

วิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายกรณีการใช้  
“มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบ”  
ในการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบในประเทศไทย  
Legal Analysis of Using “Plain Packaging Policy”  
to Reduce Tobacco Consumption in Thailand

ปวีณี ไพรทอง<sup>1</sup>

คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยนเรศวร, 99 หมู่ 9 ตำบลท่าโพธิ์ อำเภอเมือง จังหวัดพิษณุโลก 65000,  
เมลล์ติดต่อ: elle\_cu@hotmail.com

Pawinee Praithong<sup>2</sup>

Faculty of Law, Naresuan University, 99 Moo 9 Mueang, Phitsanulok 65000,  
E-mail: elle\_cu@hotmail.com

### บทคัดย่อ

มาตรการซองบุหรี่แบบเรียบเป็นมาตรการที่รัฐกำหนดรูปแบบบรรจุภัณฑ์ยาสูบ และห้ามใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อเป็นการลดแรงจูงใจของผู้บริโภค โดยมาตรการดังกล่าว ออกสเตรเลียเป็นประเทศแรกที่น่ามาใช้โดยนโยบายนี้สอดคล้องกับ Article 11 ของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ (FCTC) อย่างไรก็ดี การจำกัดห้ามใช้เครื่องหมายการค้าย่อมส่งผลกระทบต่อผู้เป็นเจ้าของหลายประการ ดังนั้น บทวิเคราะห์นี้จึงเป็นการวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการใช้มาตรการซองเรียบในประเทศไทยกับประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะผลกระทบต่อผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า และควรคำนึงถึงหลักกฎหมายอื่นๆ ด้วย เช่น การให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ในการประกอบการพิจารณาปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบต่อไป

**คำสำคัญ:** มาตรการซองเรียบ, เครื่องหมายการค้า, ทรัพย์สินทางปัญญา, กรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ

<sup>1</sup> อาจารย์ประจำ

<sup>2</sup> Lecturer



## Abstract

Tobacco Plain Packaging is the legal measure enforced by government in order to reduce consumers' incentive. Such policy has been first launched by Australia, which adopted from article 11 of WHO Framework Convention on Tobacco Control. The restriction of using trademarks, however, affects trademarks owner in many aspects. This article analyses legal issues regarding plain packaging possibly used in Thailand in the future especially the right of the owner and the subordinate legislation. This paper could be useful for the revision of the draft of the Tobacco Products Control Act.

**Keywords:** Plain Packaging, Trademarks, Intellectual Property, WHO Framework Convention on Tobacco Control

## 1. บทนำ

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศแรกที่เริ่มใช้มาตรการของบุหรี่แบบเรียบหรือ Plain Packaging ซึ่งเป็นหนึ่งในมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการลดจำนวนผู้สูบบุหรี่และป้องกันเยาวชนให้เข้าถึงการซื้อบุหรี่มากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดี มาตรการดังกล่าวเปรียบเสมือนเหรียญที่มีสองด้าน กล่าวคือ แม้มาตรการของเรียบจะเป็นเสมือนเครื่องมือช่วยลดจำนวนผู้บริโภคยาสูบด้านหนึ่ง แต่อีกด้านหนึ่งมาตรการของเรียบได้ละเมิดสิทธิของผู้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาสูบบางประการ โดยเฉพาะการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าที่มีมูลค่าทางการพาณิชย์มหาศาล บทความนี้จึงเป็นการวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องของมาตรการของเรียบหากมีการนำมาตรการนี้มาใช้ในประเทศไทย และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้บริโภคเมื่อมีการนำมาตรการของเรียบดังกล่าวมาใช้ ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ในการประกอบการพิจารณาปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฯ

## 2. วิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายกรณีการใช้ “มาตรการของเรียบ” ในการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบในประเทศไทย

### 2.1 มาตรการของเรียบ หรือ Plain Packaging คืออะไร

มาตรการผลิตภัณฑ์ของเรียบ (Plain Packaging) หมายถึง มาตรการที่รัฐกำหนดรูปแบบของผลิตภัณฑ์ยาสูบมิให้เป็นที่ดึงดูดของผู้บริโภค เช่น การกำหนดสีของซองผลิตภัณฑ์ยาสูบให้เป็นสีที่ไม่ดึงดูดความสนใจของผู้บริโภค แสดงคำเตือนและรูปภาพโทษของการบริโภคยาสูบ รูปแบบตัวอักษรของชื่อทางการค้าและตำแหน่งของชื่อทางการค้า ห้ามมิให้ใช้เครื่องหมายการค้าบนตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบ เป็นต้น ซึ่งประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศแรกที่บังคับใช้มาตรการนี้ โดยบัญญัติใน the Tobacco Plain Packaging Act of 2011



ภาพตัวอย่าง ของเรียบซึ่งเป็นมาตรการในการลดจำนวนผู้สูบบุหรี่ของประเทศออสเตรเลีย<sup>3</sup>

## 2.2 ที่มาของการใช้มาตรการของเรียบและประเทศที่ใช้มาตรการของเรียบ

ในปี ค.ศ. 1986 แพทย์ชาวแคนาดาได้เสนอแนวความคิดให้รัฐบาลแคนาดาทบทวน มาตรการควบคุมการบริโภคยาสูบด้วยการเปลี่ยนรูปแบบห่อบรรจุผลิตภัณฑ์เป็นสีน้ำตาลและ รัฐบาลรับฟังและได้พัฒนาแนวความคิดเป็นการควบคุมรูปแบบของบรรจุโดยกำหนดให้ต้องเป็น ไปตามที่รัฐบาลกำหนดเท่านั้น ต่อมารัฐบาลนิวซีแลนด์ได้มีความพยายามในการรณรงค์การลด การสูบบุหรี่โดยการควบคุมการโฆษณารวมทั้งการควบคุมรูปแบบของบุหรี่ด้วยโดยเรียกนโยบายนี้ ว่า “the Coalition Against Tobacco Advertising and Promotion” ในปี พ.ศ. 1989 ภายหลัง เพียงไม่นาน สหราชอาณาจักรได้มีแนวความคิดเช่นเดียวกันโดยคิดว่ารัฐบาลควรควบคุม รูปแบบบรรจุภัณฑ์ยาสูบหรือซองบุหรี่โดยให้มีรูปแบบมาตรฐาน (a Uniform typeface) เรียบง่าย และประกอบด้วยคำเตือนโทษของบุหรี่<sup>4</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ.1996 มีการจัดประชุมของสมัชชาองค์การอนามัยโลก (World Health Organization- WHO) ประเทศสมาชิกได้เรียกร้องให้มีการจัดทำความตกลงในการร่วมกันลด จำนวนผู้สูบบุหรี่ โดยอนุสัญญาฉบับนี้มีผลผูกพันประเทศภาคีสมาชิกซึ่งเรียกว่า “**กรอบ อนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมการบริโภคยาสูบ**” หรือ (the WHO Framework Convention on Tobacco Control: FCTC) โดยให้ประเทศสมาชิกดำเนินการป้องกัน ลดและควบคุมจำนวน

<sup>3</sup> Rowena Dela Rosa Yoon, (2015), **Tobacco giants target Australia’s plain packaging legislation**, Retrieved January 10, 2016, from <https://asiancorrespondent.com/2015/10/tobacco-giants-target-australias-plain-packaging-legislation/>,

<sup>4</sup> Tobacca tactics, (n.d.), **History of Plain Packaging: Developing the Intellectual Property**, Retrieved January 10, 2559, from [http://www.tobaccotactics.org/index.php/History\\_of\\_Plain\\_Packaging:\\_Developing\\_the\\_Intellectual\\_Property\\_Argument](http://www.tobaccotactics.org/index.php/History_of_Plain_Packaging:_Developing_the_Intellectual_Property_Argument),

ผู้บริโภคยาสูบตามนโยบายและมาตรการต่าง ๆ หลายประการด้วยกัน โดยมีเรื่องการห้ามโฆษณา การส่งเสริมการขาย รวมทั้ง “การควบคุมบรรจุภัณฑ์” ด้วย<sup>5</sup> โดย FCTC กำหนดเกณฑ์รูปแบบ ของผลิตภัณฑ์ยาสูบไว้ใน Article 11<sup>6</sup> การบรรจุหีบห่อและติดป้ายฉลากผลิตภัณฑ์ยาสูบ (Packing and Labeling of Tobacco Products) ซึ่งมีสาระสำคัญ เช่น การบรรจุหีบห่อจะต้อง ไม่เป็นไปในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมการขายผลิตภัณฑ์ยาสูบด้วยวิธีการใด ๆ หรืออาจทำให้ ผู้บริโภคเข้าใจผิด เป็นการหลอกลวงหรือเข้าใจผิดเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ บนผลิตภัณฑ์ ยาสูบ กล่องหรือหีบห่อ จะต้องมีการแสดงคำเตือนด้านสุขภาพและโทษของการบริโภคยาสูบ รวมถึงคำเตือนต่าง ๆ โดยกำหนดให้มีขนาดโดยรวมแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของพื้นที่แสดง

<sup>5</sup> มูลนิธิรณรงค์เพื่อการไม่บริโภคยาสูบ, (ม.ป.ป.), เอกสารเผยแพร่ มูลนิธิรณรงค์เพื่อการไม่บริโภคยาสูบ, สืบค้น เมื่อ 28 ธันวาคม 2558, จาก : <http://thaihealth.or.th>

<sup>6</sup> FCTC 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, WHO Framework Convention on Tobacco Control 10

(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.



หลักแต่ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 30 ของพื้นที่แสดงหลัก<sup>7</sup> โดยอาจแสดงเป็นรูปภาพหรือสัญลักษณ์หรือตัวอักษรก็ได้ นอกจากนี้แล้วต้องแสดงข้อมูลของสารที่ปล่อยออกมาด้วย เป็นต้น

ประเทศออสเตรเลียเป็นหนึ่งในภาคีสมาชิกของ WHO ซึ่งผูกพัน FCTC จึงได้นำเอา Article 11 มาปรับใช้เป็นนโยบายในการลดจำนวนผู้สูบบุหรี่โดยประกาศใช้พระราชบัญญัติของบุหรี่แบบเรียบ ค.ศ. 2011 หรือ The Tobacco Plain Packaging Act 2011 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2012 เป็นต้นมา โดยกำหนดรูปแบบของซองบุหรี่ในรูปแบบเรียบง่าย มีการกำหนดสีซึ่งเป็นสีเขียวมะกอก (Olive) ซึ่งมีการเรียกอย่างไม่เป็นทางการของมาตรการนี้ว่า “การปฏิวัติเขียวมะกอก” หรือ The Olive Revolution<sup>8</sup> มีการกำหนดตำแหน่งชื่อทางการค้า เพิ่มภาพคำเตือนโทษของบุหรี่ (Health Warning) และมาตรการที่ถือว่าเป็นประเด็นกระทบต่อสิทธิของเครื่องหมายการค้าที่สุดคือการกำหนดห้ามผู้ประกอบการใช้เครื่องหมายการค้าหรือโลโก้สินค้าบนซองบุหรี่แต่ให้ใช้ชื่อทางการค้าแทนโดยรัฐจะกำหนดรูปแบบตัวอักษรและตำแหน่ง ทั้งนี้เพื่อเป็นการไม่ให้เป็นที่ตั้งใจดูความสนใจของผู้บริโภคในการเลือกซื้อผลิตภัณฑ์ยาสูบทุกชนิดทั้งที่ผลิตในประเทศและนำเข้าจากต่างประเทศ หากไม่ทำตามจะมีโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา

โดยในปัจจุบันประเทศไอร์แลนด์เป็นประเทศที่สองของโลกและเป็นประเทศแรกของยุโรปที่ได้มีการประกาศใช้มาตรการของเรียบตามประเทศออสเตรเลียและบังคับใช้อย่างเป็นทางการแล้ว นอกจากนี้สหราชอาณาจักรหรือประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้มาตรการของเรียบโดยจะมีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการในกลางปี ค.ศ. 2016 นี้

### 2.3 ความเป็นไปได้ในการใช้มาตรการของเรียบในประเทศไทย

ประเทศไทยนั้นยังมีได้ประกาศใช้มาตรการของเรียบอย่างเป็นทางการ มาตรการของเรียบยังคงเป็นแนวความคิดของกระทรวงสาธารณสุขและยังคงเป็นประเด็นที่มีการถกเถียง

<sup>7</sup> FCTC Article 11.1 (b) (iv) of the Convention specifies that health warnings and messages on tobacco product packaging and labelling should be 50% or more, but no less than 30%, of the principal display areas. Given the evidence that the effectiveness of health warnings and messages increases with their size, Parties should consider using health warnings and messages that cover more than 50% of the principal display areas and aim to cover as much of the principal display areas as possible. The text of health warnings and messages should be in bold print in an easily legible font size and in a specified style and colour(s) that enhance overall visibility and legibility

<sup>8</sup> Rimmer, M.. (2012), "The Olive Revolution: Australia's Plain Packaging Leads The World.", Retrieved June 10, 2015. from <http://theconversation.com/the-olive-revolution-australias-plain-packaging-leads-the-world-8856>,

กันในปัจจุบัน มาตรการของเรียบนี้จะสามารถออกเป็นกฎหมายได้โดยอาศัยพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฯ มาตรา 37<sup>9</sup> ซึ่งมีหลักการคือให้รัฐสามารถควบคุมบรรจุภัณฑ์หรือหีบห่อของบุหรี่ได้ โดยรายละเอียดนั้นเป็นไปตามประกาศกระทรวง ดังนั้นหากรัฐจะประกาศใช้มาตรการของเรียบจึงต้องประกาศโดยกระทรวงสาธารณสุขโดยอาศัยกฎหมายแม่บทคือพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฯ มาตรา 37 นั้นเอง ปัจจุบันแม้ประเทศไทยจะยังมิได้ประกาศใช้มาตรการของเรียบ แต่ในปัจจุบันของบุหรี่ถูกควบคุมโดยกฎกระทรวงสาธารณสุข โดยล่าสุดมีการประกาศให้ซองบุหรี่ประกอบไปด้วยภาพถ่ายและข้อความที่เตือนสติผู้บริโภค ยาสูบให้ตระหนักถึงโทษของผลิตภัณฑ์ยาสูบถึงร้อยละ 85 ของพื้นที่แสดงด้านหน้า-หลัง และร้อยละ 60 ของพื้นที่ด้านข้าง<sup>10</sup> ซึ่งมีความคล้ายกับมาตรการของเรียบของประเทศออสเตรเลีย แต่ต่างกันที่ประเทศไทยยังมิได้ห้ามการใช้เครื่องหมายการค้า (Trade Mark) ด้านล่างของเท่านั้น

## 2.4 บทวิเคราะห์มาตรการของเรียบกับประเด็นทางกฎหมาย

ผู้เขียนสรุปประเด็นในการวิเคราะห์ 6 ประเด็น ดังนี้

### 2.4.1 มาตรการของเรียบกับหลักการความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แม้จะมีได้มีรายละเอียดของการรับรองสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน แต่มาตรา 4 บัญญัติให้หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นยังคงดำรงไว้เสมือนหนึ่งเป็นประเพณีในการปกครองประเทศที่รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวฉบับนี้ ดังนั้น บทวิเคราะห์นี้จึงเป็นการศึกษาหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งได้บัญญัติถึงรายละเอียดหลักการการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้ในอดีตจนถึงปัจจุบันและเป็นไปตามหลักการสากล “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักการที่สร้างความสมดุลที่เหมาะสมและสมเหตุสมผลระหว่างสิทธิส่วนได้เสียเอกชนกับสิทธิส่วนได้เสียมหาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้มีการบัญญัติเรื่องของการจำกัดการล่วงละเมิดในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ใน

<sup>9</sup> ปัจจุบัน ร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฯ อยู่ในระหว่างการพิจารณาแก้ไข โดยร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 37 บัญญัติว่า

“ผู้ผลิตและผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสูบต้องจัดให้มีหีบห่อผลิตภัณฑ์ยาสูบ หรือ ผลิตภัณฑ์ยาสูบ มีขนาด สี่ สี่เหลี่ยมจัตุรัส รวมทั้งลักษณะการแสดงเครื่องหมายการค้า สัญลักษณ์ รูปภาพ และข้อความตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศ โดยคำแนะนำของคณะกรรมการอำนวยการ ก่อนที่จะนำออกจากแหล่งผลิตหรือก่อนที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักรแล้วแต่กรณี...”

<sup>10</sup> ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแสดงรูปภาพ ข้อความคำเตือนเกี่ยวกับพิษภัยและช่องทางติดต่อเพื่อการเลิกยาสูบในฉลากของบุหรี่ซิการ์แรต พ.ศ. 2556



มาตรา 29<sup>11</sup> โดยหลักความได้สัดส่วนนี้แสดงให้เห็นถึงความเป็น “นิติรัฐ”<sup>12</sup> กล่าวคือ รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรอง และให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐจะต้องดำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณี รัฐจำเป็นต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และเป็นการทั่วไปว่าให้้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร แต่ทั้งนี้ จะต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรองรับไว้ และต้องตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักความได้สัดส่วนด้วย<sup>13</sup>

เมื่อพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรการของเรียบอาจเป็นการก้าวล่วงดินแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญอย่าง “เกินสัดส่วน” ในหลายประการด้วยกันเนื่องจากตามหลักแล้วประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพจะกระทำการใดก็ได้เว้นเสียแต่รัฐเห็นว่าสมควรจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพนั้น แต่ทั้งนี้จะต้องไม่กระทบถึงสาระสำคัญของสิทธินั้นๆ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้น แม้จะเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองแต่หาได้เป็นสิทธิเด็ดขาดไม่ ตามหลักการรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 รัฐสามารถจำกัดสิทธินั้นได้อย่างพอดีและได้สัดส่วนตามความจำเป็น แต่มาตรการของเรียบเป็นการตัดสิทธิของผู้ประกอบการซึ่งถือเป็นประชาชนอย่างเกินสมควร ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ผู้เขียนมีความเห็นว่าถูกระทบอย่างเกินควรและเหตุผลประกอบมีดังต่อไปนี้

<sup>11</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

<sup>12</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2543), **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน), 85-91.

<sup>13</sup> วุฒิชัย ติตตานู, (2555), “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยหลักสัดส่วนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของโลก (ตอนที่ 1) หนังสือวิชาการกฎหมายมหาชนทางรัฐธรรมนูญเรื่อง “กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในสมัยใหม่ของโลก” (The Legal Process of the Constitutional Court in the World Modern States),” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์**, 6 (4), 115-128.



1) สิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน<sup>14</sup> กล่าวคือ มาตรการของเรียบมีการจำกัดการใช้เครื่องหมาย

การค้านของบุหรืซึ่งเครื่องหมายการค้าถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ประเภทหนึ่งและถือเป็นทรัพย์สินที่สร้างมูลค่ามหาศาลให้กับผู้เป็นเจ้าของ ดังนั้นเครื่องหมายการค้าย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้เป็นเจ้าของย่อมมีสิทธิในการใช้สอยและหวงกันมิให้ใครมาละเมิดได้ แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน ตามมาตรา 29 แล้วสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอาจถูกจำกัดอย่างเกินความจำเป็น เนื่องจากปัจจุบันการแสดงรูปภาพและคำเตือนบนของบุหรืนั้นมีพื้นที่ถึงร้อยละ 85 ซึ่งน่าจะเพียงพอให้ผู้บริโภคเห็นถึงโทษของบุหรืแล้ว การห้ามใช้เครื่องหมายการค้าตามนโยบายของบุหรืแบบเรียบนั้นจะต้องเป็นการตอบคำถามให้ได้ว่ามีความ “จำเป็น” และสามารถนำมาใช้เพื่อลดความสนใจของผู้บริโภคได้จริงหรือไม่ หากไม่มีผลสำรวจที่แน่ชัดว่าการห้ามใช้เครื่องหมายการค้ามีผลต่อการตัดสินใจไม่ซื้อผลิตภัณฑ์ยาสูบอย่างมีนัยสำคัญแล้ว การห้ามใช้เครื่องหมายการค้าตามมาตรการของเรียบจึงอาจเป็นเรื่องที่รัฐละเมิดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินอย่างเกินความจำเป็นและอาจไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ

2) เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันอย่างเสรี และเป็นธรรม<sup>15</sup> การใช้เครื่องหมายการค้าบนของผลิตภัณฑ์นั้นเพื่อการแยกความแตกต่างของผลิตภัณฑ์เพื่อให้ผู้บริโภคได้ตัดสินใจในการซื้อสินค้า เมื่อมีการใช้มาตรการของเรียบซึ่งหมายความว่าของบุหรืจะมีลักษณะเดียวกันและอาจทำให้ประชาชนสับสนถึงตราสินค้าของผลิตภัณฑ์ยาสูบและชนิดหรือประเภทของผลิตภัณฑ์ยาสูบได้ และหากเป็นเช่นนั้นแล้วผู้ประกอบการย่อมขาดเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่แสดงบนของบุหรืนั้นเป็นเสมือนเครื่องมือที่ใช้แยกความแตกต่างของสินค้าซึ่งเครื่องหมายการค้ามีความ

<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 41 บัญญัติว่า

“สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การสืบทอดกรรมย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบทอดกรรมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 43 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”



นิยมของผู้บริโภคแตกต่างกัน หรือที่เรียกว่าความภักดีในตราสินค้า (Brand Loyalty) ซึ่งหมายถึงการที่ผู้บริโภคมีทัศนคติที่ดีต่อตราสินค้าหนึ่งไม่ว่าจะเกิดจากความเชื่อมั่น การนึกถึง และหรือตั้งใจผู้บริโภค และเกิดการซื้อซ้ำต่อเนื่องตลอดมา ยกตัวอย่างเช่น สินค้าที่ผู้บริโภครู้จักเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างดีเห็นแล้วทราบถึงตัวสินค้าทันที กับสินค้าที่เริ่มผลิตใหม่ที่เครื่องหมายการค้ายังไม่เป็นที่รู้จักมากนัก ผู้บริโภคอาจตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าจากเครื่องหมายการค้าที่ตนคุ้นเคย แต่หากมีการนำมาตรการของเรียบมาปรับใช้จะทำให้ผู้ประกอบการห้ามใช้เครื่องหมายการค้าของตนและให้ใช้ตัวอักษรแบบเรียบแทน ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบกิจการค้าอย่างเสรีอย่างเกินสมควรหรือเกินสัดส่วนเนื่องจากยังมีได้มีหลักฐานของงานวิจัยชิ้นใดที่สามารถยืนยันได้ว่าการใช้ตัวอักษรแบบเรียบแทนเครื่องหมายการค้าจะสามารถช่วยลดอัตราของผู้สูญบุหรือได้อย่างมีนัยสำคัญ

#### 2.4.2 มาตรการของเรียบกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ

มาตรา 84 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

*“รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้*

1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค...”

จากบทบัญญัติแนวนโยบายแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 อันเป็นเสมือนกรอบของนโยบายการบริหารประเทศในด้านเศรษฐกิจจะต้องดำเนินไปตามบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างไรก็ดี การใช้มาตรการของแบบเรียบที่ต้องการลดแรงจูงใจในการซื้อและการบริโภคยานั้น มาตรการนี้อาจขัดกับหลักคุ้มครองผู้บริโภคและแนวนโยบายตามรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิงว่าด้วยเรื่องของฉลาก เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยฉลากมีขึ้นเพื่อแสดงข้อมูลและรายละเอียดของสินค้าเพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้บริโภค แต่การใช้มาตรการของเรียบอาจทำให้ผู้บริโภคไม่ทราบข้อมูลก่อนการตัดสินใจและไม่ทราบถึง ที่มา ชนิด และประเภทของสินค้าทำให้ไม่สามารถตัดสินใจเปรียบเทียบก่อนการซื้อได้และอาจสร้างความสับสนในตัวสินค้าได้ ซึ่งตามหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้วรัฐจะต้องสนับสนุนให้การซื้อขายสินค้าเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม

#### 2.4.3 มาตรการของเรียบกับประเด็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตามอนุสัญญา

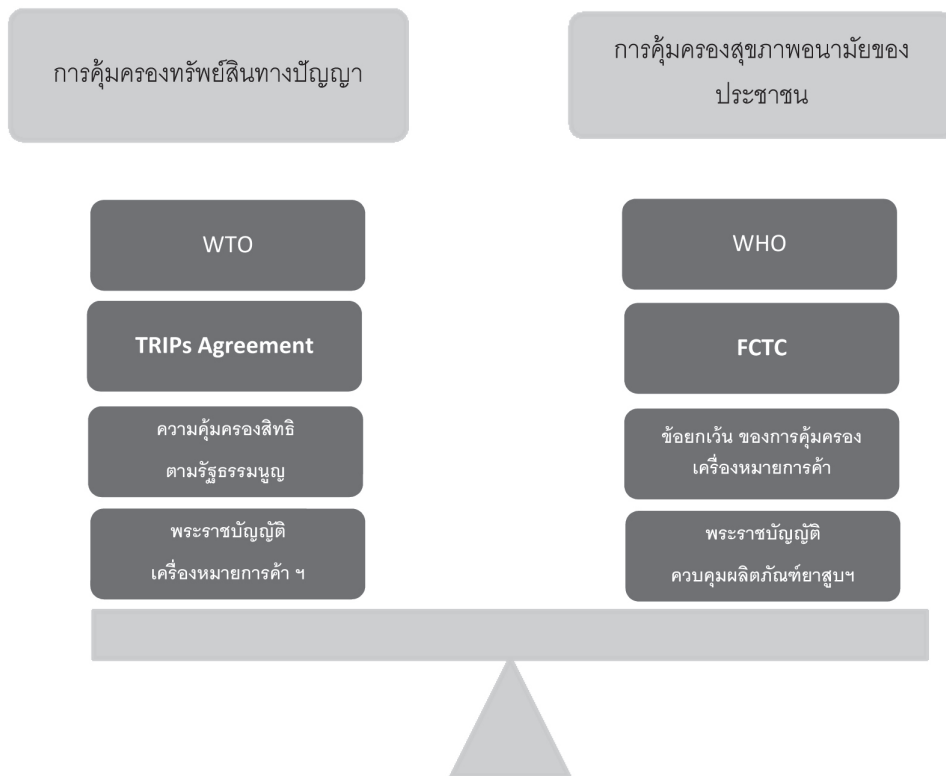
##### TRIPs Agreement

ทรัพย์สินทางปัญญาถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่มีมูลค่าแม้ไม่อาจวัดมูลค่าเป็น

จำนวนเงินได้อย่างเป็นรูปธรรมชัดเจน หากแต่เมื่อมีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว อาจทำให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้นเสียผลประโยชน์อย่างมหาศาลได้ **เครื่องหมายการค้า (Trade Mark)** ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งซึ่งมีความสำคัญ คือ เป็นสิ่งบ่งชี้ถึงแหล่งที่มาของสินค้าและคุณภาพของสินค้า อันจะทำให้ผู้บริโภคสามารถตัดสินใจเลือกซื้อสินค้านั้นๆ ได้อย่างถูกต้อง ประเทศไทยเป็นภาคีองค์ระหว่างประเทศทั้งสององค์นี้ได้แก่ **องค์การการค้าโลก (WTO)** ซึ่งคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และ **องค์การอนามัยโลก (WHO)** ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกนำแนวนโยบายมาปรับเป็นมาตรการของเรียบ ดังนั้นการวิเคราะห์การใช้มาตรการของเรียบว่าด้วยการห้ามใช้เครื่องหมายการค้าจึงพิจารณาตามลำดับดังนี้

1) ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบ เมื่อพิจารณาทั้งสองหลักการคุ้มครองของความตกลงระหว่างประเทศ 2 ฉบับที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก ซึ่งทั้งสองมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันและอยู่ภายใต้บังคับระดับโลกที่แตกต่างกัน ดังนั้น การขัดกันของ 2 หลักการ จึงต้องพิจารณาความเหมาะสมและความจำเป็นของหลักการหนึ่ง และการจำกัดการคุ้มครองของอีกหลักการหนึ่ง

**ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าของมาตรการของเรียบที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบกับหลักการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา**





## 2) แนวความคิดในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)

ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ได้กำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไว้ในส่วนที่ 2 ของภาคที่ 5 โดยมาตรา 15-21 ระบุให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติตามความตกลงนี้ และมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงปารีสที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าอีกด้วย<sup>16</sup> การที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) จึงมีผลทำให้ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามและอยู่ภายใต้ความคุ้มครองตามหลักการสำคัญของทั้งอนุสัญญากรุงปารีสและความตกลงทริปส์ โดยนอกเหนือจากแนวทางแห่งหลักการของเครื่องหมายการค้าซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงทริปส์ ข้อ 15.1 แล้ว องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ยังได้กำหนดคำนิยามของคำว่าเครื่องหมายการค้าไว้อีกด้วย รวมทั้งการคุ้มครองการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า (The use of trademark in the course of trade) กล่าวคือ การใช้เครื่องหมายการค้าจะต้องไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่สมเหตุผลผลโดยข้อกำหนดพิเศษ เช่น การใช้ร่วมกับเครื่องหมายการค้าอีกเครื่องหมายหนึ่ง การใช้ในแบบพิเศษ หรือ ใช้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถของเครื่องหมายการค้าในการจำแนกสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งให้มีความแตกต่างกับอีกกิจการอื่น ๆ<sup>17</sup> เป็นต้น

## 3) การจำกัดสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์

ประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดข้อยกเว้นการจำกัดสิทธิได้ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8<sup>18</sup> ในความตกลงทริปส์ กล่าวคือ ประเทศสมาชิกอาจใช้มาตรการที่ “จำเป็น” หรือ “Necessary” เพื่อป้องกันชีวิตและสุขภาพของประชาชน (Public Health) และโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีของประเทศภาคี ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ามาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้ด้วย

<sup>16</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, (2555), **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาพื้นฐานความรู้ทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม), 292-295.

<sup>17</sup> General Information, (Geneva: WIPO Publication), 14.

<sup>18</sup> TRIPs Agreement, Article 8: Principles

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

ประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีสมาชิกอาจกำหนดการจำกัดสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้ในกฎหมายภายในประเทศได้โดยประเทศไทยสามารถใช้มาตรการที่ “จำเป็น” เพื่อป้องกันชีวิตและสุขภาพของประชาชน และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีของประเทศไทยได้ภายใต้ “เงื่อนไขที่ว่ามาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงทริปส์”

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การจะนำมาตรการใดมาบังคับใช้อันเป็นการยกเว้นหลักการคุ้มครองของความตกลงทริปส์จะต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” หรือ “Necessary” เพื่อป้องกันชีวิตและสุขภาพของประชาชนและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีของประเทศภาคี ซึ่งเมื่อวิเคราะห์กับหลักการ FCTC แล้ว มาตรการต่างๆ ในการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบย่อมกระทำได้ แม้จะเป็นการจำกัดการคุ้มครองตามความตกลงทริปส์ก็ตาม

4) ประเทศไทยยังไม่มีความแน่นอนของหลักความ “จำเป็น” (Necessary) ในการจำกัดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าตามหลักเกณฑ์ของความตกลงทริปส์มากเท่าที่ควร

หลักความ “จำเป็น” ถือว่าเป็นข้อยกเว้นในความตกลงทริปส์ในกรณีประเทศภาคีสมาชิกจะพิจารณาว่ามาตรการใดจะเป็นมาตรการ “จำเป็น” ในการกำหนดข้อยกเว้นการคุ้มครอง ข้อยกเว้นนั้นจะต้องสอดคล้องในความตกลงทริปส์ด้วย ดังนั้นจึงสมควรต้องมีผลทดสอบความสอดคล้องระหว่างมาตรการป้องกันชีวิตและสุขภาพของมนุษย์กับความตกลงทริปส์<sup>19</sup> แต่หากประเทศสมาชิกไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้ถึงมาตรการดังกล่าวว่าเป็นสิ่งจำเป็นในการปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ มาตรการนั้นก็ไม่สามารถยกนำมาอ้างความคุ้มครองตามความตกลงทริปส์ได้ แม้ว่าการอนุวัติสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ (FCTC) จะกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถนำมาตรการทางสุขภาพมาใช้เพื่อจำกัดสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้ก็ตาม ดังนั้น หากประเทศภาคีสมาชิกนำมาตราการมาบังคับใช้โดยไม่สามารถพิสูจน์ถึงความ “จำเป็น” ของมาตรการและความสอดคล้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นข้อตกลงหนึ่งของการค้าเสรีดังกล่าวได้ ประเทศนั้นก็มีความเสี่ยงในการถูกโต้แย้งจากประเทศภาคีสมาชิก WTO ว่ามาตรการการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกระทบต่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศภายใต้ความตกลงขององค์การการค้าโลกได้

<sup>19</sup> อุษา เอื้ออารีธรรม, (2555), สิทธิในเครื่องหมายการค้าและมาตรการทางสุขภาพของรัฐ กรณีศึกษาการห้ามและจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าในกิจการยาสูบ, เอกอภิศึกษา, (กรุงเทพฯ: ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 59.



ความตกลงทริปส์ได้บัญญัติเรื่องของการข้อยกเว้นกรณีมีความ “จำเป็น” ไว้ในมาตรา 8 เป็นเรื่องของการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไป และในส่วนของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15-21 ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องของการข้อยกเว้นในการจำกัดสิทธิเครื่องหมายการค้าไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดเรื่องการจำกัดสิทธิถึงสาเหตุของการจำกัดสิทธิว่าต้องเพื่อสาเหตุใดในเครื่องหมายการค้าไว้ 2 กรณี ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ

- มาตรา 17 ระบุว่าประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้มีข้อยกเว้นที่จำกัดต่อสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้ เช่น การใช้ข้อความพรรณนาที่เป็นธรรม ซึ่งข้อยกเว้นเช่นว่านั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สาม

- มาตรา 20 เรื่องข้อกำหนดพิเศษในการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งระบุว่าการใช้เครื่องหมายการค้าจะต้องไม่ถูกกีดขวางอย่างไม่สมเหตุสมผลด้วยข้อกำหนดพิเศษ เช่น ข้อกำหนดให้การใช้เครื่องหมายในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถในการจำแนกเครื่องหมายการค้าของกิจการหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าอีกกิจการหนึ่ง

ดังนั้น การที่ประเทศไทยซึ่งได้ลงนามในความตกลงระหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับ ได้แก่ ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) และกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ (FCTC) ประเทศไทยก็สมควรที่จะพิจารณาในการนำหลักเกณฑ์ในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ (FCTC) มาบัญญัติเป็นมาตรการในการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบว่าด้วยการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้า กล่าวคือ การนำหลักเกณฑ์ของการนำมาตรการของความตกลงหนึ่งมาเป็นข้อยกเว้นของข้อตกลงระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่งนั่นเอง

สรุป จากบทบัญญัติของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบ (FCTC) และการพิจารณาใช้มาตรการของระเบียบในประเทศไทย รัฐจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามาตรการดังกล่าว<sup>20</sup>

- 1) มีความ “จำเป็น” ในการลดการบริโภคยาสูบของประชาชนได้จริง และ
- 2) หากไม่ได้มีการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นการโฆษณาทางอ้อมนั้น การลดการบริโภคยาสูบจะไม่ลดลง และทำให้งบประมาณสาธารณสุขของประเทศไทยในการบำบัดและรักษาโรคที่เกิดจากการบริโภคยาสูบจะสูงยิ่งขึ้นและส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยในภาพรวม

หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ มาตรการนั้นย่อมไม่อาจใช้บังคับได้

<sup>20</sup> Benjamin, C. A., (2008), “The WTO Framework Convention on Tobacco Control and Trade Related Protocols,” in **Reconciling Environment and Trade**, Weiss, E.B., Jackson, J.H. and Osterwalde, N.B., 2<sup>nd</sup> ed. (Leiden: Martinus Nijhoff), 144.

#### 2.4.4 มาตรการของเปรียบกับข้อพิพาทกฎหมายระหว่างประเทศ

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างมาตรการของเปรียบเทียบที่ใช้ในประเทศออสเตรเลีย โดยมีการฟ้องร้องประเด็นการละเมิดสิทธิในการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าในประเทศออสเตรเลีย กรณีดังกล่าวศาลสูงแห่งประเทศออสเตรเลีย มีคำวินิจฉัยเป็นคดีเลขที่ S389/2411 British American Tobacco Australian Limited and Ors. V. The Commonwealth of Australia โดยวินิจฉัยว่า นโยบายของบุหรี่แบบเรียบมิได้ละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรเลีย หรือสิทธิใด ๆ ของโจทก์ ผู้ประกอบการเงินขอบเขต และได้มีการยกคำฟ้องของจำเลยในที่สุด

แต่อย่างไรก็ดี การใช้มาตรการของเปรียบเทียบของประเทศออสเตรเลีย ได้ถูกยกขึ้นเป็นประเด็นใน WTO โดยประเทศผู้ผลิตใบยาสูบรายใหญ่ของโลกบางประเทศอื่นได้แก่ ยูเครน ฮอนดูรัส สาธารณรัฐโดมินิกัน คิวบา และอินโดนีเซีย<sup>21</sup> ซึ่งต่อมายูเครนได้ถอนตัวในปี ค.ศ. 2015<sup>22</sup> ปัจจุบัน จึงเป็นคดีที่ผู้ผลิตของ 4 ประเทศดังกล่าว กล่าวหาต่อประเทศออสเตรเลียว่าละเมิดความตกลง TRIPs เนื่องจากนโยบายของบุหรี่แบบเรียบจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของนักลงทุนเงินขอบเขต และการกล่าวหาว่ารัฐบาลออสเตรเลียละเมิดต่อข้อบท TBT หรือ Technical Barriers to Trade ภายใต้ TRIPs Paris Convention for Protection of Industrial Property and WTO's Agreement on Technical Barriers to Trade<sup>23</sup> ซึ่งปัจจุบันข้อโต้แย้งดังกล่าวยังคงอยู่ในระหว่างการพิจารณาของ WTO

ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากประเทศไทยนำมาตราการของเรียบมาใช้ ประเทศไทยก็ย่อมมีแนวโน้มในการถูกฟ้องร้องต่อองค์การการค้าโลกในประเด็นเดียวกันนี้ได้ ทั้งนี้ มาตรการของเรียบจึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาถึงเหมาะสมโดยอาจรอรับฟังผลการตัดสินขององค์การการค้าโลก WTO เพื่อประกอบการพิจารณาการใช้มาตรการนี้ต่อไป

#### 2.4.5 มาตรการของเปรียบกับลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

เนื่องจาก มาตรการของเรียบอาจบังคับใช้โดยอาศัย มาตรา 37 ร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฯ ซึ่งได้ให้อำนาจรัฐมนตรีประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เป็นรายละเอียดตามที่คณะกรรมการให้คำแนะนำ ซึ่งกฎต่าง ๆ เหล่านี้มีฐานะเป็น “กฎกระทรวง” หรือ

<sup>21</sup> Intellectual property watch, (2014), **Panel Appointed For WTO Mega-Case On Australia Tobacco Packaging**, Retrieved May 20, 2015, from <http://www.ip-watch.org/2014/05/06/panel-appointed-for-wto-mega-case-on-australia-tobacco-packaging/>

<sup>22</sup> **Ukraine drops lawsuit against Australia over plain-packaging tobacco laws, WTO says**, (2015), Retrieved December 20, 2015, from <http://www.abc.net.au/news/2015-06-04/plain-packaging-tobacco-ukraine-drops-lawsuit-against-australia/6520160>

<sup>23</sup> นนาง เอกอัคร, (กันยายน-ธันวาคม 2558), “นโยบายสาธารณสุขของบุหรี่แบบเรียบง่าย ข้อพิพาทระหว่างประเทศ บทเรียนจากออสเตรเลียสู่ไทย ตอนที่ 1,” **วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข**, 1 (3), 239.



“ประกาศกระทรวง” แล้วแต่กรณี ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร มิได้มีการผ่านการกลั่นกรองของรัฐสภาดังเช่นพระราชบัญญัติ

ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรการของเรียบเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนกล่าวคือการห้ามใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้น จึงควรกำหนดกรอบและรายละเอียดอย่างชัดเจน และสมควรมีการทบทวนการบัญญัติกฎหมายแยกต่างหากจากร่างพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะอีกฉบับหนึ่ง คล้ายกับประเทศออสเตรเลียที่ได้ประกาศใช้มาตรการของเรียบเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือ The Tobacco Plain Packaging Act ซึ่งเป็นกรณีที่ได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ควรได้รับการพิจารณากลั่นกรองจากรัฐสภา

#### 2.4.6 มาตรการของเรียบกับผลกระทบต่อผู้บริโภค

ประโยชน์ที่สำคัญของเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่งคือ เป็นสิ่งบ่งชี้สินค้าของผู้ผลิตหรือผลิตภัณฑ์ของสินค้านั้นให้มีความแตกต่างกับสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น ดังนั้น มาตรการของเรียบที่อาจมีการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าบนซองของผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือตัวผลิตภัณฑ์ยาสูบ นอกจากอาจก่อให้เกิดความสับสนของตัวสินค้าต่อผู้ขายก็ดีหรือผู้บริโภคก็ดียังอาจก่อให้เกิดมีการปลอมสินค้าได้ง่ายขึ้น เนื่องจากไม่มีความแตกต่างของผลิตภัณฑ์ยาสูบในแต่ละยี่ห้อ หรือเป็นการยากที่จะแยกความแตกต่างของผลิตภัณฑ์ยาสูบได้ รวมทั้งอาจก่อให้เกิดการบริโภคผลิตภัณฑ์ยาสูบปลอมมากขึ้น หรือที่เรียกว่าผลิตภัณฑ์ยาสูบในตลาดมืด ซึ่งก่อนที่ประเทศไทยจะใช้มาตรการของเรียบควรจะศึกษาถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นของการเติบโตของผลิตภัณฑ์ยาสูบปลอม ซึ่งในประเทศออสเตรเลียภายหลังจากที่มีการบังคับใช้มาตรการของเรียบแล้ว อัตราของผลิตภัณฑ์ยาสูบปลอมสูงขึ้นถึงร้อยละ 18 จากการทำวิจัยในปี พ.ศ. 2556<sup>24</sup> ซึ่งมีแนวโน้มความเป็นไปได้ของผลกระทบที่เกิดจากมาตรการของเรียบ แต่ทั้งนี้ไม่มีงานวิจัยที่ชี้ชัดได้ว่าเกิดจากสาเหตุใดเนื่องจากออสเตรเลียได้มีการใช้มาตรการอื่นร่วมด้วย เช่นการขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ยาสูบ

<sup>24</sup> Historical trends in Australian tobacco consumption: A case study, (November 2014), Retrieved May 20, 2015, from [http://www.bata.com.au/group/sites/bat\\_7wykg8.nsf/vwPagesWebLive/DO9FC38M/\\$FILE/medMD9R99U6.pdf?openelement](http://www.bata.com.au/group/sites/bat_7wykg8.nsf/vwPagesWebLive/DO9FC38M/$FILE/medMD9R99U6.pdf?openelement)



### 3. บทสรุป

มาตรการของเรียบถือเป็นการที่อาจเป็นประโยชน์ในการช่วยลดจำนวนผู้สูญบุหรือแต่อย่างไรก็ตามมาตรการของเรียบเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนด้วยทางหนึ่ง ที่สำคัญคือการจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้า ดังนั้น การจะนำมาตรการดังกล่าวมาใช้รัฐจึงต้องพิจารณาอย่างรอบครอบ ทั้งนี้เพื่อความสมดุลในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้านหนึ่งและประโยชน์ของการคุ้มครองสุขภาพประชาชนอีกด้านหนึ่ง รัฐจึงควรพิจารณาทั้งหลักกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ความเหมาะสมรูปแบบ (ลำดับศักดิ์กฎหมาย) ของมาตรการ และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อความถูกต้องทั้งหลักกฎหมายและการก่อให้เกิดประโยชน์สังคม ภาครัฐ ผู้ประกอบการ และ ผู้บริโภค อย่างสูงสุด



## บรรณานุกรม

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2555). **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาพื้นฐานความรู้ทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- นภาง เอกอัคร. (กันยายน-ธันวาคม 2558). “นโยบายสาธารณสุขของบุรีแบบเรียบง่าย ข้อพิพาทระหว่างประเทศ บทเรียนจากออสเตรเลียสู่ไทย ตอนที่ 1.” **วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข**. 1 (3), 239.
- มูลนิธิธรรมาภิบาลเพื่อการไม่บริโภคยาสูบ. (ม.ป.ป.). **เอกสารเผยแพร่ มูลนิธิธรรมาภิบาลเพื่อการไม่บริโภคยาสูบ**. สืบค้นเมื่อ 28 ธันวาคม 2558, จาก : <http://thaihealth.or.th>
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วุฒิชัย ดิตตานุ. (2555). “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยหลักสัดส่วนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของโลก (ตอนที่ 1) หนังสือวิชาการกฎหมายมหาชนทางรัฐธรรมนูญ เรื่อง “กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในสมัยใหม่ของโลก” (The Legal Process of the Constitutional Court in the World Modern States.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์**. 6 (4), 115-128.
- อุษา เอื้ออารีธรรม. 2555. **สิทธิในเครื่องหมายการค้าและมาตรการทางสุขภาพของรัฐ กรณีศึกษาการห้ามและจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าในกิจการยาสูบ, เอกัตศึกษา**. กรุงเทพฯ: ศิลปศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 59.
- Benjamin, C. A.. (2008). “The WTO Framework Convention on Tobacco Control and Trade Related Protocols,” in **Reconciling Environment and Trade**. Weiss. E.B.. Jackson. J.H. and Osterwalde. N.B.. 2<sup>nd</sup> ed. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Historical trends in Australian tobacco consumption: A case study**. (November 2014). Retrieved May 20, 2015, from [http://www.bata.com.au/group/sites/bat\\_7wykg8.nsf/vwPagesWebLive/DO9FC38M/\\$FILE/medMD9R99U6.pdf?openelement](http://www.bata.com.au/group/sites/bat_7wykg8.nsf/vwPagesWebLive/DO9FC38M/$FILE/medMD9R99U6.pdf?openelement)
- Intellectual property watch. 2014. **Panel Appointed For WTO Mega-Case On Australia Tobacco Packaging**. Retrieved May 20. 2015, from <http://www.ip-watch.org/2014/05/06/panel-appointed-for-wto-mega-case-on-australia-tobacco-packaging/>
- Rimmer, M. (2012). **"The Olive Revolution: Australia's Plain Packaging Leads The World,"**, Retrieved June 10, 2015, from <http://theconversation.com/the-olive-revolution-australias-plain-packaging-leads-the-world-8856>,

Rowena Dela Rosa Yoon. (2015). **Tobacco giants target Australia's plain packaging legislation.** Retrieved January 10, 2016, from <https://asiancorrespondent.com/2015/10/tobacco-giants-target-australias-plain-packaging-legislation/>

Tobacca tactics. (n.d.). **History of Plain Packaging: Developing the Intellectual Property.** Retrieved January 10, 2559, from [http://www.tobaccotactics.org/index.php/History\\_of\\_Plain\\_Packaging:\\_Developing\\_the\\_Intellectual\\_Property\\_Argument](http://www.tobaccotactics.org/index.php/History_of_Plain_Packaging:_Developing_the_Intellectual_Property_Argument)

**Ukraine drops lawsuit against Australia over plain-packaging tobacco laws.** WTO says. (2015). Retrieved December 20, 2015, from <http://www.abc.net.au/news/2015-06-04/plain-packaging-tobacco-ukraine-drops-lawsuit-against-australia/6520160>

**General Information.** Geneva: WIPO Publication.

## Translated Thai References

Hemaratchata. C. (2012). **General Explanation of Intellectual Property Law.** 9<sup>th</sup> ed. Bangkok: Nittitham. [in Thai]

Ekakara. N. (2015). "Australia Plain Packaging Policy: International Dispute: A Case Study for Thailand" Part I. **Public Health & Health Laws Journal** 1 (3), 239. [in Thai]

Action On Smoking And Health Foundation. **Information for anti-smoking.** Retriveded December 10. 2015, from : <http://thaihealth.or.th> [in Thai]

Vitsaruthpith. V. (2000). **Rights and Liberties in Thai Constitution B.E. 2540.** 2<sup>nd</sup> ed. Bangkok: Winyuchon. [in Thai]

Tittanu. V. (2012). "Constitutionality Review Regarding Principle of Proportionality (Part I) Public Law Journal topic "The Legal Process of the Constitutional Court in the World Modern States" **Judicial Review Journal.** 6 (4), 115-128. [in Thai]

Earareetham. Usa. (2012). **Rights of Trademark Owner and Public Health Policy in case of Ban and Restriction of Trademark in Tobacco Business, Individual Study,** Bangkok: Master of Art Faculty of Law Chulalongkorn University. 59. [in Thai]