

บทที่ 2

พัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเป็นภาคีกรรมสารเจนีวา

ในส่วนนี้คณะผู้วิจัยนำเสนอข้อมูลพื้นฐานสำคัญเริ่มตั้งแต่พัฒนาการของกรรมสารเจนีวาแห่งความตกลงลิสบอนว่าด้วยเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (The Geneva Act of The Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications) ที่ใช้ระยะเวลายาวนานในการตรากฎหมายขึ้นมา รวมถึงตลอดถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเป็นภาคีกรรมสารเจนีวา ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศลักษณะหนึ่ง ข้อมูลในส่วนนี้เป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับใช้วิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมต่อประเทศไทยต่อไป

1. พัฒนาการของกรรมสารเจนีวา

กรรมสารเจนีวาแห่งความตกลงลิสบอนว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (The Geneva Act of The Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications) มีการปรับปรุงและยกระดับระบบการจดทะเบียนระหว่างประเทศที่มีอยู่เดิมในความตกลงลิสบอนว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิด และการจดทะเบียนระหว่างประเทศ (Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration) ที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดเท่านั้น ซึ่งเป็นการคุ้มครองสินค้าที่มีความเชื่อมโยงกับพื้นที่แหล่งกำเนิดอย่างเคร่งครัดมาก (Strong Link) ขณะที่กรรมสารเจนีวาได้ขยายการคุ้มครองไปยังสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ควบคู่ไปกับเครื่องหมายแหล่งกำเนิดที่มีมาแต่เดิมด้วย เพื่อให้การคุ้มครองในระดับประเทศหรือในระดับภูมิภาคที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้ได้ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ความยืดหยุ่นของกรรมสารฉบับนี้ ยังเห็นได้จากการจดทะเบียนระหว่างประเทศในกรรมสารฉบับนี้ ครอบคลุมประเทศสมาชิกที่ให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรือเครื่องหมายแหล่งกำเนิด ไม่ว่าจะโดยกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายการค้าก็ตาม และยังอนุญาตให้องค์การระหว่างรัฐบาล (Intergovernmental Organizations) เข้าร่วมในการขอจดทะเบียนระหว่างประเทศนี้ด้วย ที่กล่าวข้างต้นนี้เพื่อเป็นการเสริมประสิทธิภาพการคุ้มครองชื่อแหล่งกำเนิดของสินค้านี้ระหว่างประเทศให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ในปี ค.ศ. 2000 ผู้อำนวยการใหญ่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (the Director General) ได้ตั้งคณะที่ปรึกษา (Consultants) และคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (Committee of Experts) เรียกว่า “คณะทำงานแก้ไขเปลี่ยนแปลงระเบียบภายใต้ความตกลงลิสบอนว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและการจดทะเบียนระหว่างประเทศ” (Working Group on the Modification of the Regulations under the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration) มีระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง 2 ปี ระหว่างปี ค.ศ. 2000–2001 คณะทำงานได้จัดประชุมระหว่างวันที่ 10–13 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 ได้สะท้อนให้เห็นปัญหาของระบบลิสบอนในการยื่นขอรับความคุ้มครองหรือปัญหาการตีความคำขอโดยสำนักระหว่างประเทศแห่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (International Bureau) แต่ในขั้นนี้ยังไม่มีการเตรียมการเพื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมาย²² ต่อมาระหว่างวันที่ 19–22 มีนาคม ค.ศ. 2001 คณะทำงานได้มีการจัดประชุมครั้งที่สอง โดยมีการจัดทำข้อเสนอสำหรับการปรับปรุงระเบียบภายใต้ความตกลงลิสบอนโดยละเอียดในเอกสารหมายเลข LI/GT/2/2 พร้อมจัดทำข้อสังเกตไว้ในเอกสารหมายเลข LI/GT/2/3²³

ต่อมาในการประชุมครั้งที่ 23 (สมัยประชุมวิสามัญครั้งที่ 6) ระหว่างวันที่ 22–30 กันยายน ค.ศ. 2008 ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหภาพลิสบอน (The Assembly of the Lisbon Union) ได้จัดตั้งคณะทำงานด้านการพัฒนาระบบลิสบอน (the Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin)) เพื่อรับผิดชอบในการสำรวจความเป็นไปได้ในการปรับปรุงให้เกิดผลทางปฏิบัติ²⁴ คณะทำงานนี้มีการจัดประชุมทั้งสิ้น 10 ครั้ง รายละเอียดดังนี้

²² World Intellectual Property Organization, **Working Group on the Modification of the Regulations under the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration, Geneva, July 10 – 13, 2000**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/treaties/en/li_gt_1/li_gt_1_2.pdf

²³ World Intellectual Property Organization, **Working Group on the Modification of the Regulations under the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration, Second Session Geneva, March 19 – 22, 2001; Proposals for Modification of The Regulations under The Lisbon Agreement**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/treaties/en/li_gt_2/li_gt_2_2.pdf

²⁴ World Intellectual Property Organization, **Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin), First Session, Geneva, March 17 – 20, 2009; Possible Improvements of The Procedures Under The Lisbon Agreement**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/li_wg_dev_1/li_wg_dev_1_2_rev.pdf

คณะกรรมการเริ่มต้นการประชุมครั้งแรก (First Session) ระหว่างวันที่ 17–20 มีนาคม ค.ศ. 2009 โดยมีประเด็นข้อถกเถียงสำคัญ 2 ประการ คือ 1) เพื่อค้นหาแนวทางพัฒนาเกี่ยวกับกระบวนการแจ้งเตือน กระบวนการลงบันทึกเมื่อได้รับการจดทะเบียนคุ้มครองเป็นเครื่องหมายแหล่งกำเนิด²⁵ และ 2) กระบวนการเฉพาะสำหรับการรับคำขอจดทะเบียนในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์²⁶

คณะกรรมการเพื่อพัฒนาระบบลิสบอน ในการประชุมครั้งที่ 25 (สมัยประชุมสามัญครั้งที่ 18) ณ กรุงเจนีวา ระหว่างวันที่ 22 กันยายน ถึงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2009 สมัชชาลิสบอนให้ข้อสังเกตต่อคณะกรรมการเพื่อเริ่มดำเนินการทบทวนระบบลิสบอนเพื่อให้การแนะนำปรับปรุงระบบลิสบอนให้มีความน่าสนใจสำหรับรัฐต่าง ๆ และผู้ประกอบการ ขณะที่ยังดำรงไว้ซึ่งหลักการพื้นฐานและวัตถุประสงค์ของความตกลงลิสบอนไว้เช่นเดิม และให้คณะกรรมการดำเนินการต่อไป²⁷

กระทั่งในการประชุมคณะกรรมการครั้งที่ 2 (Session 2) ระหว่างวันที่ 30 สิงหาคม ถึง 3 กันยายน ค.ศ. 2010 ณ กรุงเจนีวา มีการถกเถียงลงลึกถึงผลการสำรวจระบบลิสบอนซึ่งมีความเห็นที่หลากหลายจากทั้งประเทศสมาชิกและประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกความตกลงลิสบอน

²⁵ ที่ประชุมเสนอให้มีการขยาย Chapter 4 จากเดิมที่กำหนดให้การแจ้งเตือน(notification)ให้กระทำโดย competent authority ของประเทศสมาชิกที่ประกาศปฏิเสศการคุ้มครองตามกฎหมายข้อ 9 ข้อ 10 หรือการถอนประกาศการปฏิเสศไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนตามกฎหมายข้อ 11 โดยเพิ่มทางเลือก (Optional Procedures) ให้การกระทำดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยประเทศสมาชิกที่ให้ถ้อยแถลง (Statement) คุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ภายในช่วงเวลาที่สามารถปฏิเสธคำขอนั้น; World Intellectual Property Organization, Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin), First Session, Geneva, March 17 – 20, 2009; Possible Improvements of The Procedures Under The Lisbon Agreement.

²⁶ กระบวนการเฉพาะสำหรับการรับคำขอจดทะเบียนในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ อยู่ในกฎข้อ 22 ซึ่งที่ประชุมมีหลักการให้การแจ้งเตือนควรแสดงให้ปรากฏอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดและมีผลบังคับใช้เป็นอีกทางเลือกหนึ่ง; World Intellectual Property Organization, Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin), First Session, Geneva, March 17 – 20, 2009; Possible Improvements of The Procedures Under The Lisbon Agreement.

²⁷ World Intellectual Property Organization, Special Union for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (Lisbon Union); Assembly, Twenty–Seventh (19th Ordinary) Session Geneva, September 26 to October 5, 2011. Report, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/gov_body/en/li_a_27/li_a_27_3.pdf

การประชุมครั้งนี้คณะทำงานได้ศึกษาผลการสำรวจและการศึกษาที่จัดทำโดยสำนักระหว่างประเทศแห่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (International Bureau) โดยอาศัยความเกี่ยวพันระหว่างระบบการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของภูมิภาคกับระบบลิขสิทธิ์ และเงื่อนไขการภาคยานุวัติโดยองค์การระหว่างรัฐบาล (Intergovernmental Organizations) และคณะทำงานได้ร่างมาตรการที่เป็นไปได้เพื่อนำเสนอในการประชุมในครั้งที่ 3 (Session 3) ต่อไป²⁸

ในการประชุมคณะทำงานครั้งที่ 3 (Session 3) ระหว่างวันที่ 23–27 พฤษภาคม ค.ศ. 2011 ได้พิจารณาหัวข้อสำคัญ 2 ประการ คือ 1) คณะทำงานได้พิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบภายใต้ความตกลงลิขสิทธิ์ว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและการจดทะเบียนระหว่างประเทศ (Regulations under the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration) ฉบับปัจจุบัน และ 2) พิจารณาร่างมาตรการที่จัดทำโดยสำนักระหว่างประเทศแห่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (International Bureau) ตามคำร้องขอของคณะทำงาน²⁹

ผลการถกเถียงเชิงลึก บนพื้นฐานของข้อเสนอที่จัดทำโดย สำนักระหว่างประเทศแห่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกข้างต้นปรากฏในเอกสารหมายเลข LI/A/27/1 เกี่ยวกับคำขอระหว่างประเทศและการแจ้งเตือนเกี่ยวกับการเพิกถอนความคุ้มครอง (invalidation) พบว่าคณะทำงานเห็นพ้องด้วยที่มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบภายใต้ความตกลงลิขสิทธิ์ว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและการจดทะเบียนระหว่างประเทศและเห็นพ้องด้วยสำหรับการเสนอเป็นวาระพิจารณาต่อสมัชชาแห่งสหภาพลิขสิทธิ์ เพื่อรับรองในวาระการประชุมรอบต่อไป ซึ่งมาตรการทั้ง 2 ประการนี้มีเป้าหมายเพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือต่อประเทศสมาชิกและประเทศที่ยังไม่เป็นสมาชิกและเป็นการสร้างความโปร่งใส รายละเอียดการแก้ไขระเบียบดังกล่าวถูกบรรจุไว้ในภาคผนวกท้ายเอกสารหมายเลข LI/WG/DEV/3/2 ในการประชุมสมัยที่ 3 ดังนี้³⁰

1. แก้ไขเพิ่มเติม กฎข้อ 5 (3) ว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำขอระหว่างประเทศ (Rule 5 Requirements Concerning the International Application) โดยเพิ่มเติมรายละเอียดอนุญาตให้ประเทศแหล่งกำเนิดสามารถระบุข้อมูลเกี่ยวกับการได้รับความคุ้มครองในประเทศแหล่งกำเนิด อาทิ รายละเอียดเฉพาะด้านเกี่ยวกับพื้นที่การผลิต คำอธิบายความเกี่ยวพันระหว่างคุณภาพหรือคุณลักษณะของสินค้าและสิ่งแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

หลักการดังกล่าวจะมีส่วนช่วยให้เกิดความชัดเจนว่าสินค้าเหล่านั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายต้องการ นอกจากนี้ รายละเอียดดังกล่าวยังมีส่วนช่วยให้หน่วยงานรับจดทะเบียนของประเทศสมาชิกอื่นสามารถทำความเข้าใจถึงคุณค่าและความชอบด้วยกฎหมายได้มากยิ่งขึ้น อีกทั้ง ข้อมูลดังกล่าวยังเป็นการเปิดเผยให้สาธารณชน ผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบ และ ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้รับทราบข้อมูลเครื่องหมายแหล่งกำเนิดนั้นด้วย

2. แก้ไขกฎ ข้อ 16 (1) ว่าด้วยการแจ้งเตือนเกี่ยวกับการเพิกถอนความคุ้มครอง (invalidation) สืบเนาคำสั่งเกี่ยวกับการเพิกถอนความคุ้มครองให้ดำเนินการในภาษาของประเทศที่ได้รับการแจ้งเตือน เพื่อความโปร่งใสให้ดำเนินการบันทึกในทะเบียนระหว่างประเทศ ภายใต้ภาษาที่เป็นทางการจำนวน 3 ภาษาของระบบลิสบอน

ต่อมา ที่ประชุมสมัชชาแห่งสภาพลิสบอน ในการประชุมครั้งที่ 27 (สมัยการประชุมสามัญ ครั้งที่ 19) ระหว่างวันที่ 26 กันยายน ถึงวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 2011 ที่ประชุมให้การตอบรับแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบภายใต้ความตกลงลิสบอน (the Lisbon Regulations) กฎข้อ 5 (3) และ กฎข้อ 16 (1) ตามที่ปรากฏในภาคผนวกท้ายเอกสารหมายเลข LI/A/27/3 และให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2012

สำหรับการประชุมคณะทำงานครั้งที่ 4 (Session 4) ระหว่างวันที่ 12-16 ธันวาคม ค.ศ. 2011 ที่ประชุมพิจารณา “ร่างตราสารฉบับใหม่เกี่ยวกับการจดทะเบียนระหว่างประเทศในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และเครื่องหมายแหล่งกำเนิด (Draft New Instrument Concerning The International Registration of Geographical Indications and Appellations of Origin)” ตามที่คณะทำงานในการประชุมครั้งที่ 3 ร้องขอให้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกจัดทำร่างมาตรฐานดังกล่าว คณะทำงานได้ถกเถียงประเด็นสำคัญในร่างตราสารฉบับใหม่เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงลิสบอนและร่างแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบภายใต้ความตกลงลิสบอน ในประเด็นสำคัญ 5 ประการ ได้แก่³¹

1. พื้นฐานการคุ้มครองและนิยาม (Basis for protection and definitions, Articles 2 and 3)
2. ขอบเขตการคุ้มครอง (Scope of protection, Articles 4 and 9)
3. หลักการใช้สิทธิก่อน (Prior use, Articles 12, 13, 14 and 18)
4. บทบัญญัติอื่น ๆ (Other substantive provisions, Articles 10, 11 and 15)
5. การยื่นคำขอระหว่างประเทศ (Filing international applications, Articles 5 and 7) และการยื่นคำขอระหว่างประเทศ ในระเบียบภายใต้ความตกลงลิสบอน (Rules 5, 6 and 8)

³¹ World Intellectual Property Organization, **Outcome Fourth Session Lisbon Working Group (Dec 12-16, 2011)**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/lisbon/en/news/2012/news_0001.html

ผลการประชุมในครั้งนี้ ประธานในที่ประชุมให้คณะทำงานดำเนินการตรวจสอบและอภิปรายร่างกฎหมายทั้งสองฉบับเพื่อนำเสนอต่อเลขาธิการ (Secretariat) ต่อไป

การประชุมคณะทำงานครั้งที่ 5 (Session 5) ระหว่างวันที่ 11-15 มิถุนายน ค.ศ. 2012 ให้ความสำคัญต่อร่างตราสารฉบับใหม่ (Draft New Instrument) และร่างระเบียบ (Draft Regulations) โดยมุ่งให้ความสำคัญต่อคำนิยาม “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indication)” และ “เครื่องหมายแหล่งกำเนิด (Appellations of Origin)” เป็นหลักเพื่อเตรียมแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงลิสบอน ผลการประชุมยังไม่มีข้อยุติในประเด็นดังกล่าว³² แต่คณะทำงานได้นำเสนอแนวทางปรับปรุงแก้ไข 2 แนวทาง คือ 1) การปรับปรุงความตกลงลิสบอนภายใต้กรอบกฎหมายปัจจุบันและความเป็นไปได้ที่จะให้องค์การระหว่างรัฐบาล (Intergovernmental Organizations) เข้ามาเป็นสมาชิกโดยการภาคยานุวัติ และ 2) ก่อตั้งระบบจดทะเบียนระหว่างประเทศสำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประธานในที่ประชุมมอบหมายให้คณะทำงานยังคงดำเนินการตรวจสอบและอภิปรายร่างกฎหมายดังกล่าวเพื่อนำเสนอต่อที่ประชุมในครั้งต่อไป³³

ก่อนการประชุมในรอบต่อไป สมัชชาแห่งสหภาพลิสบอน (The Lisbon Union Assembly) กำหนดการประชุมครั้งที่ 28 (สมัยการประชุมวิสามัญ ครั้งที่ 9) ระหว่างวันที่ 1-9 ตุลาคม ค.ศ. 2012 ได้สรุปความเป็นมาของการพัฒนาระบบลิสบอนอีกครั้ง กล่าวคือ ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2011 ได้มีการถกเถียงถึงการพัฒนาระบบลิสบอนเพื่อพิจารณาการจดทะเบียนระหว่างประเทศในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และเครื่องหมายแหล่งกำเนิดบนพื้นฐานของร่างสนธิสัญญา โดยคณะทำงานมีมติ 2 ประการ คือ 1) แก้ไขปรับปรุงความตกลงลิสบอนซึ่งเกี่ยวข้องกับกรอบกฎหมายปัจจุบันและความเป็นไปได้ที่จะให้องค์การระหว่างรัฐบาลเข้ามาเป็นสมาชิกโดยการภาคยานุวัติ และ 2) จัดตั้งระบบจดทะเบียนระหว่างประเทศสำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ อย่างไรก็ตามไม่อยู่ในฐานะที่จะสามารถแนะนำความเป็นไปได้ที่จะให้ข้อเสนอทั้งสองประการมีผลบังคับได้จริงนอกจากจะมีการประชุมทางการทูต และการแก้ไขปรับปรุงกรรมสารว่าด้วยความตกลงลิสบอน (Act of the Lisbon Agreement) พิธีสารเพิ่มเติมความตกลงลิสบอน

³² World Intellectual Property Organization, **Outcome Fifth Session Lisbon Working Group (Jun 11-15, 2012)**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/lisbon/en/news/2012/news_0006.html

³³ *Ibid.*

(Protocol Supplementing the Lisbon Agreement) หรือการตราสนธิสัญญาฉบับใหม่ทั้งฉบับ ทั้งนี้มอบคณะทำงานดำเนินการต่อไป³⁴

ต่อมาการประชุมคณะทำงานครั้งที่ 6 (Session 6) ระหว่างวันที่ 3-7 ธันวาคม ค.ศ. 2012 ที่ประชุมมีการพิจารณาร่างกฎหมายจำนวน 2 ฉบับที่นำเสนอมาจากคณะทำงานในการประชุมครั้งที่ 5 ได้แก่ ร่างความตกลงลิขสิทธิ์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (Draft Revised Lisbon Agreement) และร่างพิธีสารว่าด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฉบับเสริมความตกลงลิขสิทธิ์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (Draft Protocol on Geographical Indications Supplementing the Revised Lisbon Agreement) คณะทำงานมีการถกเถียงร่างกฎหมายดังกล่าวอย่างกว้างขวางและเห็นด้วยกับการปรับปรุงระบบจดทะเบียนระหว่างประเทศให้ครอบคลุมทั้งเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ อีกทั้งควรให้ความคุ้มครองสินค้าทั้งสองลักษณะในระดับเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การประชุมยังไม่มีผลสรุปที่ชัดเจน ประธานในที่ประชุมได้เสนอให้มีการเปิดรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติมอย่างไม่เป็นทางการจากสมาชิกในคณะทำงานเพื่อจัดเตรียมนำเสนอต่อที่ประชุมคณะทำงานครั้งต่อไป³⁵

ในการประชุมคณะทำงานครั้งที่ 7 (Session 7) ระหว่างวันที่ 29 เมษายน ถึงวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 2013 ถือเป็นวาระสำคัญของการบังคับใช้กรรมสารเจนีวาฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ คณะทำงานเห็นชอบให้นำข้อเสนอแนะของที่ประชุมสมัชชาสหภาพลิขสิทธิ์ในการประชุมครั้งที่ 28 (สมัยการประชุมวิสามัญ ครั้งที่ 9) ระหว่างวันที่ 1-9 ตุลาคม ค.ศ. 2012 เข้าสู่การรับรองของที่ประชุมสมัชชาภายใน ปีค.ศ. 2013 หรือเรียกว่า 2013 session เพื่อรับรองความตกลงลิขสิทธิ์ว่าด้วยเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2015³⁶

³⁴ World Intellectual Property Organization, **Special Union for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (Lisbon Union), Twenty-Eighth (9th Extraordinary) Session. Geneva, October 1 to 9, 2012**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/li_a_28/li_a_28_2.pdf

³⁵ World Intellectual Property Organization, **Outcome Sixth Session Lisbon Working Group (Dec 3-7, 2012)**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/lisbon/en/news/2012/news_0011.html

³⁶ World Intellectual Property Organization, **Special Union for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (Lisbon Union), Twenty-Ninth (20th Ordinary) Session Geneva, September 23 to October 2, 2013, (LI/A/29/2)**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/li_a_29/li_a_29_2.pdf

ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหภาพลิสบอน (The Lisbon Union Assembly) ในการประชุมครั้งที่ 29 (สมัยประชุมสามัญ ครั้งที่ 20) ระหว่างวันที่ 23 กันยายน ถึงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2013 ยังคงให้ความสำคัญต่อประเด็นการประชุมสมัชชาแห่งสหภาพลิสบอนในครั้งที่ผ่านๆ มา และที่ประชุมให้การรับรองการนำความตกลงลิสบอนว่าด้วยเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม เข้าสู่การประชุมทางการทูตในปี ค.ศ. 2015 ต่อไป ตามที่คณะกรรมการในการประชุมครั้งที่ 7 นำเสนอ³⁷

วันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 2013 สมัชชาแห่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Assemblies) เห็นพ้องในประเด็นสำคัญหลายประเด็น หนึ่งในประเด็นดังกล่าวคือการประชุมทางการทูตเพื่อรับรองความตกลงลิสบอนว่าด้วยเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2015³⁸

ในการประชุมคณะกรรมการครั้งที่ 8 (Session 8) ระหว่างวันที่ 2-6 ธันวาคม ค.ศ. 2013 คณะทำงานได้ตรวจสอบร่างความตกลงลิสบอนฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (the draft Revised Lisbon Agreement) และร่างระเบียบ (Draft Regulations) การอภิปรายเกิดขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกความตกลงลิสบอนและคณะผู้สังเกตการณ์ ที่ประชุมอนุมัติให้คณะทำงานดำเนินการในเรื่องที่มีความสำคัญบางประการโดยเฉพาะประเด็นในเรื่องของขอบเขตความคุ้มครองและการปกป้องสิทธิอื่น ๆ (safeguards for other rights) อาทิ เครื่องหมายการค้าที่ใช้มาก่อน ประธานคณะกรรมการสนับสนุนให้คณะทำงานและผู้เข้าร่วมประชุมระดมความคิดเห็นผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อนำเข้าหารือในการประชุมครั้งต่อไป

ในการประชุมคณะกรรมการครั้งที่ 9 ระหว่างวันที่ 23 - 27 มิถุนายน ค.ศ. 2014 เป็นการประชุมเพื่อเตรียมการในรอบสุดท้ายของการเจรจาความตกลงลิสบอนฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อพิจารณาร่างความตกลงลิสบอนและร่างระเบียบที่บรรดาคณะกรรมการได้เสนอมา ว่าร่างกฎระเบียบฉบับใดมีความเหมาะสมที่จะนำเข้าสู่การประชุมทางการทูตเพื่อรับรองให้เป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงลิสบอน ที่ประชุมระดมความคิดเห็นจากบรรดาร่างระเบียบต่าง ๆ อย่างละเอียดถี่ถ้วนจนได้ประเด็นที่จะนำเข้าสู่การประชุมในครั้งที่ 10 จำนวน 21

³⁷ World Intellectual Property Organization, **Special Union for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (Lisbon Union), Twenty-Ninth (20th Ordinary) Session Geneva, September 23 to October 2, 2013, (LI/A/29/1)**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/li_a_29/li_a_29_1.pdf

³⁸ World Intellectual Property Organization, **WIPO Assemblies, Geneva, October 3, 2013**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2013/article_0022.html

ประเด็น³⁹ นอกจากนี้คณะทำงานยังพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับตารางอัตราค่าธรรมเนียมภายใต้ระเบียบภายใต้ความตกลงลิสบอน ข้อ 23 ฉบับปัจจุบันซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994⁴⁰ จึงมีการปรับปรุงตารางอัตราค่าธรรมเนียมใหม่ กล่าวคือ 1) ค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนระหว่างประเทศ 1,000 สวิสฟรังก์ 2) ค่าธรรมเนียมการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำขอจดทะเบียนระหว่างประเทศ 500 สวิสฟรังก์ 3) ค่าธรรมเนียม 150 สวิสฟรังก์ สำหรับจัดเตรียมหนังสือสำคัญจากทะเบียนระหว่างประเทศ 4) 100 สวิสฟรังก์ สำหรับการรับรองข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทะเบียนระหว่างประเทศ⁴¹ ขณะที่ตัวแทนของประเทศสมาชิกต่างขอเวลาในการพิจารณาข้อเสนอดังกล่าวของคณะทำงานและร้องขอให้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกจัดเตรียมข้อมูลเพิ่มเติมสำหรับนำเสนอต่อไป

³⁹ ประเด็นที่รอการพิจารณาจำนวน 21 ประเด็น ได้แก่ 1) ชื่อและอาร์มภพของร่างความตกลงฉบับแก้ไขเพิ่มเติม 2) การอนุวัติการณ์ตามข้อ 1(xiv) 3) เนื้อหาข้อ 2(2) และข้อ 5 (4) เกี่ยวกับพื้นที่แหล่งกำเนิดต่างถิ่น 4) สิทธิในการยื่นคำขอภายใต้ข้อ 5(2) 5) ข้อ 7(2)(b) ข้อ 8(3) ข้อ 24(3)(v) และบทบัญญัติอื่นเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการเก็บค่าธรรมเนียมการให้บริการ maintenance fees 6) ความเป็นไปได้ในการแนะนำบทบัญญัติแห่งความตกลงลิสบอนฉบับปัจจุบัน 7) ข้อ 7(4) เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมรายประเทศ 8) การคงไว้ซึ่งความในข้อ 9 (1) และการย้ายความในข้อ 9 (2) ไปบัญญัติไว้ในข้อ 6 9) ความในข้อ 10 (3) เมื่อพิจารณาควบคู่กับข้อ 15 (2) ควรขยายความคุ้มครองให้มากขึ้น 10) ทางเลือกที่หลากหลายของข้อ 11(1)(a) และข้อ 11(3) 11) ประเด็นเกี่ยวกับร่างความเห็นการย้ายรวมข้อบทของกฎหมาย ไปยังข้อ 11 12) ข้อ 12 เกี่ยวกับการป้องกันชื่อสามัญ 13) ข้อ 13(1) การปกป้องเครื่องหมายการค้าที่มีสิทธิก่อน 14) ให้คงความในข้อ 13 (2) ถึง (4) และให้แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 17 (2) 15) ข้อ 16(2) การเจรจาเมื่อถูกปฏิเสธการจดทะเบียน 16) ข้อ 17 ความจำเป็นกรณีใกล้จะครบกำหนดเวลา 17) ข้อ 19(2) ควรตราบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนความคุ้มครอง 18) ระเบียบข้อ 5(3) ควรกำหนดเป็นทางเลือกหรือบังคับ 19) ระเบียบข้อ 5(4) ที่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกประกาศเจตนาในการเลือกใช้ Registered Appellations of Origin หรือ Registered Geographical Indications 20) การสนับสนุนความโปร่งใสภายใต้ระเบียบข้อ 5(5)(3) และ 21) จำนวนค่าธรรมเนียมในระเบียบข้อ 8(1)

⁴⁰ ตารางอัตราค่าธรรมเนียมเดิมที่ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1994 ได้แก่ 1) ค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนระหว่างประเทศ 500 สวิสฟรังก์ 2) ค่าธรรมเนียมการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำขอจดทะเบียนระหว่างประเทศ 200 สวิสฟรังก์ 3) ค่าธรรมเนียม 90 สวิสฟรังก์ สำหรับจัดเตรียมหนังสือสำคัญจากทะเบียนระหว่างประเทศ 4) 80 สวิสฟรังก์ สำหรับการรับรองข้อมูลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทะเบียนระหว่างประเทศ

⁴¹ World Intellectual Property Organization, **Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin): Proposal to Update the Fee Schedule Under Rule 23 of The Regulations Under the Lisbon Agreement, Ninth Session Geneva, June 23 to 27, 2014**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/li_wg_dev_9/li_wg_dev_9_6.pdf

การประชุมคณะทำงานครั้งที่ 10 ระหว่างวันที่ 27-31 ตุลาคม ค.ศ. 2014 มีวัตถุประสงค์เพื่อทบทวนประเด็นที่รอการพิจารณาภายใต้ร่างความตกลงลิสบอนฉบับแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 21 ประเด็น และประเด็นเกี่ยวกับร่างระเบียบแห่งความตกลงฉบับนี้ (Regulations) และเพื่อตกลงกันเกี่ยวกับข้อเสนอพื้นฐานสำหรับการประชุมทางการทูตเพื่อรับรองกรรมสารฉบับใหม่ว่าด้วยความตกลงลิสบอนเพื่อการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและการจดทะเบียนระหว่างประเทศ (Basic Proposal for the Diplomatic Conference for the Adoption of a new Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and Their International Registration)⁴²

ผลการประชุมได้ข้อสรุปว่ามีประเด็นข้อพิจารณาจำนวน 4 ประเด็นได้ข้อยุติ⁴³ ได้แก่

1. ชื่อร่างความตกลงลิสบอนฉบับแก้ไขเพิ่มเติมและอารัมภบท
2. การคงไว้ซึ่งความในข้อ 9 (1) ว่าด้วยผลของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก และการย้ายความในข้อ 9 (2) ว่าด้วยวันที่มีผลของการจดทะเบียนระหว่างประเทศ ไปบัญญัติไว้ในข้อ 6 ว่าด้วยการจดทะเบียนระหว่างประเทศ
3. ความในข้อ 10 (3) ว่าด้วยการได้รับความคุ้มครองภายใต้ตราสารฉบับอื่นในประเทศสมาชิก เมื่อพิจารณาควบคู่กับข้อ 15 (2) ว่าด้วยการปฏิเสธความคุ้มครองภายใต้ตราสารฉบับอื่นในประเทศสมาชิกแล้ว เห็นควรขยายความคุ้มครองให้มากขึ้น
4. ให้คงความในข้อ 13 (2) ถึง (4) ว่าด้วยการปกป้องสิทธิอื่น ๆ (Safeguards in Respect of Other Rights) และให้แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 17 (2) ว่าด้วยผู้มีสิทธิใช้ก่อน (Prior Use) และเชิงอรรถที่ 4

ขณะที่ประเด็นอื่นๆ อีก 17 ประเด็น ได้มีการนำเข้าสู่ที่ประชุมทางการทูตสำหรับการรับเอากรรมสารลิสบอนฉบับใหม่ (Diplomatic Conference for the Adoption of a new Act of the Lisbon Agreement) ภายใต้ชื่อ “กรรมสารเจนีวาแห่งความตกลงลิสบอนว่าด้วยเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (The Geneva Act of The Lisbon Agreement on

⁴² World Intellectual Property Organization, **Outcome – Tenth session Lisbon Working Group, October 27–31, 2014**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/lisbon/en/news/2014/news_0007.html

⁴³ World Intellectual Property Organization, **Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin) Tenth Session Geneva, October 27 to 31, 2014**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/geind/en/li_wg_dev_10/li_wg_dev_10_6.pdf

Appellations of Origin and Geographical Indications)” ซึ่งจัดขึ้น ณ กรุงเจนีวา ระหว่างวันที่ 11-21 พฤษภาคม ค.ศ. 2015 ส่งผลให้ระบบลิสบอน (Lisbon System) มีความน่าสนใจจากประเทศต่างๆ ขณะที่ยังคงสงวนหลักการและวัตถุประสงค์ของความตกลงลิสบอนไว้เช่นเดิม⁴⁴

ในวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2015 เป็นวาระสำคัญก่อนการบังคับใช้กรรมสารเจนีวา เนื่องจากการเจรจาวันสุดท้ายเพื่อรับรองกรรมสารเจนีวา ที่ประชุมให้การรับรองการแก้ไขระบบจดทะเบียนระหว่างประเทศ โดยให้การคุ้มครองแก่ชื่อที่บ่งชี้ถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าต่างๆ อาทิ กาแฟ ชา ผลไม้ ไวน์ เครื่องปั้นดินเผา แก้ว และผ้า นอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงสำคัญเกิดขึ้นในเรื่องค่าธรรมเนียม ขอบเขตการคุ้มครอง การคุ้มครองเพื่อป้องกันการใช้คำสามัญ การปกป้องสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่มีสิทธิใช้ก่อน

นอกจากนี้ กรรมสารเจนีวาได้ขยายให้มีการจดทะเบียนระหว่างประเทศในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ นอกเหนือไปจากเครื่องหมายแหล่งกำเนิด และอนุญาตให้องค์การระหว่างรัฐบาลสามารถเข้าเป็นสมาชิกของความตกลงลิสบอนได้ด้วยการภาคยานุวัติ และกรรมสารฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้ภายใน 3 เดือน หลังจากมีประเทศสมาชิกเข้าร่วมโดยการให้สัตยาบันสาร (Instruments of Ratification) หรือการภาคยานุวัติ (Accession)⁴⁵

ปัจจุบันมีประเทศให้สัตยาบันสาร หรือภาคยานุวัติแล้วจำนวน 4 ประเทศ กับ 1 กลุ่มประเทศ ได้แก่ 1) ราชอาณาจักรกัมพูชา เข้าเป็นสมาชิกเมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2018 2) ประเทศอัลบาเนีย เข้าเป็นสมาชิกเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2019 3) ประเทศซามัว เข้าเป็นสมาชิกเมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2019 4) ประเทศเกาหลิใต้ เข้าเป็นสมาชิกเมื่อวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ. 2019 และ 5) สหภาพยุโรป เข้าเป็นสมาชิกเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2019 ตามลำดับ ดังนั้น กรรมสารเจนีวาจึงมีผลบังคับใช้วันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2020 ซึ่งเป็นระยะเวลา 3 เดือน หลังจากมีประเทศเข้าเป็นสมาชิกกรรมสารฉบับนี้⁴⁶

⁴⁴ World Intellectual Property Organization, **Diplomatic Conference for the Adoption of a new Act of the Lisbon Agreement – The Geneva Act of the Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/meetings/diplomatic_conferences/2015/en/

⁴⁵ World Intellectual Property Organization, **Negotiators Adopt Geneva Act of Lisbon Agreement at Diplomatic Conference**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2015/article_0009.html

⁴⁶ World Intellectual Property Organization, **Group on the Development of the Lisbon System. Third Session Geneva, November 2 and 3, 2020**, Retrieved June 2, 2022 from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/li_wg_dev_sys_3/li_wg_dev_sys_3_2.pdf

2. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเป็นภาคีกรรมสารเจนีวา

ในส่วนนี้คณะผู้วิจัยทำการศึกษาค้นคว้าแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเป็นภาคีกรรมสารเจนีวา เพื่อเป็นฐานสำหรับวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมบนพื้นฐานของบริบทกฎหมายไทยเพื่อเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายต่อการเข้าเป็นภาคีกรรมสารฉบับนี้ ประกอบด้วยแนวคิดที่สำคัญ 2 แนวคิด ได้แก่ แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และแนวคิดการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว รายละเอียดดังนี้

2.1 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิที่กฎหมายมอบให้แก่ชุมชน พื้นที่ หรือท้องถิ่นที่มีสินค้าอันมีเอกลักษณ์เฉพาะถิ่นแตกต่างไปจากชุมชนท้องถิ่นอื่น หรือกล่าวได้ว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิชุมชน (Community Right) แม้แนวคิดการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมีต้นกำเนิดมาจากความต้องการที่จะปกป้องผลประโยชน์ของผู้ผลิตไวน์ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหลัก ดังเห็นได้จากการตรากฎหมายผูกขาดไวน์จากแคว้นบอร์โด (Bordeaux) ได้รับสิทธิพิเศษทางการค้าเหนือกว่าไวน์จากแหล่งภูมิศาสตร์อื่นที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง แต่ในเวลาต่อมาแนวคิดเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็เปลี่ยนแปลงไปโดยหันไปปกป้องผู้บริโภคจากการฉ้อโกงหรือหลงผิดในสินค้าเช่นเดียวกัน⁴⁷

นอกจากนี้ ตะวัน เดชภีร์ตันมงคล ได้ศึกษามุมมองด้านปรัชญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของ Lisa P. Lukose⁴⁸ ที่แสดงให้เห็นมุมมองของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็น 1) มุมมองด้านศีลธรรม (Moral Argument) ที่มีการอ้างอิงถึงหลักคำสอนของพระเจ้า หรือ 2) มุมมองด้านวัฒนธรรม (Cultural Argument) ที่มองว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการตกทอดทางวัฒนธรรมที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะถิ่น จากปัจจัยทางธรรมชาติของแต่ละประเทศ ผลงานภูมิปัญญาของมนุษย์จนทำให้ความมีชื่อเสียงตกทอดจากรุ่นสู่รุ่น และ 3) มุมมองด้านสังคม (Social Argument) ซึ่ง Lukose มองว่า หากพิจารณาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในมุมมองด้านสังคมเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ ในฐานะเป็นทรัพย์สินที่สร้างความมั่งคั่งแก่เจ้าของสิทธิแล้ว สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อาจเทียบไม่ได้กับมูลค่า

⁴⁷ William van Caenegem, **Registered Geographical Indications Between Intellectual Property and Rural Policy-Part II**, Retrieved January 29, 2019 from http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/4

⁴⁸ Lisa P. Lukose รองศาสตราจารย์ด้านกฎหมาย University School of Law and Legal Studies ตั้งอยู่ ณ กรุงนิวเดลี ประเทศอินเดีย เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพย์สินทางปัญญาและเป็นหนึ่งในผู้พิจารณาร่างกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศอินเดีย

ของทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ แต่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและเกิดการจ้างงานในท้องถิ่น⁴⁹

จากมุมมองดังกล่าวเมื่อพิจารณากฎหมายแม่บทรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองสิทธิของชุมชนไว้อย่างชัดเจนทั้งในรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2540⁵⁰ และฉบับปี 2550⁵¹ กล่าวคือ ชุมชนดั้งเดิมมีสิทธิอนุรักษ์ พื้นฟู และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีและการใช้ประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม

จะเห็นได้ว่า แนวคิดในการปกป้องและคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งเป็นหนึ่งในสิทธิ ชุมชนที่ประเทศไทยให้ความสำคัญมาโดยตลอดกว่าสองทศวรรษ ก่อนที่กฎหมายคุ้มครอง สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทยจะมีผลใช้บังคับวันที่ 28 เมษายน พ.ศ. 2547 นั้นแสดงให้เห็นว่า รากฐานแนวคิดการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในต่างประเทศที่ขยายอิทธิพลไปยังประเทศ ต่าง ๆ ทั่วทุกมุมโลกต่างมีมิติการคุ้มครองที่หลากหลายครอบคลุมถึงชุมชนท้องถิ่นที่ผิวนาน สังคม วัฒนธรรม และระบบเศรษฐกิจของชุมชนเข้าด้วยกันอย่างกลมกลืน แนวคิดดังกล่าวจึง เป็นแรงผลักดันให้มีกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขึ้นในระดับกฎหมายภายใน และ พัฒนาส่งเสริมถึงระดับกฎหมายระหว่างประเทศจวบจนปัจจุบัน

2.2 แนวคิดการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว (Harmonization of Law)

แนวคิดเรื่องการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวนั้นปรากฏอย่างกว้างในขอบเขต กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และถือเป็นพื้นฐานของการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวใน

⁴⁹ สรุปความจาก Lisa P. Lukose, “Rationale and Prospects of the Protection of Geographical Indication: An Inquiry,” *Indian Law Institute: Journal of Intellectual Property Rights* 12 (March 2007): 212–223.; อ้างอิงใน ตะวัน เดชภักดิ์นวมงคล, *การพัฒนามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์* (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2561), หน้า 14–15.

⁵⁰ มาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 “บุคคลซึ่งรวมตัวกันเป็น ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดี ของท้องถิ่นและของชาติ และการมีส่วนร่วมในการจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และ สิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

⁵¹ มาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 “บุคคลซึ่งรวมกันเป็น ชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

ขอบเขตของกฎหมายด้านอื่นๆ กล่าวคือ การทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการรวมกลุ่มกันทางเศรษฐกิจ (Economic Integration) ประเทศที่ตกลงเข้ามารวมกลุ่มกันอาจมีพื้นฐานของระบบกฎหมาย และหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันและถือเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากแต่ละประเทศย่อมต้องการใช้กฎหมายภายในของประเทศตนต่อข้อตกลงทางการค้า⁵² การใช้กฎหมายภายในของประเทศอื่นอาจก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นซึ่งต้นทุนธุรกรรม (Transaction Cost Economics) กล่าวคือ ต้นทุนทางธุรกรรมเพิ่มขึ้นจากการที่กฎหมายบางฉบับได้กำหนดรูปแบบ ขั้นตอนของการทำธุรกรรมในเรื่องต่างๆ ของแต่ละประเทศแตกต่างกันไป การทำธุรกรรมทางการค้า และการระงับข้อพิพาท อาจมีรูปแบบและขั้นตอนที่แตกต่างกัน ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมทางการค้าในบางประเทศอาจเพิ่มสูงขึ้น ส่งผลให้เกิดปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนของค่าใช้จ่ายของการทำธุรกรรม⁵³ การสร้างรูปแบบและโครงสร้างของกฎหมายเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมให้สอดคล้องกันในกลุ่มประเทศ หรือการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวจึงอาจเป็นทางออกที่ช่วยบรรเทาปัญหาดังกล่าวให้ลดน้อยลงได้

การทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว (Harmonization of Law) เป็นกระบวนการในการจัดระเบียบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของกลุ่มประเทศให้เป็นไปในรูปแบบเดียวกัน ภายใต้กระบวนการดังกล่าว กฎหมายภายในประเทศของกลุ่มประเทศบางส่วนอาจถูกแทนที่ด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่ถูกสร้างขึ้นร่วมกันในระหว่างประเทศสมาชิกให้มีลักษณะเดียวกัน⁵⁴

การทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวในบริบทที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยฉบับนี้ อาจแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ 1) การตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศในการสร้างกฎหมายร่วมกัน เช่น สนธิสัญญา (Treaty) หรือ อนุสัญญา (Convention) เป็นต้น ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ รูปแบบ และโครงสร้างทางกฎหมายร่วมกัน และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่วางไว้เพื่อให้มีผลบังคับใช้ระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิก และ 2) การยอมรับ (Adoption) หลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ถูกสร้างขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศหนึ่ง เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในประเทศของตนบางเรื่อง โดยที่ไม่ได้

⁵² Michael J. Dennis, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT Principles continue to provide the best way forward,” *Uniform Law Review* 19, 1 (2014): 114.

⁵³ Enrico Baffi and Paolo Santella, *The Economics of Legal Harmonization*, Retrieved June 2, 2022 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1690967

⁵⁴ Marcel Fontaine, “Law harmonization and local specificities – a case study: OHADA and the law of contracts,” *Uniform Law Review* 18, 1 (June 2013): 50.

ตกลงเข้าร่วมเป็นภาคีขององค์การระหว่างประเทศนั้น⁵⁵ ประโยชน์ประการหนึ่งที่ประชาคมโลก ได้มีแนวความคิดในการสร้างกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน คือ ช่วยก่อให้เกิดความเป็นธรรม และความเชื่อมั่นในการค้า การลงทุน และการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดย ประเทศต่าง ๆ ที่ออกกฎหมายสอดคล้องกันย่อมได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน⁵⁶ และในทางการค้า ระหว่างประเทศ การทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกันถือเป็นส่วนสำคัญช่วยให้เกิดการแข่งขัน ทางการค้าอย่างเป็นธรรม (a Fair Trade Competition) อีกด้วย แต่สิ่งที่จะต้องคำนึงถึง คือ ข้อจำกัดของกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อนำมาบังคับใช้ภายในประเทศ หรือการนำ กฎหมายมาสร้างให้เป็นหนึ่งเดียวกันในระหว่างกลุ่มประเทศ อาจขัดต่อวัฒนธรรมของบาง ประเทศ และบางประเทศอาจเสียเปรียบเพราะการนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ภายในประเทศ⁵⁷

ดังนั้น การทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวนั้น ประเทศสมาชิกต้องคำนึงถึงระดับ (Degree) ของการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว เพื่อความสอดคล้องกับปัจจัยพื้นฐานด้านระบบ กฎหมาย สภาพสังคม และวัฒนธรรมระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกต้อง คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการรวมกลุ่มประเทศ เช่น เมื่อวัตถุประสงค์ของการสร้างกลุ่ม ประเทศขึ้นเพื่อสร้างตลาดร่วม (Common Market) หรือ เพื่อสร้างตลาดเดียวกัน (Single Market) เป็นต้น ประเทศสมาชิกอาจกำหนดระดับของการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน บางส่วน โดยอาจยอมรับการปรับลดหลักเกณฑ์ด้านภาษีอากรเกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออก สินค้าให้เป็นไปในอัตราและรูปแบบเดียวกัน และปรับระบบกฎหมายของกลุ่มประเทศสมาชิกให้ สอดคล้องกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้เป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เท่านั้น⁵⁸ โดยใน เรื่องนี้มีนักวิชาการบางท่านได้พยายามแบ่งแยกประเภทของการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว ดังนี้

⁵⁵ Helmut Wagner, **Legal Uncertainty – Is Harmonization of Law the Right Answer? A Short Overview**, Retrieved June 2, 2022 from <https://www.xn--fernuniversitthagen-swb.de/wirtschaftswissenschaft/download/beitraege/db444.pdf>

⁵⁶ Camilla Baasch Andersen, Ross Ashcroft, and Mads Andenæs, **Towards a theory of Harmonisation, theory and practice of harmonization** (Massachusetts: Edward Elga, 2011), p. 573.

⁵⁷ Sundares Menon, “Transnational Commercial Law: Realities, Challenges and a Call for Meaningful Convergence,” **Singapore Journal of Legal Studies** 2, 2 (September 2013): 232.

⁵⁸ Thomas Papadopoulos, **EU Law, and Harmonization of Takeovers in the Internal Market** (London: Kluwer Law International, 2010), p. 332.

Mads Andenæs⁵⁹ ได้กำหนดระดับของการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกัน ออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ Active Harmonization และ Passive Harmonization กล่าวคือ Active Harmonization เป็นกรณีที่ประเทศสมาชิกยอมรับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน ส่วน Passive Harmonization คือ การที่ประเทศสมาชิกเลือกที่จะยอมรับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามความสมัครใจ

กมลินทร์ พิณจิวดล และคณะ ได้นำเสนอในรายงานการศึกษาวิจัย โดยกำหนดระดับของการทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวแบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ Maximum Harmonization หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Full Harmonization คือ การที่ประเทศสมาชิกทั้งหลายเป็นการยอมรับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของกลุ่มประเทศ และนำมาแทนที่กฎหมายภายในของตนเหมือนกันทุกประเทศ จึงทำให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นหนึ่งเดียวในกลุ่มประเทศ และอีกระดับหนึ่งคือ Minimum Harmonization คือ การที่ประเทศสมาชิกยอมรับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของกลุ่มประเทศเฉพาะข้อบังคับพื้นฐาน (Mandatory Floor) เท่านั้น ประเทศสมาชิกยังคงมีการใช้กฎหมายภายในเท่าที่ไม่ขัดต่อข้อบังคับพื้นฐาน⁶⁰

ปัจจุบันความร่วมมือในระดับภูมิภาคกระจายตัวอยู่ในทวีปต่าง ๆ เช่น ในทวีปแอฟริกา ประเทศต่าง ๆ ประสบปัญหาหลากหลายด้านด้วยกัน หนึ่งในนั้นคือปัญหาการเติบโตทางเศรษฐกิจ ที่จำกัด ประเทศต่าง ๆ จึงได้รวมตัวจัดตั้งตลาดร่วมแห่งแอฟริกาตะวันออกและแอฟริกาตอนใต้ (Common Market for Eastern and Southern Africa: COMESA) โดยเป็นการรวมกลุ่มในลักษณะตลาดร่วม⁶¹ และได้กำหนดให้มีการทำกฎหมายธุรกิจให้เป็นหนึ่งเดียวกัน เพื่อเสริมสร้างให้เกิดการแข่งขันทางการค้า โดยให้มีการเก็บภาษีการนำเข้าในอัตราเดียวกันทั้งกลุ่ม และดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติ และในการนี้ได้สร้างบรรยากาศที่เหมาะสมแก่การแข่งขัน บริษัทต่าง ๆ แข่งขันกันดึงดูดลูกค้าให้เข้ามาซื้อสินค้าและใช้บริการ การพัฒนานวัตกรรม และการปรับปรุงรูปแบบของการบริการแก่ลูกค้า ในขณะที่เดียวกันก็ช่วยทำให้ต้นทุน

⁵⁹ Mads Andenæs, *The Impact of European Commercial Law Harmonization*, Retrieved June 2, 2022 from https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/43059/The_Impact_Of_European_Commercial_Law_Harmonization.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶⁰ สรุปความจาก กมลินทร์ พิณจิวดล และคณะ, *การเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายของไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน* (กรุงเทพฯ: สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา (องค์การมหาชน), 2559). หน้า 28.

⁶¹ สภาหอการค้าแห่งชาติ, *เคนยาประตูสู่ COMESA และแอฟริกา*, ค้นวันที่ 2 มิถุนายน 2565 จาก <https://thaichamber.org/public/upload/file/document/0814181534211831.pdf>

ลดลง ผู้ประกอบการได้กำไรมากขึ้น ในขณะที่ผู้บริโภคได้ใช้สินค้าคุณภาพที่เหมาะสมในราคาที่ถูกลง⁶²

นอกจากนี้ในทวีปอเมริกาใต้ ประเทศอาร์เจนตินา บราซิล ปารากวัย และอุรุกวัย ได้รวมตัวกันสร้าง ตลาดร่วมอเมริกาใต้ตอนล่าง (Southern Common Market: MERCOSUR) ภายใต้การจัดทำสนธิสัญญา Asunción และมุ่งยกระดับเป็นการรวมตัวกันในระดับภูมิภาค ภายหลังได้มีสมาชิกสมทบ ได้แก่ ชิลี โบลิเวีย เปรู โคลอมเบีย และเอกวาดอร์⁶³ ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว กลุ่มประเทศได้กำหนดเป้าหมายให้รวมกฎหมายพาณิชย์ให้เป็นหนึ่งเดียว เพื่อช่วยส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันทางการค้าภายในกลุ่มประเทศและร่วมมือกันต่อสู้กับนักลงทุนจากภูมิภาคของโลก⁶⁴ โดยการกำหนดสหภาพศุลกากร (Customs Union) ซึ่งไม่มีกำแพงภาษีระหว่างประเทศสมาชิกในสหภาพศุลกากร และกำหนดอัตราภาษีศุลกากรระดับเดียวกันสำหรับสินค้าที่นำเข้าจากประเทศนอกกลุ่ม และวางหลักเกณฑ์ของการเข้าประเทศ และช่วยรักษาความสมดุลทางเศรษฐกิจในกลุ่มประเทศ⁶⁵ โดย Silvia Fazio กล่าวว่า ความเป็นมาของวัฒนธรรม กฎหมาย และความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกของตลาดร่วมอเมริกาใต้ตอนล่าง มีความคล้ายกับประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป (European Union) แต่มีความแตกต่างกันที่ MERCOSUR มุ่งในเชิงผลประโยชน์ร่วมกันทางเศรษฐกิจเท่านั้น ในขณะที่สหภาพยุโรปมีขอบเขตที่กว้างกว่าครอบคลุมเรื่องอื่น ๆ ด้วย⁶⁶ นอกจากนี้ Nakagawa⁶⁷ ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายเศรษฐศาสตร์ระหว่างประเทศ แห่งมหาวิทยาลัยโตเกียว ประเทศ

⁶² Aboubacar Fall, “Harmonisation of Commercial Law in the Franc Zone (Africa),” *International Business Lawyer* 23, 2 (1995): 82.

⁶³ กระทรวงการต่างประเทศ, *ตลาดร่วมแอฟริกาตอนล่าง*, ค้นวันที่ 2 มิถุนายน 2565 จาก <https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bcc2115e39c306000a194?cate=5d5bcb4e15e39c3060006870>

⁶⁴ MERCOSUR, *MERCOSUR in brief*, Retrieved June 2, 2022 from <https://www.mercosur.int/en/about-mercosur/mercosur-in-brief/>

⁶⁵ Marcel Vaillant, *Deepening Integration of MERCOSUR: Dealing with Disparities*, Retrieved June 2, 2022 from <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Asymmetries-and-Disparities-in-the-Economic-Integration-of-a-South-South-Customs-Union.pdf>

⁶⁶ Silvia Fazio, *The Harmonization of International Commercial Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007), p. 87.

⁶⁷ Junji Nakagawa, *International Harmonization of Economic Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 110.

ญี่ปุ่น กล่าวเพิ่มเติมว่า การรวมกฎหมายทางพาณิชย์ให้เป็นหนึ่งเดียวเป็นการพยายามในการลดความแตกต่างของกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องในทางเศรษฐกิจ และใช้กฎเกณฑ์ร่วมกันซึ่งสร้างขึ้นจากสถาบันภายใต้ความตกลงร่วมกันของกลุ่มประเทศ ในขณะที่ประเทศสมาชิกต่าง ๆ ยังคงไว้ซึ่งเขตอำนาจในทางกฎหมาย และกฎเกณฑ์ด้านอื่น ๆ

3. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเป็นภาคีความตกลงระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมีความเกี่ยวพันกันในแง่มุมมองของการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ เมื่อประเทศสมาชิกได้ตกลงเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญา หรือยอมรับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ประเทศสมาชิกอาจต้องนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ภายในประเทศ จึงเกิดประเด็นที่ว่าระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน กฎหมายใดควรมีอำนาจเหนือกว่ากัน ในเรื่องนี้มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

3.1 ทฤษฎีเอกนิยม (Monism)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่ากฎหมายในสังคมโลกมีอยู่เพียงระบบเดียว ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างระบบกฎหมายระหว่างประเทศและระบบกฎหมายภายในประเทศ หากพิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายของทั้งสองระบบ ต่างมีความเป็นเอกภาพและมีความสมบูรณ์ของการเกิดขึ้นของกฎหมาย⁶⁸ การบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศจึงสามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรงในระบบกฎหมายภายใน แต่การบังคับใช้ รัฐต้องคำนึงถึงลำดับศักดิ์ของกฎหมายทั้งสองระบบ โดยยังปรากฏความแตกต่างกันในมุมมองนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับเรื่องนี้⁶⁹ อย่างไรก็ตาม ในภาพรวมของประเทศต่าง ๆ ที่ยึดถือตามแนวความคิดนี้ องค์กภายในของรัฐอาจหยิบยกกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ภายใต้ระบบกฎหมายภายในประเทศได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการอนุวัติการหรือการทำกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในโดยลำดับศักดิ์ของกฎหมายทั้งสองระบบตามแนวทางของทฤษฎีนี้อาจแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง⁷⁰

⁶⁸ David Thór Björgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law: a theoretical and practical analysis* (Massachusetts: Edward Elgar, 2015), p. 20.

⁶⁹ Torben Spaak, "Kelsen on Monism and Dualism," *Basic Concepts of Public International Law: Monism & Dualism*, Marko Novakovic, ed. (Belgrade: Alter DOO and Faculty of Law, University of Belgrade, Institute of Comparative Law, 2013), pp. 328–329.

⁷⁰ สรุปความจาก กมลินทร์ พินิจภูวดล และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 12.

แนวทางแรก สำนักเอกนิยมดั้งเดิม (Classic Monism) โดยสำนักนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักนิติศาสตร์ทั้งสองท่านคือ Kelsen และ Lauterpacht ตามแนวความคิดนี้เชื่อว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายภายใน เนื่องจากหลักเกณฑ์หนึ่งจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีที่มาจากหลักเกณฑ์อีกอันหนึ่ง ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่เชื่อว่าธรรมชาติมีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนและมีค่าสูงกว่ากฎเกณฑ์อื่น การที่ได้กำหนดให้กฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายภายในประเทศนั้น เพื่อให้เกิดการบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แนวทางที่สอง เอกนิยมผกผัน (Inverted Monism) โดย Jellinek เป็นผู้สนับสนุนแนวคิดนี้ โดยให้ความสำคัญกับกฎหมายภายใน และยอมรับเอกภาพของกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเกิดการขัดกันของการบังคับใช้กฎหมาย ตามแนวคิดนี้จะถือว่ากฎหมายภายในมีลำดับศักดิ์ที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ เพราะรัฐมีอธิปไตยในการสร้างเจตจำนง แต่กฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากความยินยอม การที่กฎเกณฑ์ของรัฐแตกต่างจากกฎหมายระหว่างประเทศเท่ากับรัฐยื่นกรานหรือคัดค้านกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ

ตามแนวความคิดข้างต้นนี้ รัฐอาจนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายภายในประเทศได้โดยตรง เรียกว่า การผนวก (Incorporation) และถือเป็นการยอมรับการเป็นระบบเดียวกันระหว่างกฎหมายทั้งสองระบบ ดังนั้นรัฐอาจผนวกกฎหมายระหว่างประเทศเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายภายในโดยทันที โดยไม่ต้องแปลงกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในโดยอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติเสียก่อน⁷¹

3.2 ทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ ต่างก็เป็นระบบกฎหมายที่มีความสมบูรณ์ แต่มีความแตกต่างกันในแหล่งที่มาของกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายทั้งสองระบบจึงต้องแยกออกจากกัน และไม่อาจถือเป็นระบบเดียวกัน ระบบกฎหมายทั้งสองระบบจึงไม่มีลำดับศักดิ์ และไม่มียุทธศาสตร์กฎหมายใดที่อยู่เหนือกว่าอีกระบบ เมื่อมีการขัดกันของกฎหมาย องค์กภายในของรัฐรวมถึงภาคประชาชนต้องคำนึงถึงการใช้อำนาจภายในของตนเป็นสำคัญ⁷²

⁷¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed. (New York, NY: Oxford University Press, 2008), p. 32.

⁷² *Ibid.*, p. 33.

อนึ่ง การพิจารณาในเรื่องของความแตกต่างของระบบกฎหมายทั้งสองระบบนั้น อาจพิจารณาได้ในเชิงเนื้อหา (Subject-Matter) กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอธิปไตย ส่วนกฎหมายภายในมีวัตถุประสงค์กำกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน นอกจากนี้หากพิจารณาในเชิงของการบังคับใช้กฎหมายเหนือบุคคล ภายใต้กฎหมายทั้งสองระบบ ปรากฏว่าภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐถือเป็นบุคคล (Subject) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่อาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่จะจะได้แสดงเจตจำนงในการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้ตกลงเข้าผูกพันตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) แต่บุคคลตามกฎหมายภายในนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในโดยไม่อาจโต้แย้งได้ ดังคำกล่าวที่ว่า บุคคลไม่สามารถอ้างความไม่รู้กฎหมายเพื่อใช้เป็นข้อแก้ตัวในการไม่เคารพกฎหมาย (ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat)⁷³ ดังนั้น เมื่อระบบกฎหมายของทั้งสองระบบมีความแตกต่างกันไม่เป็นระบบเดียวกัน การบังคับใช้กฎหมายต้องผ่านกระบวนการที่กำหนดไว้ภายใต้ระบบกฎหมายภายในประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ตามแนวทางของทฤษฎีนี้การนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับในระบบกฎหมายภายในประเทศโดยตรงจะกระทำมิได้ ต้องผ่านกระบวนการการแปลงรูป (Transformation) เสียก่อน

สำหรับแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยในการบังคับตามสนธิสัญญานั้น ประเทศไทยมีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามสนธิสัญญาอันเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จวบจนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 ยังคงบัญญัติถึงแนวทางปฏิบัติในเรื่องนี้ไว้เช่นเดิม อันเป็นการยืนยันว่าประเทศไทยยึดถือและปฏิบัติตามแนวทางของทฤษฎีทวีนิยม กล่าวคือ

มาตรา 178 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของ

⁷³ สรุปลงมาจาก กมลินทร์ พินิจภูวดล และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

ประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

.....”

จะเห็นได้ว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 178 ปรากฏคำว่า “หนังสือสัญญา” แต่มิได้ให้นิยามของถ้อยคำดังกล่าวไว้ ในเรื่องนี้แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาเทียบเคียงกับความหมายของ “สนธิสัญญา” (Treaty) ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ข้อ 2 วรรค 1 (a) โดยบัญญัติว่า “สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐ และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะได้ทำขึ้นเป็นเอกสารฉบับเดียว สองฉบับหรือหลายฉบับ และไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด”⁷⁴ จากบทบัญญัติดังกล่าวองค์ประกอบของสนธิสัญญา ได้แก่ (1) การตกลงนั้นต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร (2) ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน (3) ทำขึ้นเป็นฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือหลายฉบับประกอบกันเป็นความตกลงและไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม (4) อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ⁷⁵ และเมื่อพิจารณาถึงคำว่า “หนังสือสัญญา” เทียบเคียงกับคำว่า “สนธิสัญญา” จะเห็นได้ว่าหนังสือสัญญา คือ

⁷⁴ Article 2 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 “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”

⁷⁵ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, ค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2564 จาก <https://treaties.mfa.go.th/สนธิสัญญา/>

สนธิสัญญา และถือเป็นบ่อเกิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตามขอ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice)⁷⁶

ดังนั้น ในการบังคับตามพันธกรณีที่ปรากฏในสนธิสัญญา คณะรัฐมนตรีโดยนายกรัฐมนตรีในฐานะองค์กรฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาได้ ยกเว้นหนังสือสัญญาตามมาตรา 178 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่คณะรัฐมนตรีต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน แสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ดังนั้นในการบังคับให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา จึงต้องดำเนินการกระบวนการในทางนิติบัญญัติโดยต้องมีการอนุมัติการ หรือการดำเนินการให้เป็นผลตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา (implement the provisions of a convention) โดยการตรากฎหมายภายในประเทศ หรือปรับแก้กฎหมายภายในประเทศ และการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดขั้นตอนของการอนุมัติการสนธิสัญญาไว้โดยเฉพาะจึงอาจถือได้ว่าประเทศไทยได้ยึดถือและปฏิบัติตามแนวทางของทฤษฎีทวินิยม

ทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นมีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับประเด็นการวิจัยนี้อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการวิเคราะห์หามาตรการกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการเข้าเป็นภาคีกรรมสารเจนีวาในอนาคตต่อไป

⁷⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญฯ, ค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2564 จาก <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outsitedata190/file/manual190.pdf/>