่อพิจารณาว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบมีลักษณะเลือกปฏิบัติอันขัดต่อหลักการที่กำหนดไว้ตามความตกลง GATT หรือไม่ ซึ่งจะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

5.2.1 ความสอดคล้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งกำหนดไว้ในข้อ 1 วรรค 1 ของความตกลง GATT กำหนดว่า “ในกรณีที่ประเทศภาคีให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศอื่นใดต้องให้สิทธิประโยชน์นั้นแก่สินค้าชนิดเดียวกันแก่ประเทศภาคีอื่นด้วยโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข” ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณา ดังนี้

(1) เป็นมาตรการที่ให้สิทธิประโยชน์

สิทธิประโยชน์ในที่นี้ หมายถึง กฎหมาย ข้อบังคับ และข้อกำหนดอันมีผลกระทบต่อการขาย การเสนอขาย การจัดจำหน่าย รูปแบบบรรจุภัณฑ์ และข้อจำกัดการใช้ด้วย

(2) สินค้าชนิดเดียวกัน

สินค้าชนิดเดียวกัน คือ สินค้าที่มีลักษณะหลายอย่างเหมือนกัน พิจารณาจากลักษณะทางกายภาพ เช่น รสชาติ หรือกลิ่น เป็นต้น การใช้งานของผู้บริโภค(end-use) และพิถีพิถันของประเภทภาควิชา รสนิยมและนิสัยของผู้บริโภค โดยพิจารณาประกอบกัน

(3) ต้องให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าชนิดเดียวกันแก่ประเทศภาคีอื่นด้วยโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข

ประเทศภาคีต้องให้สิทธิประโยชน์แก่อีกประเทศหนึ่งโดยไม่ชักช้าหรือไม่มีเงื่อนไขระยะเวลาในการให้สิทธิประโยชน์ อีกทั้งยังต้องให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศภาคีอื่นอย่างไม่มีเงื่อนไขด้วย

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบถือเป็นสิทธิประโยชน์อย่างหนึ่ง เพราะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบบรรจุภัณฑ์ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าชนิดเดียวกันแก่ประเทศต่างๆหรือไม่ ซึ่งมาตรา 37 ของพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการประกาศใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบได้ ซึ่งมาตรา 37 กำหนดว่า “ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องจัดให้หีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือผลิตภัณฑ์ยาสูบ มีขนาด สี สัญลักษณ์ ฉลาก รวมทั้งลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศ...” ดังนั้น มาตรการของบุหรี่แบบเรียบที่รัฐมนตรีจะออกเป็นประกาศโดยอาศัยอำนาจตามความในร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... จะต้องบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ยาสูบที่ผลิตในประเทศ และผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าด้วย โดยบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับผลิตภัณฑ์นำเข้าทั้งหมด

นอกจากนี้ที่ผ่านมามาตรการอื่นๆที่ประกาศโดยกระทรวงสาธารณสุข เช่น ประกาศกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการแสดงข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัย และช่องทางติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบในฉลากของบุหรี่ยี่ห้อตรา พ.ศ. 2556 ระบุให้มีผลบังคับใช้กับบุหรี่ยี่ห้อตราที่ผลิตหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่ได้มีการระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่าให้ใช้กับบุหรี่ยี่ห้อตราบางประเภท เช่น กำหนดให้ใช้มาตรการของบุหรี่ยี่ห้อแบบเดียวกับบุหรี่ยี่ห้อที่แต่งกลิ่น หรือกำหนดให้ใช้มาตรการของบุหรี่ยี่ห้อแบบเดียวกับบุหรี่ยี่ห้อที่นำเข้าจากประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ เป็นต้น ดังนั้นมาตรการของบุหรี่ยี่ห้อแบบเรียงบังคับใช้กับสินค้าชนิดเดียวกันของประเทศต่างๆโดยทันที และไม่มีเงื่อนไข

เพราะฉะนั้นมาตรการของบุหรี่ยี่ห้อแบบเรียงจึงไม่ใช่มาตรการที่เลือกปฏิบัติกับสินค้าชนิดเดียวกันที่นำเข้าจากประเทศที่ต่างกัน จึงไม่เป็นมาตรการที่ขัดต่อข้อ 1 วรรค 1

5.2.2 ความสอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 3 วรรค 4 กำหนดไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ โดยต้องพิจารณาว่ามาตรการของประเทศภาคีเป็น “การปฏิบัติต่อยกกว่า” อันขัดต่อข้อ 3 วรรค 4 หรือไม่ จากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) มาตรการที่พิพาทเป็นกฎหมาย ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 วรรค 4

มาตรการตามข้อ 3 วรรค 4 นี้ต้องเป็นกฎหมายที่บังคับโดยตรงต่อการขาย การซื้อ การขนส่ง การจัดจำหน่าย และการใช้สินค้า รวมถึงมาตรการใดๆที่ส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาดด้วย

(2) สินค้าที่นำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน

เนื่องจากข้อ 3 มีวัตถุประสงค์ต้องการที่จะปกป้องการเลือกปฏิบัติและรับรองความเท่าเทียมกันในการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ จึงต้องตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ไปในแนวทางที่จะสร้างความเท่าเทียมกันในการแข่งขันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศ ซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการตีความไว้ในคดี EC – Asbestos ซึ่งต้องพิจารณาจากคุณสมบัติ ธรรมชาติ และคุณภาพของสินค้า การใช้งานของผู้บริโภค (end-use) รสนิยมและนิสัยของผู้บริโภคที่มีต่อสินค้า พิกัดภาษีของสินค้า

(3) ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต่อยกกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศ

มาตรการที่จะถือว่าเป็นมาตรการที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต่ำกว่ามาตรการที่มีการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าเป็นการปฏิบัติต่ำกว่าอันเป็นการละเมิดข้อ 3 วรรค 4 แต่จะต้องพิจารณาว่ามาตรการกระทบต่อสภาพการแข่งขันในตลาดทำให้สินค้านำเข้าเสียหายด้วย ไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นจริงในตลาดอันเป็นผลจากมาตรการของประเทศภาคี แต่ให้พิจารณาเพียงว่ามาตรการมีแนวโน้มหรือคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลเสียต่อสภาพการแข่งขันในตลาด ต้องพิจารณาจุดประสงค์ องค์กรประกอบ และผลบังคับของมาตรการที่คาดหวังอย่างรอบคอบ แต่ไม่ต้องประเมินระดับของแนวโน้มในการที่จะเกิดผลเสียที่จะเกิดขึ้นจริงต่อสภาพของการแข่งขัน

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น มาตรการของบาหลีแบบเรียบเป็นมาตรการที่กำหนดเกี่ยวกับบรรจุกัมภ์บาหลีจึงเป็นมาตรการที่กระทบต่อการจัดจำหน่ายของสินค้าจึงเป็นมาตรการที่เป็นกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 วรรค 4 และมาตรการของบาหลีแบบเรียบจะบังคับใช้กับสินค้าบาหลีที่ผลิตในประเทศและสินค้านำเข้าซึ่งเป็นสินค้าชนิดเดียวกันเหมือนกัน ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่เกิดขึ้นในคดี Korea – Various Measure on Beef ที่มาตรการกำหนดให้เนื้อวัวนำเข้าต้องขายที่ร้านนำเข้าเนื้อวัวโดยเฉพาะ หรือขายเฉพาะในบริเวณที่กำหนดในซูเปอร์มาร์เก็ต จึงเป็นมาตรการที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศที่แตกต่างกันอันส่งผลกระทบต่อสภาพการแข่งขันของเนื้อวัวนำเข้าในตลาดของประเทศเกาหลีซึ่งเป็นผู้ออกมาตรการ จึงเป็นมาตรการที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต่ำกว่าสินค้าในประเทศอันขัดต่อข้อ 3 วรรค 4

แต่อย่างไรก็ตามแม้มาตรการของบาหลีแบบเรียบไม่ได้มีการกำหนดมาตรการบังคับกับสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศแตกต่างกัน ก็ยังไม่สามารถสรุปได้ว่ามาตรการไม่เป็นการปฏิบัติต่ำกว่า เนื่องจากแนวการวินิจฉัยในคดีต่างๆการพิจารณาว่าการปฏิบัติต่ำกว่าจะต้องพิจารณาว่ามาตรการมีแนวโน้มหรือคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลเสียต่อสภาพของการแข่งขัน เมื่อพิจารณาจากจุดประสงค์ องค์กรประกอบ และผลบังคับของมาตรการที่คาดหวัง ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรการของบาหลีแบบเรียบแล้ว มาตรการมีจุดประสงค์ที่จะบังคับกับสินค้าบาหลีทุกยี่ห้อทั้งที่เป็นสินค้าที่ผลิตในประเทศและสินค้านำเข้า โดยมาตรการมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะลดการบริโภคยาสูบทั้งหมด ไม่ได้ต้องการห้ามการบริโภคบาหลีประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้นมาตรการจึงไม่มีลักษณะที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าต่ำกว่าสินค้าในประเทศ

ดังนั้นมาตรการของบาหลีแบบเรียบจึงไม่ใช่มาตรการที่ขัดต่อข้อ 3 วรรค 4 ของความตกลง GATT

5.3 ความสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (TBT)

ความตกลง TBT มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้มาตรการอย่างอื่นที่นอกเหนือจากมาตรการทางภาษีในการจำกัดการนำเข้า เรียกว่า อุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ซึ่งมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางเทคนิคนี้จะเพิ่มค่าใช้จ่ายและทำให้ผู้ส่งออกเข้าสู่ตลาดได้ยากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันมาตรการดังกล่าวมักมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เช่น คุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ เป็นต้น จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นที่รัฐจะใช้เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย ดังนั้นความตกลง TBT จึงต้องสร้างสมดุลระหว่างการส่งเสริมด้านการค้าที่เป็นธรรมและการแข่งขันที่เสรีกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยการยอมรับในกรณีประเทศภาคีจะออกมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่มีข้อจำกัดอยู่ว่าอุปสรรคทางการค้าเหล่านั้นจะไม่มีลักษณะที่จำกัดทางการค้าอย่างแอบแฝง หรือก่อให้เกิดอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้า

แม้ว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ แต่เป็นมาตรการที่กำหนดเกี่ยวกับบรรทัดฐานของบุหรี ซึ่งส่งผลกระทบต่อผลิตภัณฑ์บุหรีที่นำเข้าจากต่างประเทศด้วย จึงเกิดประเด็นว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นมาตรการที่จำกัดทางการค้าอย่างแอบแฝงอันจะขัดต่อบัญญัติตามความตกลง TBT หรือไม่

ความตกลง TBT บังคับใช้เฉพาะกับการกระทำบางอย่างของประเทศภาคีในบางประเภทเท่านั้น ซึ่งการกระทำอย่างหนึ่งที่จะเข้าหลักเกณฑ์ตามความตกลง TBT คือ มาตรการของประเทศภาคีที่เป็น “ข้อบังคับทางเทคนิค” ซึ่งจะต้องมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวก 1 ข้อ 1 โดยกำหนดว่า “ข้อบังคับทางเทคนิค หมายถึง เอกสารที่กำหนดคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการและกรรมวิธีการผลิตที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ รวมถึงข้อกำหนดทางการบริหารด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามโดยอาจจะรวมหรือระบุเฉพาะถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับการเรียกชื่อ และการใช้สัญลักษณ์การบรรจุหีบห่อ การทำเครื่องหมายหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการติดฉลากที่ใช้กับผลิตภัณฑ์ กระบวนการหรือกรรมวิธีการผลิตด้วย”

ดังนั้นจึงต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นมาตรการที่เป็นข้อบังคับทางเทคนิคหรือไม่ โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ได้มีการวางหลักวินิจฉัยไว้ในคดีต่างๆ ดังนี้

(1) มาตรการต้องใช้กับผลิตภัณฑ์หรือกลุ่มของผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้ โดยต้องเป็นการระบุลักษณะของผลิตภัณฑ์ ไม่ใช่ระบุเพียงชื่อ

(2) มาตรการต้องกำหนดลักษณะของผลิตภัณฑ์ซึ่งจะเป็นลักษณะภายในหรือภายนอกก็ได้ เช่น คุณภาพ คุณสมบัติ เครื่องหมายที่ทำให้แตกต่าง ส่วนประกอบ ขนาด รูปร่าง สี วัสดุ สัญลักษณ์หีบห่อ ฉลาก หรือรูปลักษณ์ภายนอกของผลิตภัณฑ์ เป็นต้น

(3) มาตรการนั้นต้องกำหนดลักษณะของผลิตภัณฑ์ให้เป็นไปตามรูปแบบที่บังคับเช่น คดี EC – Sardines สหภาพยุโรปออกมาตรการ EC Regulation เพื่อบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ปลา ชาร์ดีนบรรจุกระป๋อง โดยกำหนดให้ติดฉลากคำว่า “preserved sardines” เฉพาะกับผลิตภัณฑ์ปลา ชาร์ดีนชนิด *Sardina Pichadus Walbaum* เท่านั้น ไม่ใช้กับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตจากปลา sardines ชนิดอื่น เช่น ปลา *Sardina Sagax* แต่คณะพิจารณาอุทธรณ์ตัดสินว่าแม้ว่ามาตรการไม่ระบุถึง ผลิตภัณฑ์อย่างชัดเจน ก็ยังคงเป็นมาตรการที่บังคับใช้กับผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้ เครื่องมือที่ คณะพิจารณาอุทธรณ์ใช้ในการตัดสินว่าปลา *Sardina Sagax* เป็นผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้หรือไม่โดย พิจารณาจากวิธีที่มาตรการ EC Regulation ใช้บังคับ การที่มาตรการ EC Regulation ห้าม ติดฉลากผลิตภัณฑ์จากปลา *Sardina Sagax* ด้วยคำว่า “Preserved sardines” เป็นผลิตภัณฑ์ที่สามารถระบุได้

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวพิจารณาได้ว่ามาตรา 37 ของพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... กำหนดว่า “ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องจัดให้หีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือ ผลิตภัณฑ์ยาสูบ มีขนาด สี สัญลักษณ์ ฉลาก รวมทั้งลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศ...” ซึ่งในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ กำหนดความหมายของคำว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ด้วย อีกทั้งมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจะมีการบังคับ ใช้กับบุหรี่ซิการ์แรตเช่นเดียวกับมาตรการอื่นๆที่กระทรวงสาธารณสุขเคยกำหนดให้ติดภาพคำเตือน หรือข้อความเตือนเกี่ยวกับสุขภาพบนบุหรี่ซิการ์แรต มาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงเป็นมาตรการที่ใช้ กับผลิตภัณฑ์หรือกลุ่มของผลิตภัณฑ์ที่ระบุได้

นอกจากนี้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นมาตรการที่กำหนดเกี่ยวกับลักษณะของผลิตภัณฑ์ด้วย เพราะมาตรการกำหนดเกี่ยวกับการห้ามใช้เครื่องหมายการค้า รูปแบบและสีของตัวอักษร สี รูปลักษณะของบรรจุภัณฑ์ จึงเป็นมาตรการที่กำหนดลักษณะผลิตภัณฑ์บุหรี่ให้เป็นไปตามรูปแบบที่ มาตรการกำหนด

ดังนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงเป็นมาตรการที่เป็นข้อบังคับทางเทคนิคตามความตกลง TBT

เมื่อพิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นข้อบังคับทางเทคนิคแล้วจึงต้องพิจารณาต่อไปว่า มาตรการดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติของความตกลง TBT หรือไม่ ดังนี้

5.3.1 ความสอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับ ความอนุเคราะห์ยิ่ง

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งบัญญัติอยู่ในข้อ 2 วรรค 1 ของความตกลง TBT โดยกำหนดว่าข้อบังคับทางเทคนิคที่กำหนดขึ้นโดยประเทศภาคีจะไม่เป็นการปฏิบัติกับสินค้านำเข้าที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันด้อยกว่าสินค้านำเข้าในประเทศ และไม่ปฏิบัติต่อด้อยกว่ากับสินค้าชนิดเดียวกันที่มาจากประเทศอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าวเกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ามาตรการของบาหลีแบบเรียบซึ่งพิจารณาแล้วว่าเป็นข้อบังคับทางเทคนิคเป็นมาตรการที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติกับสินค้านำเข้าหรือเลือกปฏิบัติกับสินค้าจากประเทศอื่นที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่ โดยต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) สินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน

คดี US-Clove Cigarettes คดี US — Tuna II และคดี US – COOL วางหลักเกณฑ์สินค้าชนิดเดียวกัน การพิจารณาสินค้าชนิดเดียวกันตามข้อ 2 วรรค 1 ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาเหมือนข้อ 3 วรรค 4 ของ ความตกลง GATT โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ในการแข่งขันของสินค้าต่างๆที่พิพาทมากกว่าที่จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของข้อบังคับทางเทคนิค เพราะการพิจารณาวัตถุประสงค์ของมาตรการมีผลทำให้การตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” กว้างออกไปอีก

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าที่แข่งขันกันอันอยู่บนพื้นฐานการวิเคราะห์ของหลักเกณฑ์ “ชนิดเดียวกัน” ตามประเพณีซึ่งต้องพิจารณาลักษณะทางกายภาพ การใช้สุดท้าย รสนิยมและความเคยชินของผู้บริโภค และพิกัดภาษี

(2) ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าด้อยกว่าการปฏิบัติต่อสินค้าภายในประเทศ

องค์กรอุทธรณ์ได้วางหลักการพิจารณาไว้ในคดี US – Clove Cigarette ว่า “การปฏิบัติไม่ด้อยกว่า” ตามข้อ 2 วรรค 1 ต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าทั้งทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงโดยวินิจฉัยว่า โดยควรพิจารณาว่าข้อบังคับทางเทคนิคที่พิพาทส่งผลกระทบต่อสภาพในการแข่งขันในตลาดของประเทศภาคีผู้ออกข้อบังคับ เพื่อทำลายสินค้านำเข้าที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าภายในประเทศหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามหากความเสียหายต่อโอกาสในการแข่งขันเกิดขึ้นจากความแตกต่างของข้อบังคับโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ข้อบังคับทางเทคนิคนั้นไม่ได้เป็นไปตามอำเภอใจ ไม่ได้เป็นการสร้างภาระที่ไม่ได้สัดส่วนแก่ผู้นำเข้า หรือไม่ได้เป็นมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผลก็เป็นมาตรการที่สามารถยอมรับได้ เช่น

คดี US-Clove Cigarettes องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์องค์ประกอบ การบังคับใช้มาตรการของสหรัฐฯในการห้ามผลิตและขายบุหรี่ยี่ห้อกลิ่นกานพลู แต่ไม่บังคับกับบุหรี่ยี่ห้อกลิ่นเมนทอล เป็นการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มของสินค้าชนิดเดียวกันที่นำเข้าจากอินโดนีเซีย เนื่องจากบุหรี่ยี่ห้อกลิ่นกานพลูส่วนใหญ่ที่บริโภคในสหรัฐฯมาจากอินโดนีเซีย บุหรี่ยี่ห้อเมนทอลเกือบทั้งหมดผลิตในสหรัฐฯ และองค์การอุทธรณ์ไม่เชื่อว่ามาตรการห้ามบุหรี่ยี่ห้อกลิ่นกานพลูที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อโอกาสในการแข่งขันของบุหรี่ยี่ห้อกลิ่นกานพลูนำเข้านี้จะเกิดจากความแตกต่างโดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย ดังนั้นมาตรการห้ามบุหรี่ยี่ห้อกลิ่นกานพลูจึงเป็นมาตรการที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าด้อยกว่าสินค้าภายในประเทศ

ต่อมา คดี US – Tuna II และคดี US – COOL วินิจฉัย“การปฏิบัติไม่ด้อยกว่า” ตามที่ได้มีการวางหลักไว้ในคดี US-Clove Cigarettes

โดยในคดี US – COOL องค์การอุทธรณ์วินิจฉัยว่ามาตรการให้ติดฉลากแหล่งที่มาแก่เนื้อวัวและเนื้อหมู (Country of Origin Labelling Regime for Beef and Pork หรือ COOL) มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์ แต่ข้อมูลส่วนใหญ่ไม่ได้ติดไว้บนฉลากที่ผู้บริโภคสามารถมองเห็นได้ชัดเจน เนื่องจากผู้บริโภคมองไม่เห็นข้อมูลแหล่งที่มาของสินค้า เพราะฉะนั้นจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่ามาตรการ COOL ซึ่งเป็นมาตรการที่มีการปฏิบัติแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์เป็นมาตรการที่จำเป็นในการสื่อสารข้อมูลแก่ผู้บริโภค ผู้ผลิตต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการติดฉลากแหล่งที่มาที่มีหลายประเภทลงบนผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์เนื่องจากทำให้เกิดค่าใช้จ่ายแก่ผู้ผลิตซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่ผลิตภัณฑ์ของเม็กซิโกและแคนาดา ดังนั้นคณะพิจารณาอุทธรณ์ จึงตัดสินว่ามาตรการ COOL เป็นไปตามอำเภอใจ และเป็นการสร้างภาระที่ไม่ได้สัดส่วนแก่ผู้ผลิตและเป็นมาตรการที่ไม่สมเหตุสมผล เพราะฉะนั้นมาตรการ COOL จึงปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์นำเข้าด้อยกว่าผลิตภัณฑ์เนื้อสัตว์ในประเทศ เป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับ ข้อ 2 วรรค 1

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวพิจารณาได้ว่ามาตรการของบุหรี่ยี่ห้อแบบเรียบบังคับกับบุหรี่ยี่ห้อที่ผลิตภายในประเทศและบุหรี่ยี่ห้อนำเข้าทั้งหมดจึงเป็นกรณีของข้อบังคับทางเทคนิคที่บังคับใช้กับสินค้าชนิดเดียวกัน อีกทั้งมาตรการบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์บุหรี่ยี่ห้อที่ผลิตในประเทศและบุหรี่ยี่ห้อนำเข้าเหมือนกัน เพราะฉะนั้นมาตรการดังกล่าวไม่ได้มีการปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์บุหรี่ยี่ห้อที่ผลิตภายในประเทศและผลิตภัณฑ์บุหรี่ยี่ห้อนำเข้าซึ่งเป็นสินค้าชนิดเดียวกันแตกต่างกัน จึงไม่ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อโอกาสในการแข่งขันของบุหรี่ยี่ห้อนำเข้าด้วย ซึ่งต่างจากกรณีของคดี US-Clove Cigarettes และคดี US – COOL ที่มาตรการใช้บังคับกับสินค้าที่เหมือนกันแตกต่างกัน

ดังนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่ใช่ข้อบังคับทางเทคนิคที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าด้อยกว่าสินค้านำเข้าในประเทศ จึงไม่ขัดต่อข้อ 2 วรรค 1 ตามความตกลง TBT

5.3.2 ความสอดคล้องกับหน้าที่ในการป้องกันอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ

หน้าที่ในการป้องกันอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศบัญญัติไว้ในข้อ 2 วรรค 2 ของความตกลง TBT ซึ่งกำหนดว่าประเทศภาคีต้องรับรองว่าจะไม่เตรียม ยอมรับ หรือบังคับใช้ข้อบังคับทางเทคนิคในลักษณะที่ก่อให้เกิดอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ และเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้อบังคับทางเทคนิคจะต้องไม่จำกัดการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้อุปสรรคโดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล โดยต้องคำนึงถึงความเสี่ยงในการที่จะไม่บรรลุผลด้วย

วัตถุประสงค์อันชอบธรรมนั้น รวมถึงการคุ้มครองสุขภาพหรือความปลอดภัยของมนุษย์ ซึ่งองค์ประกอบที่จะต้องพิจารณา คือ ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และเทคนิคที่มีอยู่ เทคโนโลยีของกระบวนการที่เกี่ยวข้องการใช้สุดท้าย (end-used) ของสินค้า

ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบซึ่งเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์เป็นข้อบังคับทางเทคนิคที่ก่อให้เกิดอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศหรือไม่ โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล

ข้อบังคับทางเทคนิคที่สอดคล้องกับข้อ 2 วรรค 2 ต้องเป็นข้อบังคับทางเทคนิคที่ทำให้วัตถุประสงค์ของโดยชอบด้วยกฎหมายของมาตรการนั้นบรรลุผล ซึ่งวัตถุประสงค์ของมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 2 วรรค 2 รวมถึงการคุ้มครองสุขภาพหรือความปลอดภัยของมนุษย์ด้วย โดยการหาวัตถุประสงค์ของมาตรการพิพาทต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์อย่างอิสระและไม่มีอคติ โดยดูจากถ้อยคำของบทบัญญัติ ความเป็นมาของการออกมาตรการ หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบ และผลบังคับของมาตรการ เช่น คดี US — Clove Cigarettes วินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์ในการลดการสูบบุหรี่ของเยาวชนเป็นวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย

อีกทั้งมาตรการจะต้องทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการบรรลุผลได้จริง โดยพิจารณาจาก “ระดับของผล” อาจจะวินิจฉัยได้จากจุดประสงค์ องค์ประกอบ การบังคับใช้ข้อบังคับทางเทคนิค หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้มาตรการ ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ หรือข้อมูลทางเทคนิค เช่น

คดี Clove – Cigarette มาตรการของสหรัฐฯที่ห้ามการผลิตและขายบุหรี่กลิ่นกานพลูและบุหรี่แต่งกลิ่นอื่นๆ ซึ่งมาตรการมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการสูบบุหรี่ของเยาวชนอันเป็น

วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรการมีผลสัมพัทธ์กับวัตถุประสงค์ที่สามารถระบุได้ เพราะมีเยาวชนจำนวนมากที่สูบบุหรี่หรือกลืนกานพลู และมีหลักฐานจากสหรัฐฯ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า บุหรี่ต่างกลิ่น เช่น กลิ่นกานพลู และอัตราการสูบบุหรี่ของเยาวชนมีความสัมพันธ์กัน

(2) มาตรการต้องไม่จำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลโดยคำนึงถึงความเสี่ยงที่วัตถุประสงค์จะไม่บรรลุผล

มาตรการที่ไม่จำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลโดยคำนึงถึงความเสี่ยงที่วัตถุประสงค์จะไม่บรรลุผลมีปัจจัยที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ได้แก่

(2.1) มาตรการต้องเป็นมาตรการที่จำกัดทางการค้า

มาตรการกำหนดรูปแบบอันเป็นการจำกัด เลือกปฏิบัติ หรือปฏิเสธโอกาสในการแข่งขันทางการค้าของสินค้านำเข้า

(2.2) มาตรการต้องจำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลโดยคำนึงถึงความเสี่ยงที่วัตถุประสงค์จะไม่บรรลุผล

การพิจารณาว่ามาตรการพิพาทเป็นมาตรการที่จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลหรือไม่ ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการทางเลือกอื่น หากมีมาตรการทางเลือกอื่นที่จำกัดทางการค้าน้อยกว่าและมาตรการนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการบรรลุผล ดังนั้นมาตรการที่พิพาทจะเป็นมาตรการที่ขัดต่อข้อ 2 วรรค 2 แต่อย่างไรก็ตามหากมาตรการทางเลือกมีความเสี่ยงในการที่จะไม่บรรลุผลมากกว่า มาตรการทางเลือกลักษณะนี้เป็นมาตรการทางเลือกที่ใช้ไม่ได้ ทั้งนี้ภาระในการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้ร้องที่จะแสดงให้เห็นว่ามาตรการทางเลือกจำกัดทางการค้ามากเกินความจำเป็น โดยผู้ร้องต้องเสนอมาตรการทางเลือกที่จำกัดทางการค้าน้อยกว่า

เช่น คดี Clove – Cigarette มาตรการของสหรัฐฯ ที่ห้ามการผลิตและขาย บุหรี่กลิ่นกานพลูและบุหรี่ต่างกลิ่นอื่นๆ แต่ไม่รวมถึงบุหรี่ธรรมดาหรือบุหรี่กลิ่นเมนทอลเป็น มาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผลหรือไม่ ซึ่งมาตรการมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการสูบบุหรี่ของเยาวชนอันเป็นวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย และมาตรการมีผลสัมพัทธ์กับ วัตถุประสงค์ที่สามารถระบุได้ เพราะมีเยาวชนจำนวนมากที่สูบบุหรี่กลิ่นกานพลู และมีหลักฐานจาก สหรัฐฯ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า บุหรี่ต่างกลิ่น เช่น กลิ่นกานพลู และอัตราการสูบบุหรี่ของเยาวชน มีความสัมพันธ์กัน

ในประเด็นต่อมาพิจารณาว่ามีมาตรการที่จำกัดทางการค้าน้อยกว่าที่ให้ผลที่เท่าเทียมกันกับมาตรการที่ประเทศภาคีต้องการใช้หรือไม่ แต่อินโดนีเซียไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงมาตรการทางเลือกที่จะสามารถทำให้วัตถุประสงค์เช่นเดียวกับมาตรการของสหรัฐฯ ซึ่งอินโดนีเซียไม่ได้ชี้แจงอย่างเพียงพอเกี่ยวกับมาตรการทางเลือก เพียงแค่ระบุรายชื่อมาตรการต่าง ๆ เท่านั้น ดังนั้นมาตรการของสหรัฐฯ จึงไม่ใช่ข้อบังคับทางเทคนิคที่จำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นตามข้อ 2.2 ของความตกลง TBT

คดี U.S. – Tuna II สหรัฐฯ ออกมาตรการให้ติดฉลาก “dolphin-safe” โดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ ให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคว่าผลิตภัณฑ์ทูน่าเป็นอันตรายต่อโลมา และ การใช้ตลาดของสหรัฐฯ เป็นพื้นที่ในการส่งเสริมการประมงที่ไม่ทำอันตรายต่อโลมา

มาตรการทางเลือกที่เสนอโดยเม็กซิโกเป็นมาตรการทางเลือกที่จำกัดทางการค้าน้อยกว่ามาตรการของสหรัฐฯ ซึ่งบรรลุวัตถุประสงค์ในระดับที่มาตรการของสหรัฐฯ ต้องการคุ้มครองในเรื่องการรับรองว่าตลาดสหรัฐฯ ไม่ส่งเสริมการจับทูน่าในลักษณะที่เป็นอันตรายต่อโลมา ในการวินิจฉัยนี้อยู่บนพื้นฐานของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี กระบวนการทางเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง และการใช้สุดท้าย (end-uses) ของผลิตภัณฑ์ทูน่า คณะพิจารณา จึงตัดสินใจว่ามาตรการติดฉลาก “dolphin – safe” ของสหรัฐฯ จำกัดทางการค้าเกินความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล และมีความเสี่ยงที่จะไม่บรรลุผล จึงเป็นมาตรการที่จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมอันขัดต่อข้อ 2 วรรค 2 ของความตกลง TBT

แต่องค์กรอุทธรณ์กลับคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยเห็นว่าระดับของผลลัพธ์ (degree of contribution) ของมาตรการทางเลือกของเม็กซิโกที่ไม่เท่ากับผลลัพธ์ที่จะได้จากมาตรการของสหรัฐฯ มาตรการทางเลือกที่เสนอโดยเม็กซิโกจึงส่งผลต่อวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองโลมาน้อยกว่ามาตรการพิพาทเพราะฉะนั้นมาตรการของสหรัฐฯ สอดคล้องกับข้อ 2 วรรค 2

จากหลักเกณฑ์ข้างต้นอาจพิจารณามาตรการของบรูไนแบบเรียบได้ว่า มาตรการของบรูไนแบบเรียบมีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายตามข้อ 2 วรรค 2 เนื่องจากมาตรการของบรูไนมีวัตถุประสงค์เพื่อลดปริมาณการบริโภคยาสูบ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่งที่บัญญัติไว้ในข้อ 2 วรรค 2 ทั้งนี้มาตรการของบรูไนแบบเรียบได้ถูกเสนอโดยที่ประชุมภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานแก่ประเทศภาคีเพื่อให้การควบคุมยาสูบของประเทศภาคีตามข้อกำหนดข้อ 11 และข้อ 13 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งแนวทางการดำเนินงานที่เสนอโดยที่ประชุมนี้อยู่บน

พื้นฐานของหลักฐานที่ดีที่สุดที่มีอยู่ รวมทั้งประสบการณ์ของประเทศภาคีที่ประสบความสำเร็จมาใช้ในการจัดทำแนวทางนี้ ประกอบกับมีผลการศึกษามากกว่ามาตรการของบูห์รีแบบเรียบมีผลต่อการบริโภคยาสูบของประชาชน อีกทั้งจากผลการสำรวจการใช้มาตรการควบคุมยาสูบตั้งแต่ปี พ.ศ. 2534 ถึง พ.ศ. 2549 ของประเทศไทย พบว่ามาตรการห้ามโฆษณามีประสิทธิภาพมากที่สุด ดังนั้นมาตรการของบูห์รีแบบเรียบเป็นมาตรการหนึ่งของมาตรการห้ามโฆษณาจึงเป็นหลักฐานได้ว่ามาตรการของบูห์รีแบบเรียบเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลในการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของประชาชนได้จริง

นอกจากนี้เมื่อมาตรการควบคุมการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นมาตรการที่ได้ผลมากที่สุด มาตรการทางเลือกอื่นจึงเป็นมาตรการที่มีความเสี่ยงในการที่จะไม่บรรลุผลมากกว่า

ดังนั้นมาตรการของบูห์รีแบบเรียบจึงเป็นข้อบังคับทางเทคนิคที่ไม่จำกัดทางการค้าเกินกว่าความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายบรรลุผล จึงไม่ขัดต่อข้อ 2.2 ของความตกลง TBT

5.4 ความสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs)

ความตกลง TRIPs มีวัตถุประสงค์พื้นฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดให้ประเทศภาคีออกกฎหมายภายในที่ให้การคุ้มครองไม่น้อยไปกว่าบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในความตกลง TRIPs เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีของความตกลง TRIPs จึงออกพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า เมื่อประเทศไทยออกมาตรการของบูห์รีแบบเรียบซึ่งจะมีผลกระทบต่อสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และไทยมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามความตกลง TRIPs ด้วย จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ามาตรการของบูห์รีแบบเรียบส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบการยาสูบหรือไม่ ก่อนที่จะพิจารณาว่ามาตรการของบูห์รีแบบเรียบกระทบต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบอย่างไรบ้าง ต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบการยาสูบในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิอะไรบ้าง ดังจะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

5.4.1 สิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบ

เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยมีพื้นฐานมาจากความตกลง TRIPs ดังนั้นจึงจะพิจารณาถึงสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจากความตกลง TRIPs ว่าหมายถึงสิทธิอะไรบ้าง ซึ่งในประเด็นนี้มีความเห็นแตกต่างออกเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่าแม้ว่าความตกลง TRIPs จะไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิในการใช้ไว้อย่างชัดเจน แต่ต้องพิจารณาถึงบริบทของความตกลงด้วย โดยเห็นว่าสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิในเชิงบวก (positive right) เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้มีเพียงสิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้าของตนเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงสิทธิในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าด้วย¹ ซึ่งได้ให้เหตุผลในการพิจารณาถึงสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้²

ประการแรก จุดประสงค์ของบทบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนของความตกลง TRIPs สนับสนุนให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า เพราะไม่มีเหตุผลที่จะมีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยที่ไม่ต้องการใช้เครื่องหมายการค้า

ประการที่สอง ถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีแต่เพียงสิทธิหวงกัน (right to exclude) สิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของก็ไม่อาจถูกจำกัดได้ เช่น ข้อ 19 และข้อ 20 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดการออกข้อกำหนดโดยประเทศภาคีเพื่อจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้า

ประการที่สาม การใช้เครื่องหมายการค้ายังจำเป็นสำหรับการคงไว้ซึ่งการจดทะเบียนตามที่กำหนดไว้ในข้อ 19 วรรค 1

ประการที่สี่ บทบัญญัติในส่วนแรกของข้อ 20 แสดงให้เห็นว่าโดยทั่วไปเครื่องหมายการค้าถูกใช้ในทางการค้า ถ้าไม่มีสิทธิใช้ก็ไม่มีคามจำเป็นที่จะต้องจำกัดอำนาจในการกีดกันการใช้ของประเทศภาคี

ประการที่ห้า ข้อ 21 กำหนดให้ประเทศภาคีอาจห้ามมิให้บุคคลที่สามได้รับความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการใช้เครื่องหมายการค้าก็ได้

ประการที่หก สิทธิในการหวงกันไม่อาจมีได้ หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยชอบด้วยกฎหมายไม่มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของตนเอง

¹ Susy Frankel and Daniel Gervais, "Plain Packaging and the Interpretation of the Trips Agreement," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*: 1193.

² Ibid., 1178 – 1195.

ประการที่เจ็ด จากบทบัญญัติในข้อ 16 วรรค 2 และวรรค 3 เช่นเดียวกับ ที่กำหนดใน ข้อ 6bis ของอนุสัญญาปารีสที่กำหนดเกี่ยวกับ well-known mark ซึ่งเครื่องหมายการค้าจะเป็น well-known mark ได้ต่อเมื่อมีการใช้

อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิเชิงนิเสธ (Negative Right) เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีเพียงสิทธิหวงกันเท่านั้น ไม่มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้า ได้แก่

นักวิชาการให้ความเห็นว่าสิทธิที่กำหนดโดยข้อ 16 โดยเฉพาะข้อ 16 วรรค 1 เป็นสิทธิเชิงนิเสธอันเป็นสิทธิที่จะป้องกันบุคคลอื่นจากการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ทรงเครื่องหมายการค้า (mark holder) ในการใช้เครื่องหมายการค้า³ หรือในการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี European Communities — Protection of trademarks and geographical indications for agricultural products and foodstuffs คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวินิจฉัยว่าความตกลง TRIPs ไม่ได้มีข้อกำหนดทั่วไปที่ให้สิทธิเชิงบวกแก่การใช้สิทธิหรือการใช้เพื่อกระทำการ แต่ความตกลง TRIPs มีข้อกำหนดที่ให้เฉพาะสิทธิเชิงนิเสธเพื่อป้องกันการกระทำบางอย่าง

เช่นเดียวกับความเห็นของศาลออสเตรเลียในคดี JT International and British American Tobacco v. the Commonwealth of Australia ที่เห็นว่าสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิในเชิงนิเสธเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายที่เห็นว่าสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิในเชิงบวก (positive right) นอกจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการที่จะหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นนำเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันไปใช้ในทางการค้าตามที่กำหนดไว้ในข้อ 16 แล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังมีสิทธิอื่นๆด้วย โดยเฉพาะสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

5.4.2 ความสอดคล้องกับสิทธิของผู้ประกอบการยาสูบ

เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีความตกลง TRIPs ประเทศไทยได้ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้เป็นไปตามพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลง TRIPs ดังนั้นจึงจะพิจารณาถึงความสอดคล้องของมาตรการของบุหรี่แบบเรียบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และความตกลง TRIPs ควบคู่กันไป

³ Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on The TRIPS Agreement*, p. 186.

5.4.2.1 ความสอดคล้องกับสิทธิในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

(1) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ดังมีรายละเอียด ดังนี้

(1.1) มีลักษณะบ่งเฉพาะ

มาตรา 6 (1) กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ อันมีหลักการมาจากข้อ 15 วรรค 1 ของความตกลง TRIPs โดยมาตรา 7 ได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่มี “ลักษณะบ่งเฉพาะ” ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าานั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น โดยเครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามีความบ่งเฉพาะ คำที่ประดิษฐ์ขึ้น กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์ขึ้น

(1.2) ไม่มีลักษณะต้องห้าม

มาตรา 6(2) กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้จะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามกำหนดไว้ในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดว่าห้ามมิให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายที่มีองค์ประกอบบางประการสอดคล้องกับข้อ 15 วรรค 2 ของความตกลง TRIPs ซึ่งกรณีนี้อาจปฏิเสธการจดทะเบียนได้ เช่น เครื่องหมายการค้าที่คล้ายเครื่องหมายอิสริยาภรณ์ ธง เครื่องหมายประจำชาติ อักษรย่อ ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เครื่องหมายที่ทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดเกี่ยวกับชนิดของสินค้า เป็นต้น

(1.3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

มาตรา 6(3) กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้ต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว สอดคล้องกับข้อ 16 ของความตกลง TRIPs ที่ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในการนำเครื่องหมายการค้านั้นไปใช้

(1.4) ลักษณะของสินค้าไม่เป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ข้อ 15 วรรค 4 ของความตกลง TRIPs กำหนดว่าไม่ให้ถือเอา ลักษณะของสินค้าเป็นสาระสำคัญในการจดทะเบียน

มาตรา 37 ของร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ฉบับที่ กระทรวงสาธารณสุขเสนอต่อคณะรัฐมนตรีที่บัญญัติเปิดช่องให้รัฐออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ กำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าจัดให้หีบห่อหรือผลิตภัณฑ์ยาสูบมีขนาด สี สัญลักษณ์ ฉลาก รวมทั้ง ลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรี ประกาศกำหนด ซึ่งในตอนท้ายของบทบัญญัติกำหนดว่า “มิให้นำกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทาง ปัญญา มาใช้กับการแสดงหีบห่อตามมาตรา นี้” แสดงให้เห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับผลิตภัณฑ์ ยาสูบของผู้ประกอบการยาสูบจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ของไทย ดังนั้นรัฐจึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว อันถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากลักษณะของสินค้า เห็นว่าอาจขัดต่อข้อ 15 วรรค 4 ตามความตกลง TRIPs สอดคล้องกับความเห็นของกระทรวงพาณิชย์ที่ได้เสนอความเห็น ต่อร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ที่เห็นว่าบทบัญญัติในส่วนท้ายที่กำหนดว่า “มิ นำกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา มาใช้กับการแสดงหีบห่อตามมาตรา นี้” อาจขัดต่อความตกลง TRIPs และความตกลงคุ้มครองการลงทุนทวิภาคีของไทยกับต่างประเทศ ดังนั้นร่าง พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... จึงควรตัดข้อความในส่วนนี้ออกไปตามความเห็นของ กระทรวงพาณิชย์ เพราะฉะนั้นร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... จึงไม่ได้ห้ามมิให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

อย่างไรก็ตามนักวิชาการเห็นว่าไม่สามารถตีความข้อ 15 วรรค 4 ว่าเป็น การป้องกันประเทศภาคีมิให้จำกัดหรือห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับการค้าขายสินค้า เนื่อง ด้วยเหตุผลในเรื่องการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ความปลอดภัย หรือเหตุผลอื่นๆ⁴

เมื่อเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบมีสิทธิที่จะได้รับการ คุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ดังนั้นเครื่องหมายการค้าผู้ประกอบการ ยาสูบที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าและไม่ เข้าลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า จึงเป็น เครื่องหมายการค้าที่อาจจดทะเบียนได้ตามมาตรา 6 สอดคล้องกับข้อ 15 ของความตกลง TRIPs

ผู้ประกอบการยาสูบในปัจจุบันใช้เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วย กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น คำที่ประดิษฐ์ขึ้น ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่

⁴ Ibid., p. 179.

ประดิษฐ์ขึ้นซึ่งเป็นชื่อยี่ห้อ (Brand) ของสินค้าบุหรี่ยี่ห้อนั้น เนื่องจากผู้สูบบุหรี่ส่วนใหญ่เลือกซื้อบุหรี่จากยี่ห้อตามความพึงพอใจในคุณภาพของบุหรี่ที่สูบ และผู้สูบบุหรี่ส่วนใหญ่จะไม่เปลี่ยนยี่ห้อบุหรี่ที่สูบโดยจะสูบบุหรี่ยี่ห้อเดิมที่ตนชื่นชอบเป็นระยะเวลาอันนาน⁵ ประกอบกับประเทศไทยมีมาตรการห้ามแสดงบุหรี่ยี่ห้อ จุดขาย เมื่อผู้สูบบุหรี่ต้องการซื้อบุหรี่จึงต้องบอกกล่าวชื่อยี่ห้อแก่ผู้ขาย จึงทำให้ผู้ประกอบการยาสูบจะต้องให้ความสำคัญและจัดการให้มีชื่อยี่ห้อปรากฏอยู่บนซองบุหรี่ด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ประกอบการต่าง ๆ มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีส่วนประกอบของคำประดิษฐ์หรือตัวเลขประดิษฐ์ที่เป็นชื่อยี่ห้อของสินค้า ภาพประดิษฐ์ และกลุ่มสีที่จะปรากฏอยู่บนซองบุหรี่ซึ่งมีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้ตามมาตรา 6(1) ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

ทั้งนี้การรับจดทะเบียนยังต้องพิจารณาถึงความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าเพื่อไม่ให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่คล้ายคลึงกันอันทำให้เกิดความสับสนแก่สาธารณชน ซึ่งในกรณีของการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีส่วนประกอบของคำประดิษฐ์ร่วมด้วย ศาลไทยและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าจะวินิจฉัยถึงความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าว่าทำให้ประชาชนสับสนหรือหลงผิดถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือไม่ โดยพิจารณาถึงตัวสะกด การอ่านออกเสียง และจำนวนตัวอักษรของคำประดิษฐ์เป็นสำคัญ เช่น

คำพิพากษาที่ 4559/2533 แม้ว่าเครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลยเป็นรูปจระเข้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าเหมือนกันซึ่งรูปจระเข้เป็นส่วนสำคัญของเครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลย และอาจเรียกเครื่องหมายการค้าของจำเลยว่าตราจระเข้เหมือนกับโจทก์ แต่เครื่องหมายการค้าของจำเลยมีตัวหนังสืออักษรโรมันว่า “GRAND SLAM” อ่านว่า “แกรนด์แสลม” แต่เครื่องหมายการค้าของโจทก์มีตัวหนังสืออักษรโรมันว่า “LACOSTE” อ่านออกเสียงว่า “ลาคอสต์” ชื่อยี่ห้อและการอ่านออกเสียงเรียกขานเครื่องหมายการค้าของจำเลยจึงแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าของโจทก์อย่างมาก สาธารณชนทั่วไปสามารถสังเกตเห็นได้ และไม่ทำให้ประชาชนทั่วไปที่ซื้อสินค้ายี่ห้อ “แกรนด์ แสลม” ของจำเลยเข้าใจผิดว่าสินค้านั้นเป็นสินค้ายี่ห้อ “ลาคอสต์” ของโจทก์

คำวินิจฉัยคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 1668/2548 คณะกรรมการ ฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า เครื่องหมายการค้าของผู้อุทธรณ์มีคำว่า VIVA เป็นคำ ๆ เดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว แม้ลักษณะการประดิษฐ์ตัวอักษรจะมีความแตกต่าง

⁵ ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาล, "การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า," หน้า 24.

กันอยู่บ้าง และเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วจะมีลวดลายเส้นโค้ง 2 เส้นบรรจบกันประกอบอยู่ด้วยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงการเรียกขาน เครื่องหมายการค้าของทั้งสองฝ่ายเรียกขานได้ว่า วิวา เช่นเดียวกัน เครื่องหมายการค้าของทั้งสองฝ่ายจึงเป็นเครื่องหมายที่คล้ายกันจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า จึงต้องห้ามรับจดทะเบียน

จากคำพิพากษาและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่วินิจฉัยเครื่องหมายการค้าที่มีคำประดิษฐ์เป็นส่วนประกอบ ศาลและคณะกรรมการให้ความสำคัญกับคำประดิษฐ์มากกว่าองค์ประกอบอื่นๆของเครื่องหมายการค้า แม้ว่าเครื่องหมายการค้านั้นจะมีองค์ประกอบอื่นๆ แต่คำประดิษฐ์นั้นมีตัวสะกด การอ่านออกเสียง และจำนวนตัวอักษรที่แตกต่างจากเครื่องหมายการค้าอีกอันหนึ่ง ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน

เพราะฉะนั้นแม้ว่ามาตรการของบูห์รีแบบเรียบจะกำหนดให้รูปลักษณะภายนอกของของบูห์รีเป็นไปตามรูปแบบที่กำหนด ทำให้บูห์รี แต่ก็ไม่กระทบต่อการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบ เนื่องจากความเหมือนคล้ายจะพิจารณาจากคำประดิษฐ์อันเป็นส่วนประกอบของเครื่องหมายการค้าเป็นสำคัญ จึงไม่ขัดต่อ มาตรา 6(3) ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และข้อ 16 ของความตกลง TRIPs

แต่อย่างไรก็ตามอาจเกิดข้อโต้แย้งว่าแม้ว่ากฎหมายจะยอมรับให้มีการจดทะเบียนได้ แต่หากมาตรการของบูห์รีแบบเรียบมีผลบังคับใช้ ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้ การจดทะเบียนก็จะไม่มีความหมาย และขัดต่อความมุ่งหมายของความตกลง TRIPs ซึ่งอาจเป็นการปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของสินค้าบูห์รีโดยปริยายซึ่งจะขัดกับข้อ 15 วรรค 4 ของความตกลง TRIPs ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 63 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีหลักการมาจากข้อ 19 ของความตกลง TRIPs ว่าด้วยข้อกำหนดในการใช้เครื่องหมายการค้าที่กำหนดให้ยังคงการจดทะเบียนไว้ได้แม้ว่าจะมิได้มีการใช้เครื่องหมายการค้าเกินกว่าเวลาที่กฎหมายกำหนดหากการมิได้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นเกิดจากพฤติการณ์พิเศษทางการค้า และไม่ได้มีสาเหตุมาจากความตั้งใจที่จะไม่ใช้หรือละทิ้งเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว ประกอบกับข้อ 20 ของความตกลง TRIPs ที่ยอมรับให้มีการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าได้หากไม่ได้เป็นการกีดกันที่ไม่สมเหตุสมผล ดังนั้นผู้ประกอบการยาสูบสามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ แม้ว่าจะถูกจำกัดการใช้หลังจากการจดทะเบียน

(2) การเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากไม่มีการใช้

มาตรา 63 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อันมีหลักการมาจากข้อ 19 ของความตกลง TRIPs กำหนดให้มีการร้องขอเพื่อเพิกถอนการจดทะเบียน

เครื่องหมายการค้าได้หากเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิได้ตั้งใจโดยสุจริตที่ใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ และตามความเป็นจริงก็ไม่เคยมีการใช้ หรือมิได้มีการใช้เครื่องหมายการค้าภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เว้นแต่มีสาเหตุมาจากพฤติการณ์พิเศษในทางการค้าซึ่งไม่ได้มีสาเหตุมาจากความตั้งใจที่จะไม่ใช้หรือละทิ้งของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว

ในกรณีของมาตรการชองบุหรีแบบเรียบ มาตรการมีลักษณะที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าตามที่ผู้ประกอบการยาสูบได้จดทะเบียนไว้ ทำให้ผู้ประกอบการยาสูบไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ แต่อย่างไรก็ตามการไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้านี้ไม่ได้เกิดจากความตั้งใจของผู้ประกอบการยาสูบ แต่เกิดจากกฎหมายของรัฐ ดังนั้นจึงไม่อาจเพิกถอนเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของผู้ประกอบการยาสูบ ของผู้ประกอบการบุหรีเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 63 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้ ดังนั้นมาตรการชองบุหรีแบบเรียบจึงไม่เป็นสาเหตุให้เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการถูกเพิกถอนตามข้อ 19 ของความตกลง TRIPs ด้วย

อย่างไรก็ตามมิผู้ให้ความเห็นว่าสาเหตุที่ข้อ 19 วรรค 1 กำหนดให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ายังคงมีผลอยู่ เนื่องจากมีการเริ่มใช้เครื่องหมายการค้า แล้วจะมีการกลับมาใช้ใหม่ในอนาคต เหตุในการเพิกถอนจึงเป็นเพียงเหตุชั่วคราว⁶

5.4.2.2 ความสอดคล้องกับสิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้า

(1) สิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้า

มาตรา 44 ของผู้ประกอบการบุหรีเครื่องหมายการค้าบัญญัติว่า “เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้” กล่าวคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนมีสิทธิที่จะหวงกันมิให้บุคคลที่สามใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนได้จดทะเบียนไว้ มาตรการชองบุหรีแบบเรียบไม่ได้ ซึ่งมาจากหลักการพื้นฐานตามบทบัญญัติข้อ 16 วรรค 1 ของความตกลง TRIPs

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าข้อ 16 วรรค 1 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องสิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้า ซึ่งกำหนดถึงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการหวงกันเครื่องหมายการค้าไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44 จึงหมายถึงสิทธิหวงกันบุคคลอื่นที่จะมาใช้เครื่องหมายการค้า

⁶ Susy Frankel and Daniel Gervais, "Plain Packaging and the Interpretation of the Trips Agreement," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*: 1180.

แม้ว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบจะทำให้ซองบุหรี่ยี่ห้อต่างๆมีรูปแบบตัวอักษรและสีสันทันที่เหมือนกัน แต่มาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้ทำให้รัฐในฐานะบุคคลที่สามหรือผู้ประกอบการอื่นได้ใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นผู้ประกอบการยาสูบที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วอันจะทำให้เกิดความสับสน ดังนั้นมาตรการของบุหรี่จึงกระทบต่อสิทธิในการหวงกันของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าและข้อ 16 วรรค 1 ของความตกลง TRIPs

(2) ข้อยกเว้นสิทธิหวงกัน

ข้อ 17 ของความตกลง TRIPs กำหนดว่า “ประเทศภาคีอาจกำหนดข้อยกเว้นอย่างจำกัดแก่สิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้า เช่น การใช้อย่างเป็นธรรมซึ่งข้อความพรรณนา...”

สิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้าที่กำหนดไว้ในข้อ 17 หมายถึงสิทธิหวงกันตามข้อ 16 ดังนั้นเมื่อมาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ใช่มาตรการที่กระทบต่อสิทธิหวงกันของผู้ประกอบการยาสูบตามข้อ 16 จึงไม่ต้องพิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นข้อยกเว้นตามข้อ 17 หรือไม่ เช่นเดียวกับความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่อยู่ในขอบเขตของข้อ 17 เนื่องจากมาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้า⁷

5.4.2.3 ความสอดคล้องกับสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

(1) สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ผู้ประกอบการยาสูบมีสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าด้วย แม้ว่าไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในความตกลง TRIPs ดังนั้นมีประเด็นต้องพิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบส่งผลกระทบต่อสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าหรือไม่ ดังจะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

ตามที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าว่าด้วยเรื่องการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้า เนื่องจากเครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยคำที่ประดิษฐ์ขึ้น ความเหมือนคล้ายจะพิจารณาจากตัวสะกด การอ่านออกเสียง และจำนวนตัวอักษรเป็นสำคัญ ซึ่งเครื่องหมายการค้าของผลิตภัณฑ์บุหรี่จะประกอบด้วยเครื่องหมาย

⁷ Andrew D. Mitchell, "Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and Its Wto Compatibility," *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 5, 2 (2010): 415 – 416.

การค้าที่มีหรือประกอบด้วยกลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น คำที่ประดิษฐ์ขึ้น ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์ขึ้นซึ่งเป็นชื่อยี่ห้อ (Brand) ของสินค้าบุหรี่ยั้น

เมื่อมาตรการของบุหรี่แบบเรียบกำหนดห้ามใช้เครื่องหมายการค้า แต่ให้ใช้ชื่อยี่ห้อแทน และสีของซองต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กำหนด กรณีนี้เห็นว่ามาตรการยังคงให้ใช้ชื่อยี่ห้อซึ่งมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทคำประดิษฐ์ เนื่องจากชื่อยี่ห้อดังกล่าวยังคงทำหน้าที่สำคัญของเครื่องหมายการค้าในการแยกแยะสินค้าได้อยู่ เห็นได้จากการพิจารณาเรื่องความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าที่มีคำที่ประดิษฐ์ขึ้นเป็นองค์ประกอบ ผู้พิจารณาจะมีให้ความสำคัญกับคำประดิษฐ์มากกว่าองค์ประกอบอื่นๆ เช่น คำพิพากษาที่ 4559/2533 รูปกระเช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าเหมือนกันซึ่งรูปกระเช้เป็นส่วนสำคัญของเครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลย และอาจเรียกเครื่องหมายการค้าของจำเลยว่าตรากระเช้เหมือนกับโจทก์ แต่เครื่องหมายการค้าของจำเลยมีตัวหนังสืออักษรโรมันว่า “GRAND SLAM” อ่านว่า “แกรนด์แสลม” แต่เครื่องหมายการค้าของโจทก์มีตัวหนังสืออักษรโรมันว่า “LACOSTE” อ่านออกเสียงว่า “ลาคอสท์” ชื่อยี่ห้อและการอ่านออกเสียงเรียกขานเครื่องหมายการค้าของจำเลยจึงแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าของโจทก์อย่างมาก สาธารณชนทั่วไปสามารถสังเกตเห็นได้ และไม่ทำให้ประชาชนทั่วไปที่ซื้อสินค้ายี่ห้อ “แกรนด์ แสลม” ของจำเลยเข้าใจผิดว่าสินค้านั้นเป็นสินค้ายี่ห้อ “ลาคอสท์” ของโจทก์ เป็นต้น

เพราะฉะนั้นแม้ว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบจะห้ามมิให้ใช้รูปภาพ หรือสีที่เป็นองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้า แต่การให้ใช้ชื่อยี่ห้อยังทำให้สามารถแยกแยะสินค้าของผู้ประกอบการได้อยู่ มาตรการจึงมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการ ไม่ได้เป็นการห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าโดยสิ้นเชิง ผู้ประกอบการยังคงใช้เครื่องหมายการค้าประเภทคำประดิษฐ์ได้

ทั้งนี้เครื่องหมายการค้าจึงยังทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าทั้ง 4 ประการได้ ได้แก่ หน้าที่ในการแยกแยะและทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างสินค้า หน้าที่ในการบ่งบอกแหล่งที่มา หน้าที่ในการแสดงถึงคุณภาพของสินค้า และหน้าที่ในการโฆษณาสินค้า เพราะฉะนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่กระทบต่อประโยชน์ของผู้ประกอบการ นอกจากนี้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่กระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภคด้วย เนื่องจากพฤติกรรมในการเลือกซื้อบุหรี่ของผู้บริโภคขึ้นอยู่กับยี่ห้อที่ผู้บริโภคนิยม และ การซื้อบุหรี่จะต้องมีการบอกกล่าวแก่พนักงานผู้ขายว่าจะซื้อยี่ห้ออะไร เนื่องจากประเทศไทยมีการบังคับใช้มาตรการห้ามแสดงบุหรี่ ณ จุดขาย

สอดคล้องกับความเห็นของศาลในคดีมาตรการของบุหรี่แบบเรียบระหว่างผู้ประกอบการยาสูบกับรัฐบาลอังกฤษที่ให้ความเห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ยังคงยังคงเป็นของ

ผู้ประกอบการยาสูบเพราะผู้ประกอบการยาสูบยังสามารถใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นถ้อยคำ (word marks) บนบรรจุภัณฑ์ยาสูบและเครื่องหมายนั้นยังคงทำหน้าที่ในการระบุแหล่งที่มาได้ ผู้พิพากษาเห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่เป็นรูปร่าง (figurative marks) ไม่สามารถใช้ได้ในลักษณะนี้แต่เครื่องหมายการค้าที่เป็นรูปร่างยังคงมีการใช้บางส่วนซึ่งมาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้จำกัด⁸

เมื่อมาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่กระทบต่อหน้าที่ในการแยกแยะสินค้า ผู้บริโภคยังสามารถกลับมาซื้อบุหรี่ยี่ห้อเดิมได้ ดังนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่กระทบต่อค่าความนิยม (Goodwill) ของเครื่องหมายการค้า

(2) ข้อจำกัดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมาย ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าประเทศไทยมีสิทธิในการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าหรือไม่

ข้อ 20 ของความตกลง TRIPs กำหนดว่าการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าต้องไม่ถูกกีดกันโดยข้อกำหนดพิเศษอย่างไม่สมเหตุสมผล ซึ่งได้ยกตัวอย่างข้อกำหนดพิเศษอย่างไม่สมเหตุสมผลไว้ด้วย เช่น การใช้เครื่องหมายการค้าร่วมกับเครื่องหมายการค้าอีกอันหนึ่ง การใช้เครื่องหมายการค้าในรูปแบบพิเศษ หรือการใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสามารถของเครื่องหมายการค้าในการแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น เป็นต้น บทบัญญัติข้อ 20 นี้ไม่ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

จากบทบัญญัติข้อ 20 แสดงให้เห็นว่าการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าไม่ได้เป็นสิ่งที่ห้ามอย่างเด็ดขาด การกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าสามารถทำได้หากการกีดกันนั้นสมเหตุสมผล แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในข้อ 20 ยังไม่มีการวางหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนในการตีความคำว่า “ไม่สมเหตุสมผล” ดังนั้นจึงต้องอาศัยการตีความความตกลง TRIPs ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

⁸ British American Tobacco and others v. Department of Health, [2016]EWHC 1169(Admin), 19 May 2016.

(2.1) วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์

เนื่องจากอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประเทศใดๆ ย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับแห่งอนุสัญญานี้

ความตกลง TRIPs เป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นสนธิสัญญาตามนิยามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 วรรค 1(เอ) ดังนั้นการตีความจึงต้องคำนึงถึงหลักการในการตีความสนธิสัญญาตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญานี้ด้วย

ข้อ 31 วรรค 1 ของอนุสัญญาเวียนนาฯ กำหนดว่า “สนธิสัญญาให้ตีความโดยสุจริต ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำในสนธิสัญญาในบริบทของถ้อยคำเหล่านั้น และตามวัตถุประสงค์และจุดประสงค์ของสนธิสัญญา...” ดังนั้นการตีความความตกลง TRIPs จึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงด้วย

นอกจากนี้องค์การอุทธรณ์ในคดี Canada – Term of Patent Protection ให้ความเห็นว่าแม้ว่าคู่กรณีไม่ได้อ้างถึงข้อ 7 และข้อ 8 ของความตกลง TRIPs ในการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องคำนึงถึงข้อ 7 และ ข้อ 8 ของความตกลง TRIPs ด้วย เนื่องจากเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยประเทศภาคีขององค์การการค้าโลก

ดังนั้นการตีความความตกลง TRIPs ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงด้วย

วัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs บัญญัติอยู่ในข้อ 7 และข้อ 8 โดยข้อ 7 กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องรักษาความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับพันธกรณีในการคุ้มครองสังคมและเศรษฐกิจ อีกทั้งในข้อ 8 กำหนดว่าประเทศภาคีอาจบัญญัติหรือแก้ไขกฎหมายหรือข้อกำหนด และบังคับใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพและโภชนาการของมนุษย์ เพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญต่อสังคมและเศรษฐกิจ และการพัฒนาทางเทคโนโลยี โดยมาตรการนั้นต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้

จากข้อ 7 และข้อ 8 เป็นวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลง TRIPs แสดงให้เห็นว่าความตกลง TRIPs ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะซึ่งรวมถึงการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของประชาชนด้วย นอกจากนี้มีความเห็นของนักวิชาการกล่าวว่า “... สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาดแต่ขึ้นอยู่กับประโยชน์สาธารณะที่สูงกว่า ...”

ดังนั้น การตีความข้อ 20 ของความตกลง TRIPs ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ด้วย เพราะฉะนั้นมาตรการของบุหรีแบบเรียบจึงเป็นการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าที่สมเหตุสมผล ไม่ใช่มาตรการที่เป็นการกีดกันที่ไม่สมเหตุสมผลอันขัดต่อข้อ 20 ของความตกลง TRIPs

(2.2) ปฏิญญาโตฮาว่าด้วยความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้าและการสาธารณสุข

ปฏิญญาโตฮาเกิดขึ้นเนื่องจากการร้องขอของกลุ่มประเทศแอฟริกาและกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่ได้เสนอประเด็นเกี่ยวกับการตีความความตกลง TRIPs โดยเฉพาะการตีความเกี่ยวกับสิทธิบัตรเพื่อการเข้าถึงยา โดยที่ประชุมภาคีเห็นพ้องต้องกันเกี่ยวกับการตีความ โดยที่ประชุมรัฐมนตรีของ WTO ประเทศภาคี WTO เห็นพ้องต้องกันด้วยเสียงข้างมากในการออกปฏิญญาว่าด้วยความตกลง TRIPs และสาธารณสุข หรือปฏิญญาโตฮา

วรรค 4 ของปฏิญญาโตฮาระบุถึงความเห็นของประเทศภาคีที่ให้การยอมรับว่าความตกลง TRIPs ไม่ควรกีดกันประเทศภาคีจากการออกมาตรการเพื่อคุ้มครองสาธารณสุข โดยมีข้อความตอนหนึ่งว่า “...ความตกลงสามารถและควรถูกตีความ และดำเนินการในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนสิทธิของประเทศภาคีของ WTO ในการคุ้มครองสาธารณสุข ... พวกเรายืนยันถึงสิทธิของประเทศภาคี WTO ในการใช้ เต็มเต็มบทบัญญัติของความตกลง TRIPs ซึ่งมีความยืดหยุ่นแก่วัตถุประสงค์นี้” โดยความยืดหยุ่นตามวรรค 4 มีการให้รายละเอียดอยู่ในวรรค 5 (เอ)

วรรค 5(เอ) กำหนดถึงความยืดหยุ่นตามวรรค 4 “ตามความในข้อ 4 ประเทศภาคียอมรับความยืดหยุ่นในการบังคับใช้การตีความตามจารีตประเพณีการตีความของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งบทบัญญัติในความตกลง TRIPs ต้องตีความตามวัตถุประสงค์และจุดประสงค์ของความตกลง โดยเฉพาะวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลง”

แม้ว่าปฏิญญาโตฮาจะการประชุมจะเกิดขึ้นเพื่อหาข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการตีความความตกลง TRIPs เนื่องจากปัญหาการคุ้มครองสิทธิบัตรและการเข้าถึงยาภายใต้ความตกลง TRIPs แต่การตีความดังกล่าวควรนำมาใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆด้วยเพื่อไม่ให้เกิดความแตกต่างในการตีความระหว่างบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิในสิทธิบัตรกับบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆที่อยู่ภายใต้ความตกลงอย่างเดียวกัน ซึ่งปฏิญญาโตฮา

ถูกกำหนดให้เป็นแนวทางในการพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพในอนาคตแก่ คณะกรรมการ วินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ในอนาคตด้วย⁹

แต่อย่างไรก็ตามโดยหลักแล้วปฏิญญาโดฮาไม่มีสถานะทางกฎหมาย ไม่มีผลผูกพันที่ประเทศภาคีต้องปฏิบัติตาม แต่ข้อ 9 วรรค 2 ของมาราเกรชว่าด้วยความตกลงก่อตั้ง WTO ซึ่งกำหนดว่าที่ประชุมรัฐมนตรีหรือคณะมนตรีทั่วไปเท่านั้นมีอำนาจรับรองการตีความ ความตกลงการค้าพหุภาคีภายใต้ความตกลง WTO โดยการลงมติจะใช้คะแนนเสียงข้างมาก 3 ใน 4 ซึ่งปฏิญญาโดฮาเป็นข้อตกลงที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเห็นพ้องต้องกันด้วยเสียงข้างมากเกี่ยวกับการ ตีความความตกลง TRIPs ซึ่งเป็นความตกลงหนึ่งภายใต้ความตกลงของ WTO ดังนั้นการตีความ ความตกลง TRIPs ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในปฏิญญาโดฮาด้วย

อีกทั้งข้อ 31 วรรค 3(เอ) ของอนุสัญญาเวียนนาฯกำหนดว่า “ความตกลงใดระหว่างประเทศภาคีที่เกิดขึ้นภายหลังเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาหรือการใช้ บทบัญญัติ” ดังนั้นการตีความความตกลง TRIPs ต้องคำนึงถึงปฏิญญาโดฮาที่เป็นความตกลงที่เกิดขึ้น ภายหลัง ประกอบกับมีนักวิชาการให้ความเห็นว่าปฏิญญาโดฮาเป็นความตกลงตามข้อ 31 วรรค 3 (เอ) ของอนุสัญญาเวียนนาฯซึ่งสัมพันธ์กับการตีความความตกลง TRIPs

ดังนั้นจึงสามารถใช้ปฏิญญาโดฮาในการตีความความตกลง TRIPs ได้

จากบทบัญญัติในวรรค 4 ของปฏิญญาโดฮาแสดงให้เห็นถึง เจตนารมณ์ของประเทศภาคีในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสาธารณสุข สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องไม่เป็นอุปสรรคแก่ความสำเร็จทางด้านสาธารณสุข¹⁰

เพราะฉะนั้นจากบทบัญญัติในวรรค 4 ทำให้ตีความข้อ 8 วรรค 1 ได้ว่า บทบัญญัติตามข้อ 8 จะไม่ขัดขวางกรณีที่หน้าที่ตามความตกลง TRIPs ต้องเสียไปหากมีความ จำเป็นเพื่อบรรเทาความต้องการทางด้านสาธารณสุข¹¹

อีกทั้งในวรรค 5 ของปฏิญญาโดฮาให้รายละเอียดถึงความยืดหยุ่น ในการตีความตามวรรค 4 ซึ่งวรรค 5(เอ) ซึ่งกำหนดว่า “ตามความในวรรค 4 ประเทศภาคียอมรับ ความยืดหยุ่นในการบังคับใช้การตีความตามจารีตประเพณีการตีความของกฎหมายระหว่างประเทศ

⁹ Carlos M. Correa, *Implications of the Doha Declaration on Trips Agreement and Public Health*, pp. 14 - 15.

¹⁰ *Ibid.*, p.11.

¹¹ *Ibid.*

ซึ่งบทบัญญัติในความตกลง TRIPs ต้องตีความตามวัตถุประสงค์และจุดประสงค์ของความตกลง โดยเฉพาะวัตถุประสงค์และหลักการของความตกลง”

วรรค 5 กำหนดให้การตีความบทบัญญัติในความตกลง TRIPs ต้องตีความโดยคำนึงถึงจุดประสงค์และวัตถุประสงค์ของความตกลงด้วย จึงเป็นการย้ำถึงบทบาทของข้อ 7 และข้อ 8 ที่ต้องนำมาใช้ตีความความตกลง TRIPs ด้วย

เพราะฉะนั้นปฎิญญาโดฮาจึงเป็นการยืนยันว่าประเทศภาคียอมรับว่าการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนสำคัญ และเน้นย้ำถึงการตีความตามหลักการตีความตามจารีตประเพณีการตีความกฎหมายระหว่างประเทศ อันเป็นการยืนยันถึงการตีความบทบัญญัติในความตกลง TRIPs โดยคำนึงถึงจุดประสงค์และวัตถุประสงค์ตามข้อ 7 และข้อ 8 ด้วยเพื่อสนองต่อวัตถุประสงค์ทางด้านสาธารณสุข ซึ่งปฎิญญาโดฮาถูกกำหนดให้เป็นแนวทางในการพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพในอนาคตแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ในอนาคต¹²

ดังนั้นการตีความข้อ 20 ของความตกลง TRIPs ว่าข้อกำหนดพิเศษที่เป็นการกีดกันอย่าง “ไม่สมเหตุสมผล” หรือไม่ จึงต้องตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงที่กำหนดไว้ในข้อ 7 และข้อ 8 และให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองสุขภาพของประชาชนตามที่ได้รับการยอมรับโดยประเทศภาคีในปฎิญญาโดฮาด้วย ดังนั้นข้อกำหนดพิเศษที่เป็นการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนจึงไม่ใช่มาตรการที่ไม่สมเหตุสมผล เพราะฉะนั้นมาตรการของบุห์รีแบบเรียบเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสุขภาพของประชาชนเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผล จึงไม่ใช่ข้อกำหนดพิเศษที่เป็นการกีดกันที่ไม่สมเหตุสมผลที่ขัดต่อข้อ 20 ของความตกลง TRIPs

จากการวิเคราะห์ข้างต้น แม้ว่าความสอดคล้องระหว่างมาตรการของบุห์รีแบบเรียบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และความตกลง TRIPs แต่ควรบัญญัติผลกระทบของมาตรการของบุห์รีแบบเรียบต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ว่ามาตรการไม่ส่งผลเป็นการห้ามการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไม่เป็นเหตุให้เพิกถอนการรับรองการจดทะเบียนหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ อีกทั้งยังไม่ส่งผลเป็นการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอย่างมีเงื่อนไขหรือจดทะเบียนอย่างมีข้อจำกัด ตามแนวทางของประเทศออสเตรเลีย และประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ควรออกกฎหมายแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เกี่ยวกับสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผลิตภัณฑ์ยาสูบโดยเฉพาะ

¹² Ibid., pp. 14 - 15.

5.5 ความสอดคล้องกับหลักการเวนคืนทางอ้อม

การเวนคืนทางอ้อม คือ การที่รัฐออกมาตรการที่ส่งผลต่อการจัดการ การใช้ หรือการควบคุม หรือการทำให้มูลค่าของทรัพย์สินของเอกชนเสื่อมลงอย่างมีนัยสำคัญ หรือหมายถึงการเข้าแทรกแซงอย่างไม่สมเหตุสมผลด้วยการกีดกันการใช้ หรือการเอาไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งการเวนคืนทางอ้อมนี้

ดังนั้นจึงมีประเด็นที่พิจารณาว่ามาตรการของบุหรี่ป้ายเรียบซึ่งเป็นมาตรการที่บัพัญญัติขึ้นโดยรัฐมีลักษณะที่เป็นการเวนคืนทางอ้อมทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบ โดยเฉพาะเครื่องหมายการค้า และค่าความนิยมตามรัฐธรรมนูญและความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศหรือไม่ ดังจะพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

5.5.1 ความสอดคล้องกับหลักการเวนคืนทางอ้อมตามรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญของทุกประเทศ รวมถึงประเทศไทยได้รับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของประชาชนจากการเวนคืนของรัฐด้วยเช่นเดียวกับร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... ของประเทศไทย ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า มาตรการของบุหรี่ป้ายเรียบเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังจะพิจารณาได้ ดังนี้

เนื่องจากร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... ของประเทศไทย และรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆโดยมีสาระสำคัญเหมือนกันว่า “การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้น ... เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ”

ดังนั้นรัฐธรรมนูญของไทยคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนจากการเวนคืนของรัฐ เฉพาะทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียและสหรัฐฯที่บัญญัติเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินจากการเวนคืนของรัฐโดยไม่ได้ระบุประเภทของทรัพย์สินที่ได้รับการคุ้มครอง ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับกรณีความของศาล ซึ่งในคดีระหว่างบริษัท JT International S.A. and British American Tobacco Australia Limited and Ors v. the Commonwealth ศาลตีความคำว่า “ทรัพย์สิน” ว่ารวมถึงเครื่องหมายการค้าและค่าความนิยมด้วย เครื่องหมายการค้าและค่าความนิยมจึงได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 51 (xxxi) เช่นเดียวกับในสหรัฐฯ คดี Zoltek Corp. v. United States ศาลอุทธรณ์กล่าวว่าแม้ว่าจะมีการพิจารณาว่าสิทธิบัตรเป็นสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน (private property interests) แต่สิทธิบัตรไม่ใช่ทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติเรื่องการเวนคืน (Taking

Clause) โดยให้เหตุผลว่าสิทธิในสิทธิบัตรเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของรัฐ (federal law) จึงไม่ใช่ทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญ (constitutional property) แต่คดี Ruckel v. Monsanto และคดี Phillip Morris Inc. v. Thomas F. Reilly ศาลตัดสินว่าความลับทางการค้าได้รับการคุ้มครองตาม The Fifth Amendment

แต่อย่างไรก็ตามมีบทบัญญัติที่กำหนดคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินโดยกำหนดให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งเครื่องหมายการค้า และค่าความนิยม (Goodwill) ของผู้ประกอบการยาสูบในประเทศไทยได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

ดังนั้นเครื่องหมายการค้า และค่าความนิยม (Goodwill) ของผู้ประกอบการยาสูบในประเทศไทยจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติในเรื่องการเวนคืนตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่ใช่การเวนคืนทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบตามมาตรา 37 ของร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ...

5.5.2 ความสอดคล้องกับหลักการเวนคืนทางอ้อมของความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

ผู้ประกอบการยาสูบในประเทศไทยมีการเข้ามาถือหุ้นโดยนักลงทุนต่างชาติ เช่น สหรัฐฯ สวิสเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ ฮองกง¹³ ซึ่งประเทศไทยมีการทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนกับประเทศ (BITs) เหล่านี้และประเทศอื่นๆ ด้วย ซึ่งความตกลงเหล่านี้ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติหลังจากที่ได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้ว และในปัจจุบันความตกลงเขตการค้าเสรี (FTAs) บางฉบับได้กำหนดบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองการลงทุนไว้ด้วย ความตกลงเหล่านี้จึงกำหนดการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุนจากการเวนคืนของรัฐและกำหนดถึงสิทธิของนักลงทุนในการที่จะได้รับค่าชดเชยเพื่อการเวนคืนไว้ด้วย

โดยความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและความตกลงเขตการค้าเสรีจะมีข้อกำหนดในเรื่องการเวนคืนที่มีสาระสำคัญเหมือนกันว่า “รัฐภาคีต้องไม่เวนคืนหรือทำให้เป็นของรัฐ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยมาตรการใดที่เทียบเท่าการเวนคืนหรือการทำให้เป็นของรัฐ เว้นแต่

- (1) เพื่อความมุ่งประสงค์สาธารณะ
- (2) อยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ

¹³ ข้อมูลจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์เมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2559 บริษัท ฟิลลิป มอริส (ประเทศไทย) จำกัด ถือหุ้นโดยนักลงทุนต่างชาติสัญชาติอเมริกัน สวิส บริษัท เจที อินเตอร์เนชันแนล (ไทยแลนด์) ถือหุ้นโดยนักลงทุนต่างชาติสัญชาติเนเธอร์แลนด์ ฮองกง

(3) มีการชำระค่าชดเชยโดยทันที เพียงพอ และมีประสิทธิภาพ”

ดังนั้นจึงเกิดประเด็นว่ามาตรการของบุหรี่ปแบบเรียบจะเป็นมาตรการที่ถือว่าการเวนคืนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติตามความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนหรือไม่ ซึ่งการลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองจากการเวนคืนจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการคุ้มครองของความตกลงด้วย เพราะฉะนั้นก่อนที่จะพิจารณาว่าการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติถูกเวนคืนหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการเวนคืนของนักลงทุนต่างชาติอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองจากความตกลง ซึ่งอาจจะพิจารณาได้ดังนี้

5.5.2.1 ขอบเขตของการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครอง

การลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองต้องพิจารณาจากนิยามของการลงทุน ซึ่งความตกลงส่วนใหญ่กำหนดนิยามความหมายของการลงทุนแบบอิงสินทรัพย์ (asset-based) ที่นิยามว่าการลงทุนหมายถึงทรัพย์สินทุกชนิด และกำหนดยกเว้นทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งการลงทุนจะหมายรวมถึงหุ้นส่วน หุ้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และยังรวมไปถึงผลตอบแทนการลงทุนด้วย ดังนั้นทรัพย์สินใดที่ไม่อยู่ในนิยามของการลงทุนก็ไม่ใช่ทรัพย์สินที่จะได้รับการคุ้มครองตามความตกลง เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างสมาพันธ์รัฐสวิสเซอร์แลนด์และราชอาณาจักรไทย กำหนดไว้ในข้อ 1 (บี) บัญญัติว่า¹⁴

“การลงทุน หมายถึง สินทรัพย์ประเภทใดๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งและไม่จำกัดเฉพาะสินทรัพย์ต่อไปนี้

1. สหกรณ์ทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินอื่นๆที่เกี่ยวข้อง
ดังเช่น การจำนอง สิทธิยึดหน่วงหรือจำนำ
2. หุ้นส่วน หุ้น พันธบัตร และหุ้นกู้ หรือรูปแบบอื่นใดของการเข้าร่วมในบริษัท วิสาหกิจธุรกิจ หรือกิจการร่วมค้า
3. เงิน การเรียกร้องสิทธิในเงิน การเรียกร้องให้ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งมีมูลค่าทางการเงิน
4. สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และ ค่าความนิยม
5. สิทธิที่ได้รับตามกฎหมายหรือภายใต้สัญญาให้ดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์และเศรษฐกิจใดๆ

¹⁴ Article 1 Definitions of Agreement between the Swiss Confederation and the Kingdom of Thailand on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments

6. สัมปทานทางธุรกิจที่กำหนดให้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามกฎหมายหรือภายใต้สัญญา รวมถึงสัมปทานใดๆ สำหรับการแสวงหา เพาะปลูก สกัด หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ...”

เช่นเดียวกับความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลของราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลของฮ่องกง และความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) เป็นต้น

เพราะฉะนั้นเครื่องหมายการค้า ค่าความนิยม (goodwill) และทรัพย์สินอื่นๆของผู้ประกอบการยาสูบที่อยู่ในนิยามการลงทุนจะได้รับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินจากการเวนคืนของรัฐตามความตกลงที่คุ้มครองการลงทุน

5.5.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรีของไทยที่มีบทบัญญัติเรื่องการลงทุน แต่ความตกลงเกือบทั้งหมดไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ โดยจะกำหนดลักษณะของการกระทำของรัฐที่เป็นการเวนคืนไว้แต่ไม่ได้มีการกำหนดนิยามและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมที่ชัดเจน เช่น ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างไทยกับเนเธอร์แลนด์ ไทยกับสวิสเซอร์แลนด์ ไทยกับฮ่องกง เป็นต้น

(1) คำนิยามการเวนคืนทางอ้อม

ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรีของประเทศไทยส่วนใหญ่จะกำหนดลักษณะของการกระทำของรัฐที่เป็นการเวนคืนทางอ้อมโดยมีสาระสำคัญเหมือนกันว่า “การลงทุนของผู้ลงทุนของภาคีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐ ถูกเวนคืน หรืออยู่ภายใต้มาตรการที่มีผลเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืน...” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติกำหนดห้ามมิให้ใช้มาตรการที่มีผลเทียบเท่าการโอนเป็นของรัฐหรือการเวนคืน หรือห้ามมิให้เวนคืนทางอ้อมเท่านั้น มิได้มีการให้นิยามอย่างชัดเจนว่าการเวนคืนทางอ้อมมีลักษณะอย่างไร

ซึ่งจากกรณีของความไม่ชัดเจนดังกล่าวอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้ง ดังเช่นคดี Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand บริษัท Walter Bau อ้างว่าการกระทำของไทยที่ค่อยๆสะสมมาเป็นเวลาหลายปีเป็นการเวนคืนทางอ้อมแบบ “creeping expropriation” ซึ่งเป็นการเวนคืนที่เกิดจากการกระทำหลายครั้งเกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องโดยรัฐภาคีโดยรัฐภาคีมีผลเทียบเท่ากับ การเวนคืนทางตรงที่ปราศจากการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย

ดังนั้นจึงอาจเกิดประเด็นว่าการที่ประเทศไทยออกมาตรการควบคุมยาสูบตลอดระยะเวลา 40 กว่าปีที่ผ่านมา ซึ่งมีการใช้มาตรการต่าง เช่น มาตรการเพิ่มภาษีผลิตภัณฑ์ยาสูบ มาตรการกำหนดพื้นที่ปลอดบุหรี่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการควบคุมการโฆษณา ที่มีการควบคุมการโฆษณาของผู้ประกอบการยาสูบในทุกรูปแบบ และมีการควบคุมการโฆษณาทางสื่อต่างๆ เรื่อยมา อาจทำให้ผู้ประกอบการยาสูบในฐานะนักลงทุนยกขึ้นมาเป็นข้อโต้แย้งได้ว่ามาตรการต่างๆ ที่รัฐออกมาบังคับใช้เป็นการแทรกแซงความสามารถในการดำเนินกิจการของตนซึ่งมีลักษณะเป็นการเวนคืนทางอ้อม

ซึ่งความตกลงของไทยบางฉบับมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ด้วย เช่น ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียนกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ในภาคผนวก 2 ว่าด้วยการเวนคืนและการชดเชย บัญญัติว่า

“การเวนคืนตามความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียนนี้นอกจากจะหมายถึงการเวนคืนทางตรงแล้ว ยังรวมไปถึงการเวนคืนทางอ้อมซึ่งความตกลงได้กำหนดลักษณะของการเวนคืนทางอ้อมไว้ คือ การกระทำหนึ่งหรือการกระทำหลายครั้งที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องโดยรัฐภาคีโดยรัฐภาคีมีผลเทียบเท่ากับการเวนคืนทางตรงที่ปราศจากการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย¹⁵

เพราะฉะนั้นจึงเห็นว่าควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า การเวนคืนทางอ้อมหมายถึงกรณีอย่างใดบ้าง เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ประเทศไทย และให้ประเทศไทยมีความระมัดระวังในการออกมาตรการต่างๆ ที่อาจเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุนได้

(2) หลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม

เนื่องจากความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรีของไทยส่วนใหญ่ไม่มีกรบัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้ ดังนั้นจึงจะพิจารณาว่ามาตรการของบุรีแบบเรียบเป็นการเวนคืนทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบทางอ้อมตามความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนหรือไม่โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆ ได้เคยมีการวินิจฉัยไว้ ดังจะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

(2.1) ระดับการแทรกแซงต่อสิทธิในทรัพย์สินของนักลงทุน

มาตรการที่จะเป็นการเวนคืนทางอ้อมต้องเป็นมาตรการที่ทำให้นักลงทุนสูญเสียความสามารถในการควบคุม ครอบครอง หรือสูญเสียการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน

¹⁵ ข้อ 2(บี) ภาคผนวก 2 การเวนคืนและการชดเชยของความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน

ของตน หรือไม่สามารถจัดการธุรกิจของตนได้อีกต่อไป การสูญเสียประโยชน์อย่างมากต้องถึงขนาดที่ไม่สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้อีกต่อไป เช่น คดี *Metaclad Corp. v. United Mexican States* เทศบาลเมือง Guadalcazar ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตในการก่อสร้างพื้นที่ฝังกลบขยะด้วยทำให้ไม่สามารถดำเนินการใดๆบนพื้นที่ฝังกลบขยะต่อไปได้ คดี *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* สถาบันนิเวศวิทยาแห่งชาติ ปฏิเสธการต่ออายุใบอนุญาตเนื่องจากสถานการณ์ทางการเมือง หลุมฝังกลบขยะจึงถูกปิดอย่างถาวร และไม่อาจเพิกถอนได้เป็นการทำให้ Tecmed สูญเสียมูลค่าเพราะหลุมฝังกลบขยะไม่สามารถใช้สำหรับวัตถุประสงค์อื่น อนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่าการไม่ต่อใบอนุญาตเป็นการเวนคืนทางอ้อม

หากมาตรการของรัฐไม่ได้ส่งผลเป็นการเอาไปซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของนักลงทุน หากรัฐออกมาตรการมาใช้บังคับแต่ที่นักลงทุนยังสามารถควบคุมและใช้ทรัพย์สินได้ แม้ว่าไม่ได้รับประโยชน์ในทางเศรษฐกิจตามที่คาดหวังก็ไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อม เช่น คดี *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* แม้ว่าการควบคุมการส่งออกจะทำให้กำไรของบริษัทลดลง แต่บริษัทยังทำการส่งออกในปริมาณมากได้และสามารถทำกำไรจากการขายไม้เนื้ออ่อนได้อยู่ อีกทั้งรัฐไม่ได้แทรกแซงหรือควบคุมการบริหารงานต่างๆทั้งในด้านการดำเนินงานของลูกค้า การจัดตั้งผู้บริหาร หรือการจ่ายเงินปันผลหรือกิจกรรมของผู้ถือหุ้น คดี *Waste Management Inc. v. United Mexican States* การที่บริษัทต้องเสียหายเพราะไม่ได้รับชำระหนี้หรือไม่ได้รับการปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้เป็นเพราะถูกเวนคืน อีกทั้งบริษัท Acaverde ยังสามารถควบคุมและใช้ทรัพย์สินได้ตลอด และสามารถให้บริการและเรียกให้ลูกค้าชำระเงินได้ การที่ไม่ได้รับประโยชน์ตามที่คาดหวังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการเวนคืน เพราะการเวนคืนตามข้อ 1110 จะต้องเวนคืนกิจการทั้งหมด แต่ในกรณีนี้กิจการอยู่ภายใต้การกระทำของรัฐเพียงบางส่วน

หรือในคดี *Walter Bau AG v. Kingdom of Thailand* อนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าแม้ว่าการกระทำหรือไม่กระทำการของรัฐบาลไทยจะทำให้กำไรของบริษัททางด่วนโทลเวย์ลดลง แต่บริษัททางด่วนโทลเวย์ยังคงดำเนินกิจการอยู่ในปัจจุบันและสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ในอนาคตในฐานะผู้ได้รับสัมปทาน เช่นเดียวกับในคดี *LG & E Energy* เพราะฉะนั้นอนุญาโตตุลาการจึงตัดสินว่ารัฐบาลไทยไม่ได้เวนคืนสิทธิตามสัญญาของผู้ถือหุ้นของบริษัทดอนเมืองโทลเวย์

ดังนั้นในกรณีของมาตรการชงบุหรีแบบเรียบ แม้ว่าการที่รัฐออกมาตรการชงบุหรีแบบเรียบที่ห้ามมิให้ผู้ประกอบการยาสูบใช้เครื่องหมายการค้าของตนบนชงบุหรีเพื่อลดความดึงดูดใจแก่ผู้บริโภค ทำให้ปริมาณการบริโภคบุหรีของประชาชนลดลง จึงส่งผลต่อกำไร

ของผู้ประกอบการยาสูบ แต่ผู้ประกอบการยังสามารถใช้ชื้อยี่ห้อบนผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้ ผู้ประกอบการยาสูบก็ยังสามารถดำเนินการขายผลิตภัณฑ์ของตนต่อไปได้ แม้ว่ากำไรจากการขายผลิตภัณฑ์บุหรี่จะลดลงก็ไม่ทำให้มูลค่าในทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบเสียไปจนไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ ระดับของการแทรกแซงสิทธิในทรัพย์สินของรัฐจึงไม่ถึงขนาดที่จะทำให้เป็นการเวนคืนทางอ้อม

(2.2) ความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของนักลงทุน (Legitimate Expectations)

นักลงทุนเกิดความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่าเมื่อทำการลงทุนแล้วจะได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการลงทุนของตน¹⁶ ซึ่งสิ่งที่ทำให้ผู้ลงทุนเกิดความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผล คือ กรอบนโยบายทางกฎหมาย ภาระผูกพันใดๆ และการแสดงออกอย่างชัดเจนหรือเป็นนัยของรัฐผู้รับการลงทุนอันได้แก่ กฎหมาย และสนธิสัญญา การรับประกันโดยคำพิพากษา การให้ใช้สิทธิ หรือข้อตกลงอื่นที่มีลักษณะคล้ายๆกัน การมีภาระผูกพันตามสัญญา การเสนอการส่งเสริมการลงทุนให้แก่นักลงทุน หรือการเจรจาตกลงกับนักลงทุนเฉพาะราย เป็นต้น เช่น คดี *Metaclad Corporation v. The United Mexican States* บริษัท Metaclad เชื่อใจผู้แทนของรัฐบาลกลางของเม็กซิโกที่อนุญาตให้ทำโรงงานกำจัดขยะอันตรายได้ แต่ต่อมาเทศบาลเมือง Guadalucazar ปฏิเสธการออกใบอนุญาตให้ทำโรงงานก่อสร้างแก่นักลงทุน ความไว้วางใจโดยสุจริตของนักลงทุนถูกทำลายความคาดหวังโดยผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับการลงทุน อนุญาตต่อตุลาการ จึงพิจารณาว่าการเวนคืนโดยอ้อม ต้องพิจารณาถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คาดหวังอย่างสมเหตุสมผล (reasonably-to-be-expected economic benefit) ด้วย

หากรัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้ให้ข้อตกลงที่แน่นอนแก่นักลงทุน แต่นักลงทุนยังตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศนั้น แสดงว่านักลงทุนยอมรับเอาความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากการที่รัฐบาลใช้อำนาจออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ (Regulatory Power) ให้เป็นไปตามสภาพการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคม หรือความเสี่ยงที่จะเกิดจากสภาพเศรษฐกิจทั่วไป เช่น กิจการล้มละลาย การปิดกิจการ นัดหยุดงาน การปฏิวัติ เป็นต้น แม้ว่าสภาพเหล่านั้นจะส่งผลให้กิจการมีกำไรน้อยลงหรือไม่มีกำไร ก็ไม่ได้เป็นการทำลายความคาดหวังของนักลงทุน เช่น คดี *Methanex Corporation v The United States of America* อนุญาตต่อตุลาการให้ความเห็นว่าบริษัท Methanex ทราบดีอยู่แล้วว่ามาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมีการเปลี่ยนแปลง

¹⁶ August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, p.162.

อยู่เสมอทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับรัฐ จึงเป็นเหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้มาตรการของรัฐไม่ใช่การเวนคืน

ผู้ประกอบการยาสูบที่เข้ามาลงทุนในไทยก็เช่นกันย่อมมีความคาดหวังว่าจะได้กำไรหรือประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุน แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าทุกประเทศจะให้ขายบุหรี่ได้ก็ตาม แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบุหรี่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ เพราะฉะนั้นมีโอกาสที่ประเทศไทยจะออกมาตรการคุ้มครองสุขภาพซึ่งอาจกระทบต่อการจำหน่ายยาสูบ และอีกประการหนึ่งไทยเริ่มมีการออกมาตรการพิมพ์ภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2517 และต่อมาได้เข้าร่วมเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ อีกทั้งมีแนวโน้มในการออกมาตรการในการควบคุมยาสูบเรื่อยมา ซึ่งความคาดหวังของนักลงทุนจะไม่เกิดขึ้นหากรัฐผู้รับการลงทุนไม่ได้ให้ข้อตกลงที่แน่นอนแก่นักลงทุน แต่นักลงทุนยังตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศนั้น แสดงว่านักลงทุนยอมรับเอาความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากการที่รัฐบาลใช้อำนาจออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ให้เป็นไปตามสภาพ เศรษฐกิจหรือสังคม ดังนั้นจึงถือไม่ได้ว่าผู้ประกอบการยาสูบมีความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผล

(2.3) ความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการของรัฐกับวัตถุประสงค์ สาธารณะที่รัฐต้องการคุ้มครอง

หลักความได้สัดส่วนถูกใช้ในการวินิจฉัยเรื่องการเวนคืนในบางคดี โดยวัดความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์สองอย่าง ต้องเปรียบเทียบระหว่างมาตรการที่รัฐออกเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับผลกระทบทางเศรษฐกิจ และพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการบรรลุผลหรือไม่ เช่น คดี Tecmed v Mexico อนุญาโตตุลาการพิจารณาว่าแม้การออกมาตรการจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยภายในกรอบของอำนาจในการออกกฎหมายของรัฐ ไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าชดเชย และเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสาธารณสุข แต่อย่างไรก็ตามแม้มาตรการมีวัตถุประสงค์ไปเป็นเพื่อประโยชน์แก่สังคมส่วนรวม ก็อาจเป็นการเวนคืนโดยอ้อมได้ ในกรณีดังกล่าวการที่รัฐบาลเม็กซิโกไม่ต่อใบอนุญาตในการดำเนินการบ่อกำจัดขยะอันตราย นอกจากทำให้บริษัท Tecmed สูญเสียประโยชน์ในการลงทุน ยังเป็นการทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจและมูลค่าทางการค้าทั้งหมดอย่างถาวรด้วย และเป็นการทำลายความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของบริษัท Tecmed อีกทั้งการไม่ต่อใบอนุญาตไม่ได้ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพและสิ่งแวดล้อมตามที่ชาวบ้านในพื้นที่ออกมาคัดค้าน อนุญาโตตุลาการตัดสินว่าเป็นการเวนคืน

มาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นมาตรการเพื่อการคุ้มครองทางด้านสาธารณสุขมีวัตถุประสงค์ในการลดความดึงดูดใจจากของบุหรี่เพื่อลดการบริโภคบุหรี่ ใน

ขณะเดียวกันมาตรการชงบุหรี่ป้ายแบบเรียบกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุนของผู้ประกอบการยาสูบด้วย แต่การทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการนี้ไม่ได้เป็นการทำลายมูลค่าทั้งหมดอย่างถาวรที่จะถือว่าเป็นการเวนคืน

ทั้งนี้ยังต้องพิจารณาว่ามาตรการชงบุหรี่ป้ายแบบเรียบทำให้วัตถุประสงค์เพื่อการลดความตึงเครียดของชงบุหรี่ป้ายและเพื่อลดการบริโภคบุหรี่ป้ายหรือไม่ ซึ่งที่ผ่านมาไทยมีการใช้มาตรการต่างๆในการควบคุมยาสูบซึ่งทำให้ปริมาณการบริโภคยาสูบลดลง โดยเฉพาะมาตรการควบคุมโฆษณาบนชงบุหรี่ป้ายทำให้ปริมาณการบริโภคบุหรี่ป้ายลดลงมากที่สุด อีกทั้งมาตรการชงบุหรี่ป้ายแบบเรียบเป็นมาตรการที่ถูกเสนอโดยที่ประชุมของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบซึ่งมาตรการที่นำเสนออยู่บนพื้นฐานของประสบการณ์ของประเทศต่างๆที่นำมาตรการนั้นไปใช้แล้วได้ผล ดังนั้นมาตรการชงบุหรี่ป้ายแบบเรียบจึงเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน

(2.4) รัฐไม่ต้องรับประโยชน์จากการเวนคืน

การเวนคืนทางอ้อมของรัฐไม่จำเป็นต้องทำให้รัฐมีความมั่งคั่งเพิ่มขึ้น รัฐไม่ต้องได้รับประโยชน์จากการแทรกแซงนั้นก็เป็นการเวนคืนโดยอ้อมได้ แต่คำวินิจฉัยอีกแนวทางหนึ่งเห็นว่ารัฐต้องมีการได้ประโยชน์จากการเวนคืน ซึ่งประโยชน์นี้อาจเป็นประโยชน์ที่เกิดแก่บุคคลที่สามก็ได้

มาตรการชงบุหรี่ป้ายแบบเรียบเป็นการที่รัฐเข้าแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบ เพื่อวัตถุประสงค์ในการลดการบริโภคยาสูบ แม้ว่าไทยสามารถคุ้มครองประชาชนจากการบริโภคบุหรี่ป้ายได้โดยมาตรการบรรจุภัณฑ์บุหรี่ป้ายแบบเรียบ และทำให้รัฐสามารถประหยัดค่าใช้จ่ายในการรักษาโรคที่เกิดจากการสูบบุหรี่ป้าย แต่การเข้าแทรกแซงนี้ไทยไม่ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ควบคุม คือ เครื่องหมายการค้า นั่น เช่น คดี *Olguin v. Paraguay* อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า การเวนคืนจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ทำให้เกิดการควบคุมทรัพย์สินที่เวนคืนโดยตรงหรือโดยอ้อม หรืออย่างน้อยได้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ยึด

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าไทยจะได้รับหรือไม่ได้รับประโยชน์ มาตรการชงบุหรี่ป้ายแบบเรียบของไทยก็ไม่ใช่การเวนคืนเพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์ในข้ออื่นๆ

(2.5) ระยะเวลาในการเวนคืน

แนวหนึ่งเห็นว่า การเวนคืนจะต้องเป็นกรณีที่มีการแทรกแซงของรัฐอย่างถาวรและไม่อาจเพิกถอนได้ แต่อีกแนวทางหนึ่งเห็นว่า การเวนคืนอาจเกิดจากการแทรกแซงชั่วคราวก็ได้แต่ไม่เป็นที่นิยมนัก

มาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการที่รัฐเข้าแทรกแซงอย่างถาวร แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมาตรการของบุหรีแบบเรียบไม่เข้าลักษณะเป็นการเวนคืนตามหลักเกณฑ์ข้ออื่นๆแล้ว แม้ว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบจะมีการแทรกแซงอย่างถาวรก็ไม่ส่งผลทำให้เป็นการเวนคืนไปได้

(2.6) ลักษณะของมาตรการ (การไม่เลือกปฏิบัติ ความโปร่งใส ความชอบด้วยกฎหมาย)

มาตรการของรัฐบาลที่จะถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อมจะต้องมีลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งพิจารณาจากจุดประสงค์ของมาตรการที่ต้องการจะแยกการควบคุมนักลงทุนต่างชาติออกจากตลาดของรัฐผู้รับการลงทุน และต้องมีหลักฐานพิสูจน์ชัดเจนว่ามีการเวนคืนทางอ้อม เช่น คดี Methanex มาตรการของมลรัฐแคลิฟอร์เนียในคดีนี้ที่ห้ามมิให้ใช้สาร Methyl Tertiary-Butyl Ether (MTBE) ในน้ำมันเบนซินเพื่อป้องกันการปนเปื้อนในน้ำ มาตรการดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการทำลายผู้ประกอบการชาวต่างชาติที่ผลิตสารเมทานอล อันเป็นการจำกัดคู่แข่งชาวต่างชาติ อีกทั้งมีหลักฐานพิสูจน์ชัดเจนถึงการกระทำของรัฐที่อ้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรการดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดการเวนคืน

สำหรับกรณีมาตรการของบุหรีแบบเรียบไม่ได้มีลักษณะที่ต้องการจะแยกผู้ประกอบการยาสูบในฐานะนักลงทุนต่างชาติออกจากตลาด เนื่องจากมาตรการดังกล่าวบังคับใช้กับผู้ประกอบการยาสูบทุกราย รวมถึงโรงงานยาสูบที่เป็นของรัฐด้วย

ส่วนในเรื่องความโปร่งใสของมาตรการ กระบวนการของรัฐที่ออกมาตรการควรจะเป็นระบบเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเพื่อป้องกันภาระที่ไม่ได้สัดส่วนแก่สังคม ดังนั้นรัฐต้องมีการตัดสินใจที่ยุติธรรมในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับ หากการออกมาตรการไม่เป็นไปตามกระบวนการจะถือว่ามาตรการดังกล่าวไม่โปร่งใส เช่น คดี *Metaclad Corporation v The United Mexican States* บริษัท Metaclad เชื้อใจผู้แทนของรัฐบาลกลางของเม็กซิโกที่อนุญาตให้ทำโรงงานกำจัดขยะอันตรายได้ แต่ต่อมาเทศบาลเมือง Guadalcazar ปฏิเสธการออกใบอนุญาตให้ทำโรงงานก่อสร้างแก่นักลงทุน มาตรการประกอบกับการกระทำของรัฐบาลกลาง มีลักษณะที่ขาดความตรงต่อเวลา ขาดความเป็นระบบ หรือขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการอนุญาตก่อสร้างของเทศบาล ลักษณะต่างๆเหล่านั้นก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อม

มาตรการของบุหรีแบบเรียบของไทยมีการออกมาตรการตามกระบวนการในการออกกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่ใช่มาตรการที่ออกโดยกระบวนการที่ไม่โปร่งใส

สำหรับกรณีความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการชองบุหรีแบบเรียบ เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก จึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกรอบอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งบทบัญญัติของกรอบอนุสัญญา กำหนดให้ประเทศภาคีจัดทำมาตรการในการควบคุมโฆษณา และควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบ ดังนั้นการออกมาตรการชองบุหรีแบบเรียบของประเทศไทยจึงเป็นการทำตามหน้าที่ที่ผูกพันตามกรอบอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งได้มีการอนุวัติการเพื่อบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในตามกระบวนการในการออกกฎหมายของประเทศไทย อีกทั้งร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... บัญญัติรับรองให้ความคุ้มครองแก่คุ้มครองแก่ทรัพย์สินของประชาชนด้วยเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ นอกจากรัฐธรรมนูญจะคุ้มครองทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์จากการเวนคืนแล้ว รัฐธรรมนูญยังบัญญัติว่าบุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน โดยขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีของเครื่องหมายการค้าได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อีกทั้งประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPs ด้วย ดังนั้นการออกมาตรการชองบุหรีแบบเรียบจึงอาจจะกระทบต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หรือความตกลง TRIPs ด้วย ซึ่งตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วว่ามาตรการชองบุหรีแบบเรียบไม่ขัดต่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และความตกลง TRIPs เพราะฉะนั้นมาตรการชองบุหรีแบบเรียบจึงเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการวิเคราะห์ว่ามาตรการชองบุหรีแบบเรียบเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามที่อนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆได้มีการวินิจฉัยไว้ อาจสรุปได้ว่ามาตรการชองบุหรีแบบเรียบไม่ถึงขนาดที่ถือว่าการเวนคืนทางอ้อม

แต่อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อมของอนุญาโตตุลาการในคดีต่างๆมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แม้ว่าจากการวิเคราะห์จะพบว่ามาตรการชองบุหรีไม่ใช่การเวนคืนก็ตาม แต่คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง และในบางคดีอนุญาโตตุลาการก็มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและความตกลงเขตการค้าเสรีของไทยส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมไว้

ดังนั้นจึงควรจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การตีความแก่การเวนคืนทางอ้อมที่ชัดเจนไว้ในความตกลงด้วยเพื่อป้องกันปัญหาการตีความที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ดังเช่นที่กำหนดไว้ใน US Model BIT และ Canada Model BIT หรือในความตกลงว่าด้วยการลงทุน

อาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA) โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีสาระสำคัญตรงกันว่า

“การเวนคืนตามความตกลงนอกจากจะหมายถึงการเวนคืนทางตรงแล้ว ยังรวมไปถึงการเวนคืนทางอ้อมด้วย ลักษณะของการเวนคืนทางอ้อม คือ การกระทำหนึ่งหรือการกระทำหลายครั้งที่เกี่ยวข้องกันอย่างต่อเนื่องโดยรัฐภาคีซึ่งมีผลเทียบเท่าการเวนคืนทางตรงโดยปราศจากการโอนกรรมสิทธิ์อย่างเป็นทางการหรือการยึดทรัพย์โดยเปิดเผย นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีว่าก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อมหรือไม่ โดยพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(1) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำของรัฐ การกระทำของรัฐหรือการกระทำหลายอย่างของรัฐต้องส่งผลกระทบในทางลบต่อมูลค่าเศรษฐกิจของการลงทุน

(2) ผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปจากที่ผู้ลงทุนคาดหวังไว้ (reasonable investment-backed expectations)

(3) ลักษณะของมาตรการของรัฐ”

ซึ่งแต่ละความตกลงอาจกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการเวนคืนทางอ้อมให้มีความชัดเจนมากขึ้น เช่น ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) ได้ให้รายละเอียดแก่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปจากที่ผู้ลงทุนคาดหวังไว้ (reasonable investment-backed expectations) โดยกำหนดว่า “การกระทำของรัฐบาลละเมิดข้อผูกพันที่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐบาลที่ได้ให้ไว้ก่อนหน้าต่อผู้ลงทุนไม่ว่าจะโดยสัญญา ใบอนุญาต หรือเอกสารทางกฎหมายอื่นหรือไม่” จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าความคาดหวังแก่นักลงทุนจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อรัฐได้ให้ข้อผูกพันที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อผู้ลงทุนแล้ว เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการกำหนดการตีความการเวนคืนทางอ้อมไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่ยังมีความเสี่ยงที่อนุญาโตตุลาการจะตัดสินว่ามาตรการของรัฐเป็นการเวนคืนทางอ้อม

ดังนั้นจึงควรมีการบัญญัติข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อมสำหรับมาตรการของรัฐที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่รัฐในการที่จะออกมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และเกิดความชัดเจนแก่นักลงทุนต่างชาติที่

จะต้องยอมรับข้อจำกัดแก่การลงทุนก่อนที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ดังเช่นที่ได้มีการกำหนด ข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อมไว้ในความตกลง US Model BIT และ Canada Model BIT หรือ ความตกลงว่าด้วยการลงทุนอาเซียน (ACIA) โดยกำหนดว่า “มาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติของรัฐบาลที่ ถูกออกแบบและใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสวัสดิการสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สาธารณสุข ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม”

ดังนั้นเพื่อออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบ ควรมีการกำหนดข้อยกเว้นใน ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและความตกลงเขตการค้าเสรีที่มีบทบัญญัติว่าด้วย การคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนจากการเวนคืนของรัฐด้วย การออกมาตรการของบุหรี่แบบเรียบของ ไทยซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนซึ่งเป็นมาตรการที่จะได้รับยกเว้นว่ามีใช้ มาตรการที่เป็นการเวนคืนทางอ้อม

ทั้งนี้ข้อยกเว้นการเวนคืนทางอ้อมควรจะมีการบัญญัติโดยให้รายละเอียดที่ ชัดเจนว่ามาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสาธารณะจะไม่เป็นการเวนคืนทางอ้อมเนื่องจากมี กรณีตัวอย่างในคดี Phillip Morris v. Uruguay ที่อุรุกวัยอ้างว่ามาตรการควบคุมบรรจุภัณฑ์ยาสูบ ของอุรุกวัยเป็นไปตามข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ระหว่างสวิสเซอร์แลนด์กับอุรุกวัย แต่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้น สำหรับการอนุญาตให้เข้ามาลงทุนในรัฐเนื่องจากเป็นข้อยกเว้นที่บัญญัติอยู่ในส่วนของการส่งเสริม และการยอมรับ (Promotion and Admission) ไม่ได้เป็นข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่มีการเข้ามาลงทุน ในรัฐแล้ว เพราะฉะนั้นควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าเป็นข้อยกเว้นแก่สิทธิในการได้รับการคุ้มครอง กรณีใด

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าแม้ว่าจะมีการกำหนดข้อยกเว้นแก่มาตรการที่มี วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่มีการจำกัดว่ามาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง สาธารณะจะต้องไม่เป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติเพื่อไม่ให้รัฐใช้มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง ประโยชน์สาธารณะเป็นเครื่องมือในการกีดกันการลงทุนของรัฐอันเป็นการทำลายทรัพย์สินของนัก ลงทุน

นอกจากนี้มุมมองและทัศนคติของผู้พิจารณาคดีก็เป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจาก ผู้พิจารณาคดี เช่น อนุญาโตตุลาการ หรือศาล อาจยึดติดภาพลักษณ์ของยาสูบที่เป็นอันตรายต่อ สุขภาพของประชาชน จนให้ความสำคัญกับการคุ้มครองทรัพย์สินของนักลงทุนน้อยลง เช่น หาก เป็นกรณีที่โรงงานผลิตไฟฟ้าโซลาร์เซลล์ฟ้องว่าได้รับผลกระทบจากมาตรการของรัฐ มุมมองของผู้ตัดสิน อาจจะเปลี่ยนไป เพราะภาพลักษณ์ของธุรกิจที่รักษาสิ่งแวดล้อม ดังนั้นจึงสมควรที่อนุญาโตตุลาการ

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท รวมไปถึงศาลในประเทศต่างๆ ควรจะมีกระบวนการพิจารณาและรับฟังที่โปร่งใสเพื่อให้ความเป็นธรรมกับธุรกิจยาสูบด้วย¹⁷



¹⁷ Luke Nottage, "Investor – State Arbitration Policy and Practice after Philip Morris V Australia," [Online], Accessed: 29 April 2016. Updated: 3 August 2011. Available from: http://blogs.usyd.edu.au/japaneselaw/2011/07/isa_claim.html

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

เนื่องจากประเทศไทยเป็นภาคีในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก จึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าว แนวทางการดำเนินงานตามข้อ 11 และข้อ 13 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลกเสนอแนวทางที่จะทำให้การควบคุมยาสูบเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยกำหนดให้ภาคีจัดทำมาตรการเพื่อจำกัดหรือห้ามการใช้ภาพโลโก้ สี หรือตราหยีห่อ หรือข้อมูลเพื่อการโฆษณาบนห่อบรรจุภัณฑ์บุหรี แต่ให้ใช้ชื่อยี่ห้อและชื่อผลิตภัณฑ์ที่มีสีและตัวอักษรตามมาตรฐานที่กำหนด หรือเรียกว่า “มาตรการของบุหรีแบบเรียบ” อันมีวัตถุประสงค์ในการลดความดึงดูดใจของบรรจุภัณฑ์บุหรี ทำให้ลดการบริโภคบุหรีได้ปัจจุบัน กระทรวงสาธารณสุขของไทยกำลังเดินหน้าในการออกพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฉบับใหม่เพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงกลยุทธ์ทางการตลาดของผู้ประกอบการยาสูบ ซึ่งมีบทบัญญัติเปิดช่องให้นำมาตรการของบุหรีแบบเรียบมาบังคับใช้โดยกำหนดไว้ข้อ 37 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตามเกิดประเด็นว่ามาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นมาตรการที่กระทบต่อการค้าหรือการลงทุนของผู้ประกอบการต่างชาติหรือไม่ เพราะในอีกด้านหนึ่งประเทศไทยเป็นภาคีของความตกลงต่างๆขององค์การการค้าโลก (WTO) ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการค้าเสรี ประเทศไทยจึงมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีกับประเทศต่างๆ อีกทั้งประเทศไทยยังทำความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่างๆจึงมีหน้าที่ที่จะต้องรับรองแก่ผู้ลงทุนต่างชาติว่าการลงทุนของผู้ลงทุนจะไม่ถูกรบกวนจากปัจจัยทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศผู้รับการลงทุน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและความสอดคล้องกันระหว่างมาตรการของบุหรีแบบเรียบกับบทบัญญัติของความตกลงของ WTO ได้แก่ ความตกลง GATT ความตกลง TBT และความตกลง TRIPS ที่เกี่ยวข้องและหลักการเวนคืนการลงทุนทางอ้อมในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BIT) รวมถึงความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ระหว่างประเทศไทยและประเทศต่างๆด้วย ซึ่งจะพิจารณาในแต่ละประเด็น ดังต่อไปนี้

จากการศึกษาถึงความสอดคล้องของมาตรการของบุหรีแบบเรียบกับความตกลง GATT ความตกลง TBT และความตกลง TRIPS พบว่า

มาตรการของบุหรี่แบบเรียบของไทยไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผลิตภัณฑ์บุหรือนำเข้ากับบุหรี่ที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศอื่น ไม่ขัดต่อข้อ 1 วรรค 1 ของความตกลง GATT อีกทั้งยังไม่ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบุหรือนำเข้าและบุหรี่ที่ผลิตในประเทศ ไม่ขัดต่อข้อ 3 วรรค 4 เนื่องจากมาตรการของบุหรี่แบบเรียบของไทยบังคับใช้กับสินค้าชนิดเดียวกันทั้งหมด ไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติเฉพาะบุหรือนำเข้าจากประเทศใดประเทศหนึ่ง และมาตรการดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อ สภาพการแข่งขันของบุหรือนำเข้า เพราะฉะนั้นไทยไม่ได้ปฏิบัติต่อบุหรือนำเข้าด้อยไปกว่าบุหรี่ใน ประเทศ

นอกจากนี้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบในฐานะเป็นข้อบังคับทางเทคนิคจึงต้องพิจารณาถึงความ ตกลง TBT ด้วย แม้ว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบจะกระทบต่อโอกาสในการแข่งขันของสินค้านำเข้า แต่อย่างไรก็ตามไทยจะบังคับใช้มาตรการนี้กับบุหรือนำเข้าจากต่างประเทศและบุหรี่ใน ประเทศที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกันอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ใช่มาตรการที่ปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกัน แตกต่างกัน มาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่ใช่มาตรการที่เป็นไปตามอำเภอใจหรือมาตรการที่ เลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันเพราะฉะนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่ขัดต่อข้อ 2 วรรค 1 นอกจากนี้ TBT กำหนดให้ประเทศภาคีสามารถกำหนดข้อบังคับทางเทคนิคเพื่อป้องกันชีวิตหรือ สุขภาพของมนุษย์อันเป็นวัตถุประสงค์โดยชอบธรรมได้แต่ต้องไม่จำกัดการค้าเกินความจำเป็นที่จะ บรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมนั้น ซึ่งมาตรการของบุหรี่แบบเรียบเป็นมาตรการที่ทำให้สามารถ บรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการในการลดการบริโภคยาสูบได้จริง อีกทั้งไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่ จำกัดทางการค้าน้อยกว่า ดังนั้นมาตรการของบุหรี่แบบเรียบจึงไม่ขัดต่อข้อ 2 วรรค 2

สำหรับความตกลง TRIPS จากการพิจารณาพบว่าผู้ประกอบการยาสูบในฐานะเจ้าของ เครื่องหมายการค้ามิได้มีสิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่ยังมีสิทธิในการจดทะเบียนและมี สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าด้วย เนื่องจากมาตรการของบุหรี่แบบเรียบกำหนดห้ามใช้ เครื่องหมายการค้า และกำหนดให้ใช้ชื่อยี่ห้อ ตัวอักษร และสีสันของซองบรรจุภัณฑ์ให้เป็นไปตาม รูปแบบที่กำหนด จึงเกิดปัญหาว่ามาตรการดังกล่าวกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบการยาสูบอันเป็น การขัดต่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และความตกลง TRIPS หรือไม่

ประการที่หนึ่ง ผลกระทบต่อสิทธิในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า จากการวิเคราะห์ พบว่ามาตรการของบุหรี่แบบเรียบไม่ได้ห้ามการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ผู้ประกอบการยาสูบ จึงสามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าหาก เครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าไม่มี ลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าและต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับ เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว จึงเป็นเครื่องหมายการค้าที่อาจจดทะเบียนได้

ตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรการชองบุหรีแบบเรียบจึงไม่ได้เป็นการห้ามจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากลักษณะของสินค้า มาตรการชองบุหรีแบบเรียบจึงสอดคล้องกับข้อ 15 ของความตกลง TRIPs

อีกทั้งแม้ว่าผู้ประกอบการยาสูบที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว แต่มาตรการชองบุหรีแบบเรียบจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้า ทำให้ไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าได้ตามเจตนาของตนก็ไม่ถือเป็นการห้ามการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยปริยายด้วย จึงไม่ขัดต่อข้อ 15 วรรค 4 ของความตกลง TRIPs

นอกจากนี้การไม่ใช้เครื่องหมายการค้าเนื่องจากมาตรการชองบุหรีแบบเรียบไม่ได้เหตุให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เนื่องจากการไม่ใช้นั้นไม่ได้เกิดจากเจตนาของผู้ประกอบการยาสูบจึงไม่ขัดต่อมาตรา 63 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า และไม่ขัดต่อข้อ 19 ของความตกลง TRIPs

ประการที่สอง ผลกระทบต่อสิทธิหวงกันเครื่องหมายการค้าแม้ว่ามาตรการชองบุหรีแบบเรียบจะทำให้ชองบุหรียี่ห้อต่างๆมีรูปแบบตัวอักษรและสีสันทันเหมือนกัน แต่มาตรการชองบุหรีแบบเรียบไม่ได้ทำให้รัฐในฐานะบุคคลที่สามหรือผู้ประกอบการอื่นได้ใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นผู้ประกอบการยาสูบที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วอันจะทำให้เกิดความสับสน ดังนั้นมาตรการชองบุหรีจึงกระทบต่อสิทธิในการหวงกันของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 44 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าและข้อ 16 วรรค 1 ของความตกลง TRIPs

สิทธิที่ได้มาจากเครื่องหมายการค้าที่กำหนดไว้ในข้อ 17 ของความตกลง TRIPs หมายถึงสิทธิหวงกันตามข้อ 16 ของความตกลง TRIPs ดังนั้นเมื่อมาตรการชองบุหรีแบบเรียบไม่ใช่มาตรการที่กระทบต่อสิทธิหวงกันของผู้ประกอบการยาสูบตามข้อ 16 ของความตกลง TRIPs จึงไม่ต้องพิจารณาว่ามาตรการชองบุหรีแบบเรียบเป็นข้อยกเว้นตามข้อ 17 ของความตกลง TRIPs หรือไม่

ประการที่สาม ผลกระทบต่อสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบที่จดทะเบียนจะมีหรือประกอบด้วยกลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น คำที่ประดิษฐ์ขึ้น ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์ขึ้นซึ่งเป็นชื่อยี่ห้อ (Brand) ของสินค้าบุหรีนั้น ตามแนวทางของคำพิพากษาและการวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าซึ่งในการพิจารณาถึงความเหมือนคล้ายโดยให้ความสำคัญกับคำประดิษฐ์ โดยพิจารณาจากตัวสะกด การอ่านออกเสียง และจำนวนตัวอักษรประดิษฐ์ หากเครื่องหมายค่านั้นมีองค์ประกอบอื่นที่เหมือนหรือคล้ายกัน แต่มีตัวสะกด การอ่านออกเสียง และจำนวนตัวอักษรประดิษฐ์แตกต่างกัน เครื่องหมายการค้านี้ไม่ใช่เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกัน ดังนั้นแม้ว่ามาตรการชองบุหรีแบบเรียบ

กำหนดให้รูปลักษณ์และสีสันทองของบุหรีเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด แต่ยังคงอนุญาตให้ผู้ประกอบการยาสูบใช้ชื่อยี่ห้อได้ ชื่อยี่ห้อดังกล่าวจึงเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทคำประดิษฐ์ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะอยู่ตนเอง ยังสามารถทำหน้าที่ในการแยกแยะสินค้า และบ่งบอกแหล่งที่มา เพราะฉะนั้นมาตรการของบุหรีแบบเรียบจึงไม่กระทบต่อสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการยาสูบ และไม่กระทบต่อสิทธิของผู้บริโภคในการเลือกซื้อบุหรีด้วย ดังนั้นจึงไม่กระทบต่อค่าความนิยม (goodwill) ของสินค้าบุหรี

ทั้งนี้ข้อ 20 ของความตกลง TRIPs กำหนดห้ามมิให้ภาคีออกข้อกำหนดพิเศษที่เป็นการกีดกันการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างไม่สมเหตุสมผล ซึ่งในการตีความ “ความไม่สมเหตุสมผล” นี้อาศัยหลักการตีความตามกฎหมายจารีตประเพณีตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา และการตีความตามปฏิญาโตฮาว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้ากับการสาธารณสุขที่กำหนดเกี่ยวกับการตีความซึ่งส่งผลต่อการตีความความตกลง TRIPs ไปในทิศทางเดียวกันโดยให้คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs ตามข้อ 7 และข้อ 8 ที่เน้นถึงการให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ด้วย ดังนั้นมาตรการของบุหรีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์จึงเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผล มาตรการของบุหรีแบบเรียบจึงไม่ใช่ข้อกำหนดพิเศษที่กีดกันการใช้อย่างไม่สมเหตุสมผลที่จะขัดต่อข้อ 20 ของความตกลง TRIPs

เนื่องด้วยมาตรการของบุหรีแบบเรียบเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิการใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้นประเทศไทยควรบัญญัติถึงผลกระทบต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าของมาตรการของบุหรีแบบเรียบไว้ในร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... ตามแนวทางของประเทศออสเตรเลียและอังกฤษ อีกทั้งควรแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เกี่ยวกับสิทธิในเครื่องหมายการค้าสำหรับผลิตภัณฑ์บุหรีไว้โดยเฉพาะด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ประกอบการยาสูบเกี่ยวกับผลของมาตรการ

นอกจากมาตรการบรรจุภัณฑ์ยาสูบจะมีผลกระทบต่อการค้าบุหรีแล้ว มาตรการนี้ยังส่งผลต่อสิทธิในทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบด้วย ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศได้รับรองการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนไว้ โดยมีบทบัญญัติที่ห้ามการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชน ซึ่งจากการศึกษาบทบัญญัติเรื่องการเวนคืนทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และไทยพบว่า แต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนที่แตกต่างกัน ประเทศไทยกำหนดเฉพาะเรื่องการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไว้ในร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... ดังนั้นการออกมาตรการของบุหรีแบบเรียบจึงไม่ใช่มาตรการที่เป็นการเวนคืนทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะเครื่องหมายการค้า และค่าความนิยม (goodwill) ของผู้ประกอบการยาสูบ

การคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชนไม่ได้มีเฉพาะกฎหมายภายใน แต่ยังต้องพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยทำกับประเทศต่างๆซึ่งได้กำหนดให้ความคุ้มครองการลงทุนแก่นักลงทุน ได้แก่ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน รวมทั้งความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งแบบทวิภาคีและพหุภาคี ซึ่งการลงทุนที่ได้รับความคุ้มครองตามความตกลงต่าง ๆ นั้นหมายถึงหุ้น ทรัพย์สินทางปัญญา ค่าความนิยม และอาจรวมถึงผลประโยชน์ประกอบการของนักลงทุนด้วย โดยความตกลงได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนในการได้รับความคุ้มครองจากการเวนคืนทางอ้อมจากมาตรการของรัฐ และสิทธิในการที่จะได้รับค่าชดเชยเพื่อการนั้น การพิจารณาว่ามาตรการของบาหลีแบบเรียบของไทยเป็นการเวนคืนทางอ้อมที่รัฐมีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าชดเชยหรือไม่ พิจารณาจากแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องการเวนคืนทางอ้อมของอนุญาโตตุลาการ จากการศึกษาพบว่าการออกกฎหมายห้ามใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรการของบาหลีแบบเรียบไม่ได้เป็นการเวนคืน เนื่องจากผู้ประกอบการยาสูบยังคงดำเนินธุรกิจได้อยู่ อีกทั้งมาตรการดังกล่าวไม่ได้ทำลายความคาดหวังที่สมเหตุสมผลของผู้ประกอบการยาสูบเนื่องจากผู้ประกอบการทราบอยู่แล้วว่ามาตรการคุ้มครองสุขภาพมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับรัฐ นอกจากนี้มาตรการยังเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนระหว่างการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับผลกระทบทางเศรษฐกิจด้วยเพราะมาตรการสามารถทำให้วัตถุประสงค์ในการลดการบริโภคยาสูบบรรลุผลได้ ทั้งนี้มาตรการของบาหลีแบบเรียบมีการบัญญัติตามกระบวนการในการออกกฎหมาย และไม่ได้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนั้นมาตรการของบาหลีแบบเรียบจึงไม่ใช่การเวนคืนทางอ้อมตามความตกลงระหว่างประเทศ ไทยจึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าชดเชย

แม้ว่ามาตรการของบาหลีแบบเรียบจะไม่ใช่การเวนคืนเครื่องหมายการค้า หรือทรัพย์สินอื่นๆของผู้ประกอบการยาสูบตามหลักเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการต่างๆเคยวินิจฉัยก็ตาม แต่หลักเกณฑ์เหล่านั้นไม่ได้เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยสำหรับคดีอื่นๆ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของคดีต่างๆที่วินิจฉัยโดยอนุญาโตตุลาการที่มีการใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่อนุญาโตตุลาการจะตัดสินว่ามาตรการของบาหลีแบบเรียบเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดการเวนคืนทางอ้อมในทรัพย์สินของผู้ประกอบการยาสูบ ดังนั้นประเทศไทยจึงควรเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเวนคืนทางอ้อม และควรบัญญัติข้อยกเว้นแก่การเวนคืนทางอ้อมในกรณีที่มาตรการมีวัตถุประสงค์ด้านสาธารณสุขตามแนวทางของ US Model BIT 2012 Canada Model BIT หรือความตกลงการลงทุนเสรีอาเซียน (ACIA) ไว้ในความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ อาทิ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และความตกลงเขตการค้าเสรีที่มีข้อบทเรื่องการลงทุนด้วย เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่ประเทศไทยในการที่จะออกมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ด้านสาธารณสุข และเพื่อความชัดเจนแก่นักลงทุนต่างๆ

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าประเทศไทยสามารถใช้มาตรการของบาหลีแบบเรียบเพื่อประโยชน์ในการลดการบริโภคยาสูบเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์สูงสุดในการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของประชาชนได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมายภายในและความตกลงระหว่างประเทศ แต่ควรแก้ไขกฎหมายภายในและความตกลงที่คุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ประกอบการยาสูบและประเทศไทยเกี่ยวกับผลกระทบของมาตรการของบาหลีแบบเรียบ และอำนาจของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์

6.2 ข้อเสนอแนะ

(1) ควรบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้มาตรการของบาหลีแบบเรียบอันเป็นพันธกรณีตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนตามความมุ่งหมายของประเทศไทยที่มีการออกมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบเรื่อยมา

(2) ควรบัญญัติถึงผลกระทบของมาตรการของบาหลีแบบเรียบที่มีต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยกำหนดว่ามาตรการของบาหลีแบบเรียบไม่ส่งผลเป็นการห้ามการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอันไม่ใช่การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอย่างมีเงื่อนไข และไม่เป็นเหตุให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากไม่มีการใช้ไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ... นอกจากนี้ควรแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เกี่ยวกับสิทธิในเครื่องหมายการค้าสำหรับผลิตภัณฑ์บาหลีไว้โดยเฉพาะด้วย

(3) ควรเพิ่มเติมข้อบทในความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (BITs) และความตกลงการค้าเสรี (FTAs) ที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน ในเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาการเวนคืนทางอ้อมให้มีความชัดเจน และเพิ่มข้อบทเรื่องข้อยกเว้นสำหรับมาตรการของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของประชาชน

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555.
- ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาล. การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2538.
- ทัชชมัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: Gatt และ Wto: บททั่วไป. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.
- นัยนา เกิดวิชัย. รายงานการวิจัย เรื่อง การใช้ประโยชน์จากที่ดินที่รัฐเวนคืนจากประชาชน. 2549.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.
- ปิยารัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล. มาตรการเวนคืนทางอ้อม (Indirect Expropriation): ศึกษาแนวทางการตีความของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในข้อพิพาททางการลงทุน. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.
- มูลนิธิรณรงค์เพื่อการไม่สูบบุหรี่. สมุดปกขาว ข้อเท็จจริงและความจำเป็นของ ร่าง พ.ร.บ.ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ. 2558.
- มูลนิธิรณรงค์เพื่อการไม่สูบบุหรี่. หนึ่งทศวรรษกฎหมายบุหรี่โลก. 2558.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. แนวคิด หลักกฎหมาย และคำพิพากษา กฎหมายกับธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555.
- ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อควบคุมยาสูบ มหาวิทยาลัยมหิดล. สรุปสถานการณ์ปัจจัยเสี่ยงหลักด้านยาสูบของประเทศไทย พ.ศ.2557. กรุงเทพฯ: เจริญดีมั่นคงการพิมพ์, 2557.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากมาตรการเวนคืนทรัพย์สินโดยรัฐ: สิ่งไทยต้องระวังในการใช้บังคับกฎหมาย. รายงานที่ตีอาร์ไอ 49(2550).
- หนังสือพิมพ์แนวหน้า. ภาพคำเตือนบนซองบุหรี่ทำเลทอง “มูลค่า — อำนาจ” [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.naewna.com/scoop/69041 [เข้าถึงเมื่อ 17 สิงหาคม 2557 วันที่ 18 กันยายน 2556]

ภาษาอังกฤษ

Andrew D. Mitchell. Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and Its Wto Compatibility. Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy 5, 2 (2010).

August Reinisch. Standards of Investment Protection. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Bill Higgins. Regulatory Takings and Land Use Regulation: A Primer for Public Agency Staff. California: Institute for Local Government, 2006.

Carlos M. Correa. Implications of the Doha Declaration on Trips Agreement and Public Health. Geneva: World Health Organization, 2002.

Carlos M. Correa. Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on The trips Agreement. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Daniel Gervais. The Trips Agreement Drafting History and Analysis. 2 ed. London: Sweet Maxwell, 2005.

David Hammond. Fctc Article 11 Fact Sheet Misleading Information and Plain Packaging [Online]. Available from: http://www.fctc.org/images/stories/2008/COP-3_Article_11_Fact_Sheet_Misleading_information.pdf [2 February 2016].

Frederick M. Abbott. The "Rule of Reason" and the Right to Health: Integrating Human Rights and Competition Principles in the Context of Trips. In Human Rights and International Trade. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Irene Calboli. Trademark Assignment "with Goodwill": A Concept Whose Time Has Gone. Florida Law Review 57, 4 (2005).

J. Thomas McCarthy, R. E. S. a. D. J. F. Mccarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property. 3 ed. Washington, D.C.: BNA Books, 2004.

James Thou Gathii. The Legal Status of the Doha Declaration on Trips and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties. Harvard Journal of Law & Technology 45, 2 (2002).

- Jeswald W. Salacuse. The Law of Investment Treaties. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Jonathan Bonnitcha. Safeguards to Isds: Benefits and Challenges of General and Security Exception Provisions in Bits. การเสวนาภายใต้หัวข้อ "What does Thailand need in its Model BIT?".
- Jonathan Charlone. An Added Exception to the Tbt Agreement after Clove, Tuna li, and Cool. Boston College International and Comparative Law Review 37, 1 (2014).
- Luke Nottage. Investor – State Arbitration Policy and Practice after Philip Morris V Australia [Online]. 2011. Available from: http://blogs.usyd.edu.au/japaneselaw/2011/07/isa_claim.html [29 April 2016. 3 August 2011]
- Matthew Thomas. Tobacco Plain Packaging Bill 2011. Bills Digest 35, 2011-12 (2011).
- Michelle Scollo and Margaret Winstanley. Tobacco in Australia: Facts & Issues [Online]. 2015. Available from: <http://www.tobaccoinaustralia.org.au/> [25 April 2016.
- Peter Muchlinski Federico Ortino and Christoph Schreuer. The Oxford Handbook of International Investment Law. United States Oxford University Press, 2008.
- Peter Van den Bossche and Werner Zdouc. The Law and Policy of the World Trade Organization. 3 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2013.
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer. Principles of International Investment Law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Susy Frankel and Daniel Gervais. Plain Packaging and the Interpretation of the Trips Agreement. Vanderbilt Journal of Transnational Law 46, 5 (2013).
- Tania Voon and Andrew Mitchell. Face Off: Assessing Wto Challenges to Australia's Scheme for Plain Tobacco Packaging Public Law Review 22 (2011).
- The Department of Health of Australia Government. Introduction of Tobacco Plain Packaging in Australia [Online]. 2016. Available from: <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-plain> [1 June 2016. 27 May 2016]

- Tsai-yu Lin. The Status of Fctc in the Interpretation of Compensable Indirect Expropriation and the Right to Adopt "Stricter" Tobacco Control Measures under Bits. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy 9, 1 (2014).
- World Health Organization. [Online]. 2016. Available from: <http://www.who.int/topics/tobacco/en/> [15 April 2016].
- World Health Organization. World No Tobacco Day 2016: Get Ready for Plain Packaging [Online]. 2016. Available from: <http://www.who.int/campaigns/no-tobacco-day/2016/event/en/> 31 May 2016]
- World Intellectual Property Organization. Background Reading Material on Intellectual Property. 1988.
- World Intellectual Property Organization. The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book. 3 ed.: 2013.
- World Trade Organization. Scope and Definitions: "Investment" and "Investor". 2002.
- Yoshimichi Ishikawa. Plain Packaging Requirements and Article 2.2 of the Tbt Agreement. Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 30 (2014).



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก

ร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ

ฉบับสมบูรณ์ (๒๗ ต.ค. ๒๕๕๗) โดยสำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข

โดยที่เป็นการสมควรรวบรวมและปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“ผลิตภัณฑ์ยาสูบ” หมายความว่า

(๑) ผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของใบยาสูบหรือพีชนิโคเทียนาตาแบกักัม (NICOTIANATABACUM) รวมถึงผลิตภัณฑ์อื่นใดที่มีสารนิโคตินเป็นส่วนประกอบ ซึ่งบริโภคโดยวิธีสูบบุหรี่ ดม อม เคี้ยว กิน เป่าหรือพ่นเข้าไปในปากหรือจมูก ทา หรือโดยวิธีอื่นใดเพื่อให้ได้ผลเป็นเช่นเดียวกัน

(๒) ผลิตภัณฑ์อื่นใดที่บริโภคโดยการสูบบุหรี่ซึ่งมีสารที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ เช่น มอระกู่ บุหรี่อิเล็กทรอนิกส์

ผลิตภัณฑ์ตาม(๑)และ(๒)ให้ยกเว้นยาตามกฎหมายว่าด้วยยา

“ผู้เป็นโรคเสพติดผลิตภัณฑ์ยาสูบ” หมายความว่า บุคคลที่ต้องบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นประจำและตกอยู่ในสภาพที่จำเป็นต้องพึ่งผลิตภัณฑ์ยาสูบนั้น

“หีบห่อ” หมายความว่า ซอง ห่อ หรือสิ่งบรรจุอื่นซึ่งใช้ในการหุ้มห่อบรรจุผลิตภัณฑ์ยาสูบ

“การโฆษณา” หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

“การสื่อสารการตลาด” หมายความว่า การกระทำในรูปแบบต่างๆโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขายสินค้าและบริการ หรือสร้างภาพลักษณ์ โดยการโฆษณา

การประชาสัมพันธ์ การสร้างข่าว การเผยแพร่ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดง ณ จุดขาย การตลาดแบบตรง การขายหรือส่งเสริมการขายโดยใช้บุคคลเป็นการเฉพาะ และการตลาดในเครือข่ายคอมพิวเตอร์

“ข้อความ” หมายความว่า รวมถึง ตัวอักษร ภาพ ภาพเคลื่อนไหว แสง เสียง เครื่องหมาย หรือ สิ่งอื่นใดที่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้

“ฉลาก” หมายความว่า รูป รอยประดิษฐ์ กระจกหรือสิ่งอื่นใดที่ทำให้ปรากฏข้อความเกี่ยวกับสินค้าซึ่งแสดงไว้ที่สินค้า ภาชนะบรรจุหรือหีบห่อบรรจุสินค้า หรือสอดแทรกหรือรวมไว้กับสินค้า ภาชนะบรรจุหรือหีบห่อบรรจุสินค้า และให้หมายความรวมถึงเอกสาร คู่มือสำหรับใช้ประกอบกับสินค้านั้น

“ขาย” หมายความว่า รวมถึง จำหน่าย จ่าย แจก แลกเปลี่ยน ให้ เพื่อประโยชน์ทางการค้า

“ผู้ดำเนินการ” หมายความว่า เจ้าของ ผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของ สาธารณะ สถานที่ทำงาน ยานพาหนะนั้นๆ ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นเขตปลอดบุหรี่

“สูบบุหรี่” หมายความว่า การกระทำใดๆ ซึ่งมีผลทำให้เกิดควันหรือไอระเหยจากผลิตภัณฑ์ ยาสูบ และหมายรวมถึงการครอบครองผลิตภัณฑ์ยาสูบซึ่งเกิดควันหรือไอระเหยแล้ว

“เขตปลอดบุหรี่” หมายความว่า บริเวณที่ห้ามสูบบุหรี่

“เขตสูบบุหรี่” หมายความว่า บริเวณที่สูบบุหรี่ได้ภายในเขตปลอดบุหรี่

“สถานที่สาธารณะ” หมายความว่า สถานที่ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีการซื้อเชิญ หรือต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม

“สถานที่ทำงาน” หมายความว่า สถานที่ใดๆ ที่บุคคลใช้ทำงาน หรือมีการว่าจ้างให้ทำงาน รวมทั้งสถานที่ทุกแห่งที่มีคนทำงาน ไม่ว่าจะได้รับค่าจ้าง ค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม และให้ หมายรวมถึงสถานที่อื่นๆ ที่คนทำงานใช้ร่วมกันด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่สถานที่ทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง การรับงานไปทำที่บ้าน

“ยานพาหนะ” หมายความว่า ยานพาหนะสาธารณะ ยานพาหนะอื่นใดทั้งของภาครัฐและ ภาคเอกชนที่ใช้ในการรับขนส่งบุคคล ทั้งนี้ ให้หมายรวมถึงยานพาหนะรับจ้างส่วนบุคคล

“คณะกรรมการนโยบาย” หมายความว่า คณะกรรมการนโยบายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ แห่งชาติ

“คณะกรรมการอำนวยการ” หมายความว่า คณะกรรมการอำนวยการควบคุม ผลิตภัณฑ์ยาสูบแห่งชาติ

“สำนักงาน” หมายความว่า สำนักงานคณะกรรมการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการ ตามพระราชบัญญัตินี้

“ผู้อำนวยการ” หมายความว่า ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการควบคุม ผลิตภัณฑ์ยาสูบ

“อธิบดี” หมายความว่า อธิบดีกรมควบคุมโรค

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๓๗ ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องจัดให้หีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือ ผลิตภัณฑ์ยาสูบ มีขนาด สี สัญลักษณ์ ฉลาก รวมทั้งลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศโดยคำแนะนำของคณะกรรมการอำนวยการ ก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักร แล้วแต่กรณี

ห้ามผู้ใดขายผลิตภัณฑ์ยาสูบที่มีได้จัดให้มีหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามที่กำหนดในวรรคหนึ่ง

เพื่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน ให้มีการปรับปรุงประกาศตามวรรค หนึ่งอย่างน้อยทุกสองปี

มิให้นำกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา มาใช้กับการแสดงหีบห่อตามมาตรานี้

ภาคผนวก ข**WHO Framework Convention Tobacco Control (WHO FCTC)****Preamble**

The Parties to this Convention,

Determined to give priority to their right to protect public health,

Recognizing that the spread of the tobacco epidemic is a global problem with serious consequences for public health that calls for the widest possible international cooperation and the participation of all countries in an effective, appropriate and comprehensive international response,

Reflecting the concern of the international community about the devastating worldwide health, social, economic and environmental consequences of tobacco consumption and exposure to tobacco smoke,

Seriously concerned about the increase in the worldwide consumption and production of cigarettes and other tobacco products, particularly in developing countries, as well as about the burden this places on families, on the poor, and on national health systems,

Recognizing that scientific evidence has unequivocally established that tobacco consumption and exposure to tobacco smoke cause death, disease and disability, and that there is a time lag between the exposure to smoking and the other uses of tobacco products and the onset of tobacco-related diseases,

Recognizing also that cigarettes and some other products containing tobacco are highly engineered so as to create and maintain dependence, and that many of the compounds they contain and the smoke they produce are pharmacologically

active, toxic, mutagenic and carcinogenic, and that tobacco dependence is separately classified as a disorder in major international classifications of diseases,

Acknowledging that there is clear scientific evidence that prenatal exposure to tobacco smoke causes adverse health and developmental conditions for children,

Deeply concerned about the escalation in smoking and other forms of tobacco consumption by children and adolescents worldwide, particularly smoking at increasingly early ages,

Alarmed by the increase in smoking and other forms of tobacco consumption by women and young girls worldwide and keeping in mind the need for full participation of women at all levels of policy-making and implementation and the need for gender-specific tobacco control strategies,

Deeply concerned about the high levels of smoking and other forms of tobacco consumption by indigenous peoples,

Seriously concerned about the impact of all forms of advertising, promotion and sponsorship aimed at encouraging the use of tobacco products,

Recognizing that cooperative action is necessary to eliminate all forms of illicit trade in cigarettes and other tobacco products, including smuggling, illicit manufacturing and counterfeiting,

Acknowledging that tobacco control at all levels and particularly in developing countries and in countries with economies in transition requires sufficient financial and technical resources commensurate with the current and projected need for tobacco control activities,

Recognizing the need to develop appropriate mechanisms to address the long-term social and economic implications of successful tobacco demand reduction strategies,

Mindful of the social and economic difficulties that tobacco control programmes may engender in the medium and long term in some developing countries and countries with economies in transition, and recognizing their need for technical and financial assistance in the context of nationally developed strategies for sustainable development,

Conscious of the valuable work being conducted by many States on tobacco control and commending the leadership of the World Health Organization as well as the efforts of other organizations and bodies of the United Nations system and other international and regional intergovernmental organizations in developing measures on tobacco control,

Emphasizing the special contribution of nongovernmental organizations and other members of civil society not affiliated with the tobacco industry, including health professional bodies, women's, youth, environmental and consumer groups, and academic and health care institutions, to tobacco control efforts nationally and internationally and the vital importance of their participation in national and international tobacco control efforts,

Recognizing the need to be alert to any efforts by the tobacco industry to undermine or subvert tobacco control efforts and the need to be informed of activities of the tobacco industry that have a negative impact on tobacco control efforts,

Recalling Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the United Nations General Assembly on 16 December 1966, which states that it is the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health,

Recalling also the preamble to the Constitution of the World Health Organization, which states that the enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition,

Determined to promote measures of tobacco control based on current and relevant scientific, technical and economic considerations,

Recalling that the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adopted by the United Nations General Assembly on 18 December 1979, provides that States Parties to that Convention shall take appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care,

Recalling further that the Convention on the Rights of the Child, adopted by the United Nations General Assembly on 20 November 1989, provides that States Parties to that Convention recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health,

Have agreed, as follows:

Part I: Introduction

Article 1 Use of terms

For the purposes of this Convention:

(a) “illicit trade” means any practice or conduct prohibited by law and which relates to production, shipment, receipt, possession, distribution, sale or purchase including any practice or conduct intended to facilitate such activity;

(b) “regional economic integration organization” means an organization that is composed of several sovereign states, and to which its Member States have transferred competence over a range of matters, including the authority to make decisions binding on its Member States in respect of those matters;¹

(c) “tobacco advertising and promotion” means any form of commercial communication, recommendation or action with the aim, effect or likely effect of promoting a tobacco product or tobacco use either directly or indirectly;

(d) “tobacco control” means a range of supply, demand and harm reduction strategies that aim to improve the health of a population by eliminating or reducing their consumption of tobacco products and exposure to tobacco smoke;

(e) “tobacco industry” means tobacco manufacturers, wholesale distributors and importers of tobacco products;

(f) “tobacco products” means products entirely or partly made of the leaf tobacco as raw material which are manufactured to be used for smoking, sucking, chewing or snuffing;

(g) “tobacco sponsorship” means any form of contribution to any event, activity or individual with the aim, effect or likely effect of promoting a tobacco product or tobacco use either directly or indirectly;

Article 11 Packaging and labelling of tobacco products

1. Each Party shall, within a period of three years after entry into force of this Convention for that Party, adopt and implement, in accordance with its national law, effective measures to ensure that:

(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”; and

(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.

2. Each unit packet and package of tobacco products and any outside packaging and labelling of such products shall, in addition to the warnings specified in paragraph 1(b) of this Article, contain information on relevant constituents and emissions of tobacco products as defined by national authorities.

3. Each Party shall require that the warnings and other textual information specified in paragraphs 1(b) and paragraph 2 of this Article will appear on each unit packet and package of tobacco products and any outside packaging and labelling of such products in its principal language or languages.

4. For the purposes of this Article, the term “outside packaging and labelling” in relation to tobacco products applies to any packaging and labelling used in the retail sale of the product.

Article 13 Tobacco advertising, promotion and sponsorship

1. Parties recognize that a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship would reduce the consumption of tobacco products.

2. Each Party shall, in accordance with its constitution or constitutional principles, undertake a comprehensive ban of all tobacco advertising, promotion and sponsorship. This shall include, subject to the legal environment and technical means available to that Party, a comprehensive ban on cross-border advertising, promotion and sponsorship originating from its territory. In this respect, within the period of five years after entry into force of this Convention for that Party, each Party shall undertake appropriate legislative, executive, administrative and/or other measures and report accordingly in conformity with Article 21.

3. A Party that is not in a position to undertake a comprehensive ban due to its constitution or constitutional principles shall apply restrictions on all tobacco advertising, promotion and sponsorship. This shall include, subject to the legal environment and technical means available to that Party, restrictions or a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship originating from its territory with cross-border effects. In this respect, each Party shall undertake appropriate legislative, executive, administrative and/or other measures and report accordingly in conformity with Article 21.

4. As a minimum, and in accordance with its constitution or constitutional principles, each Party shall:

(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;

(b) require that health or other appropriate warnings or messages accompany all tobacco advertising and, as appropriate, promotion and sponsorship;

(c) restrict the use of direct or indirect incentives that encourage the purchase of tobacco products by the public;

(d) require, if it does not have a comprehensive ban, the disclosure to relevant governmental authorities of expenditures by the tobacco industry on advertising, promotion and sponsorship not yet prohibited. Those authorities may decide to make those figures available, subject to national law, to the public and to the Conference of the Parties, pursuant to Article 21;

(e) undertake a comprehensive ban or, in the case of a Party that is not in a position to undertake a comprehensive ban due to its constitution or constitutional principles, restrict tobacco advertising, promotion and sponsorship on radio, television, print media and, as appropriate, other media, such as the internet, within a period of five years; and

(f) prohibit, or in the case of a Party that is not in a position to prohibit due to its constitution or constitutional principles restrict, tobacco sponsorship of international events, activities and/or participants therein.

5. Parties are encouraged to implement measures beyond the obligations set out in paragraph 4.

6. Parties shall cooperate in the development of technologies and other means necessary to facilitate the elimination of cross-border advertising.

7. Parties which have a ban on certain forms of tobacco advertising, promotion and sponsorship have the sovereign right to ban those forms of cross-border tobacco advertising, promotion and sponsorship entering their territory and to impose equal penalties as those applicable to domestic advertising, promotion and sponsorship originating from their territory in accordance with their national law. This paragraph does not endorse or approve of any particular penalty.

8. Parties shall consider the elaboration of a protocol setting out appropriate measures that require international collaboration for a comprehensive ban on cross-border advertising, promotion and sponsorship



ภาคผนวก ค

Guidelines for implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Packaging and labelling of tobacco products)

Purpose, principles and use of terms

Purpose

1. Consistent with other provisions of the WHO Framework Convention on Tobacco Control and the intentions of the Conference of the Parties to the Convention, these guidelines are intended to assist Parties in meeting their obligations under Article 11 of the Convention, and to propose measures that Parties can use to increase the effectiveness of their packaging and labeling measures. Article 11 stipulates that each Party shall adopt and implement effective packaging and labelling measures within a period of three years after entry into force of the Convention for that Party.

Principles

2. In order to achieve the objectives of the Convention and its protocols and to ensure successful implementation of its provisions, Article 4 of the Convention states that Parties shall be guided, inter alia, by the principle that every person should be informed of the health consequences, addictive nature and mortal threat posed by tobacco consumption and exposure to tobacco smoke.

3. Globally, many people are not fully aware of, misunderstand or underestimate the risks for morbidity and premature mortality due to tobacco use and exposure to tobacco smoke. Well-designed health warnings and messages on tobacco product packages have been shown to be a cost-effective means to increase public awareness of the health effects of tobacco use and to be effective in reducing tobacco consumption. Effective health warnings

and messages and other tobacco product packaging and labelling measures are key components of a comprehensive, integrated approach to tobacco control.

4. Parties should consider the evidence and the experience of others when determining new packaging and labelling measures and aim to implement the most effective measures they can achieve.

5. As provided for in Articles 20 and 22 of the Convention, international collaboration and mutual support are fundamental principles for strengthening the capacity of Parties to implement fully and improve the effectiveness of Article 11 of the Convention.

Use of terms

6. For the purposes of these guidelines:-

“legal measures” means any legal instrument that contains or establishes obligations, requirements or prohibitions, according to the law of the relevant jurisdiction. Examples of such instruments include, but are not limited to acts, laws, regulations and administrative or executive orders;

- “insert” means any communication inside an individual package and/or carton purchased at retail by consumers, such as a miniature leaflet or brochure.

- “onsert” means any communication affixed to the outside of an individual package and/or carton purchased at retail by consumers, such as a miniature brochure beneath the outer cellophane wrapping or glued to the outside of the cigarette package.

Plain packaging

46. Parties should consider adopting measures to restrict or prohibit the use of logos, colours, brand images or promotional information on packaging other than brand

names and product names displayed in a standard colour and font style (plain packaging). This may increase the noticeability and effectiveness of health warnings and messages, prevent the package from detracting attention from them, and address industry package design techniques that may suggest that some products are less harmful than others.



ภาคผนวก ง

Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship)

Purpose and Objectives

1. The purpose of these guidelines is to assist Parties in meeting their obligations under Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control. They draw on the best available evidence and the experience of Parties that have successfully implemented effective measures against tobacco advertising, promotion and sponsorship. They give Parties guidance for introducing and enforcing a comprehensive ban on tobacco advertising, promotion and sponsorship or, for those Parties that are not in a position to undertake a comprehensive ban owing to their constitutions or constitutional principles, for applying restrictions on tobacco advertising, promotion and sponsorship that are as comprehensive as possible.

2. These guidelines provide guidance on the best ways to implement Article 13 of the Convention in order to eliminate tobacco advertising, promotion and sponsorship effectively at both domestic and international levels.

3. The following principles apply:

(a) It is well documented that tobacco advertising, promotion and sponsorship increase tobacco use and that comprehensive bans on tobacco advertising, promotion and sponsorship decrease tobacco use.

(b) An effective ban on tobacco advertising, promotion and sponsorship should, as recognized by Parties to the Convention in Articles 13.1 and

13.2, be comprehensive and applicable to all tobacco advertising, promotion and sponsorship.

(c) According to the definitions in Article 1 of the Convention, a comprehensive ban on all tobacco advertising, promotion and sponsorship applies to all forms of commercial communication, recommendation or action and all forms of contribution to any event, activity or individual with the aim, effect, or likely effect of promoting a tobacco product or tobacco use either directly or indirectly.

(d) A comprehensive ban on tobacco advertising, promotion and sponsorship should include cross-border advertising, promotion and sponsorship. This includes both outflowing advertising, promotion and sponsorship (originating from a Party's territory) and in-flowing advertising, promotion and sponsorship (entering a Party's territory).

(e) To be effective, a comprehensive ban should address all persons or entities involved in the production, placement and/or dissemination of tobacco advertising, promotion and sponsorship.

(f) Effective monitoring, enforcement and sanctions supported and facilitated by strong public education and community awareness programmes are essential for implementation of a comprehensive ban on tobacco advertising, promotion and sponsorship.

(g) Civil society has a central role in building support for, developing and ensuring compliance with laws addressing tobacco advertising, promotion and sponsorship, and it should be included as an active partner in this process.

(h) Effective international cooperation is fundamental to the elimination of both domestic and cross-border tobacco advertising, promotion and sponsorship. Packaging and product features⁴

15. Packaging is an important element of advertising and promotion. Tobacco pack or product features are used in various ways to attract consumers, to promote products and to cultivate and promote brand identity, for example by using logos, colours, fonts, pictures, shapes and materials on or in packs or on individual cigarettes or other tobacco products.

16. The effect of advertising or promotion on packaging can be eliminated by requiring plain packaging: black and white or two other contrasting colours, as prescribed by national authorities; nothing other than a brand name, a product name and/or manufacturer's name, contact details and the quantity of product in the packaging, without any logos or other features apart from health warnings, tax stamps and other government-mandated information or markings; prescribed font style and size; and standardized shape, size and materials. There should be no advertising or promotion inside or attached to the package or on individual cigarettes or other tobacco products.

17. If plain packaging is not yet mandated, the restriction should cover as many as possible of the design features that make tobacco products more attractive to consumers such as animal or other figures, "fun" phrases, coloured cigarette papers, attractive smells, novelty or seasonal packs. Recommendation Packaging and product design are important elements of advertising and promotion. Parties should consider adopting plain packaging requirements to eliminate the effects of advertising or promotion on packaging. Packaging, individual cigarettes or other tobacco products

should carry no advertising or promotion, including design features that make products attractive.



ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวพลอย สีตะสุต เกิดเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม พ.ศ. 2532 สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในปี พ.ศ. 2555 และในปีเดียวกันได้เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโท สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ขณะศึกษาได้เป็นผู้ช่วยอาจารย์ของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยันติ ไกรกาญจน์ และมีประสบการณ์ทำงานในตำแหน่ง Procurement Analyst ที่บริษัท พีทีที โกลบอล เคมิคอล จำกัด (มหาชน)

