

ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

Distinctive Character of Sound and Scent Trademarks



ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

Distinctive Character of Sound and Scent Trademarks



การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ปีการศึกษา 2556



© 2557
กนกวรรณ จันทร์พิว
สงวนลิขสิทธิ์

กนกวรรณ จันทร์ผิว. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, กันยายน 2557, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.

ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น (190 หน้า)

อาจารย์ที่ปรึกษา: ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน มิได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา กล่าวคือ เครื่องหมายเสียงและกลิ่น ซึ่งต่างจากหลักกฎหมายภายในของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย ที่ให้ความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย การศึกษาวิจัยนี้จึงเป็นการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและศึกษากฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย โดยพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทนิยามของกฎหมาย ลักษณะบ่งเฉพาะ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาวิธีการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น พร้อมทั้งศึกษาตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นประกอบด้วย เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาความเหมาะสมของร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ซึ่งประเทศไทยมีแนวคิดที่จะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้คุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย

จากการศึกษา ผู้วิจัยมีความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ จะต้องมีการกำหนดบทนิยามในส่วนของคำว่า “เสียง” และ “กลิ่น” เอาไว้เป็นการเฉพาะด้วยเนื่องจากเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นเป็นเครื่องหมายที่มีความใหม่สำหรับประเทศไทยและบุคคลโดยทั่วไปไม่สามารถเข้าใจได้ว่าเสียงและกลิ่นนั้นจะต้องมีลักษณะเพียงใดจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยอาจพิจารณาลักษณะหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศช่วยในการพิจารณาเพิ่มเติมและควรมีการกำหนดรูปแบบของวิธีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย

คำสำคัญ: ลักษณะบ่งเฉพาะ, เครื่องหมายการค้า, เสียง, กลิ่น

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เรื่อง ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

ผู้วิจัย กนกวรรณ จันทร์ผิว

ได้พิจารณาเห็นชอบโดย

อาจารย์ที่ปรึกษา

(ดร.วรรณวิภา พัวศิริ)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

(ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์)

ผู้เชี่ยวชาญ

(อาจารย์ตุล เมฆยงค์)

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิวพร หวังพิพัฒน์วงศ์)

คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

2 กันยายน 2557

Chanpiew, K. LL.M., September 2014, Graduate School, Bangkok University.

Distinctive Character of Sounds and Scents Trademarks (190 pp.)

Advisor: Wanwipar Puasiri, Ph.D.

ABSTRACT

Under The current enforcement, Trademark Act (NO.2) B.E. 2543 has no provision for the protection of non-visual trademarks such as scent and sound. On the other hand, US, UK and Australia have provisions for protection of scent and sound trademarks including registration of these types of trademarks. This research studies both international and national laws of US, UK, and Australia regarding definition, distinctive character, criterion and procedure of registration for scent and sound trademarks. The research also includes the study of examples of registered scent and sound trademarks. This is to find proper suggestions for an amendment of the Trademark Act (NO. ...) B.E. ... involving with the protection of scent and sound trademarks in Thailand.

The author found that the bill for an amendment of Trademark Act must specifically enact definition for “scent” and “sound” trademarks because these kinds of trademarks are new for Thailand. General people do not easily understand scent and sound trademarks’ characters and criterion for trademark registration. As such, the research tries to find proposals relating to scent and sound trademarks from international and national laws to propose for an amendment of the Trademark Act B.E.... . Moreover, there should be standards for applications when submitting for registration of scent and sound as trademarks too.

Keywords: Distinctive, Trademarks, Sound, Scent

กิตติกรรมประกาศ

การค้นคว้าอิสระในครั้งนี้ สามารถสำเร็จลงได้ด้วยความเมตตาและความกรุณาของท่าน คณะกรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาการศึกษาเฉพาะบุคคลทั้งสองท่าน กล่าวคือ ดร.วรรณวิภา พัวศิริ และ ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ ที่ได้เสียสละเวลาของท่านในการให้คำแนะนำและคำพร่ำสอนต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อผู้วิจัยเพื่อให้ได้มาซึ่งความรู้ ข้อมูลที่มีค่า โดยได้กรุณาตรวจแก้ไขข้อบกพร่องของงานวิจัยฉบับนี้ให้มีความถูกต้องและสมบูรณ์แบบมากที่สุดจนสามารถแล้วเสร็จและขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ปัจฉิมา ธนสันติ ที่มีส่วนสำคัญโดยได้ให้คำแนะนำที่ดี จนทำให้ได้มาซึ่งแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถือและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับงานวิจัยฉบับนี้และท่านยังได้ทำการแนะนำให้ไปปรึกษากับบุคคลที่สำคัญอีกหนึ่งท่าน กล่าวคือ คุณวัชระ เปี้ยแก้ว ซึ่งเป็นบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องข้องในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... โดยท่านได้เสียสละเวลาให้ความรู้ ให้คำปรึกษาและให้เอกสารที่เกี่ยวข้องที่เป็นประโยชน์ต่อผู้วิจัยเป็นอย่างมาก ผู้วิจัยจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องมา ณ โอกาสนี้

ในประการสำคัญ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ คุณแม่ลัดดาวัลย์ ทาเกะอุจิ และ คุณพ่อ ธนพนธ์ จันทร์ผิว ที่ได้ให้กำลังใจ ความห่วงใย ให้คำปรึกษาผู้วิจัยในยามที่ผู้วิจัยมีปัญหามาโดยตลอด และท่านทั้งสองยังได้สอบถามถึงความคืบหน้าของการทำสารนิพนธ์ของผู้วิจัยอย่างสม่ำเสมอจนงานวิจัยฉบับนี้สำเร็จ ขอกราบขอบพระคุณอย่างสูง

ประการสุดท้ายขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ กรณีหากมีข้อบกพร่องเกี่ยวข้องกับสารนิพนธ์ฉบับนี้ในประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

กนกวรรณ จันทร์ผิว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญตาราง	ช
สารบัญภาพ	ฅ
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย	7
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	7
1.4 ขอบเขตของงานวิจัย	7
1.5 วิธีการวิจัย	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย	8
บทที่ 2 หลักการเบื้องต้น รูปแบบ ลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้	
2.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	9
2.1.1 วิวัฒนาการของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ในต่างประเทศ	9
2.1.2 วิวัฒนาการของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ในประเทศไทย	11
2.2 หน้าที่ของเครื่องหมายการค้า	13
2.2.1 หน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้า	13
2.2.2 หน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า	14
2.2.3 หน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้า	14
2.2.4 หน้าที่ในการโฆษณา	14
2.3 กระบวนการของการรับรู้และลักษณะโดยทั่วไปของเสียงและกลิ่น	15
2.3.1 กระบวนการของการรับรู้	15
2.3.2 ลักษณะโดยทั่วไปของเสียง	15
2.3.3 ลักษณะโดยทั่วไปของกลิ่น	16
2.4 รูปแบบและลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้ ในประเทศไทย	18
2.4.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้าและความหมายของเครื่องหมาย	18

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 (ต่อ) แนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปเสียงและกลิ่น ของต่างประเทศ	
3.1.5 สนธิสัญญากฎหมายเครื่องหมายการค้าประเทศสิงคโปร์ (Singapore Treaty on the Law of Trademarks)	39
3.1.6 ข้อตกลงมาดริด (Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Agreement) และพิธีสารมาดริด (Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Protocol)	40
3.2 หลักกฎหมายต่างประเทศบางประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมาย เสียงและกลิ่น	42
3.2.1 การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า	42
3.2.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	42
1) ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าใน ประเทศสหรัฐอเมริกา	42
2) ความหมายของเครื่องหมายการค้า	43
3) ระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้า	44
4) เครื่องหมายการค้าเสียง ประเทศสหรัฐอเมริกา	51
(1) บทบัญญัติของกฎหมาย	51
(2) การยื่นขอจดทะเบียน	53
(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถ จดทะเบียนได้	56
5) เครื่องหมายการค้ากลิ่น ประเทศสหรัฐอเมริกา	59
(1) บทบัญญัติของกฎหมาย	59
(2) การยื่นขอจดทะเบียน	60
(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถ จดทะเบียนได้	61

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 (ต่อ) แนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปเสียงและกลิ่น ของต่างประเทศ	
3.2.1.2 ประเทศอังกฤษ	63
1) ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าใน ประเทศอังกฤษ	63
2) ระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า	65
3) หลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	66
4) เครื่องหมายการค้าเสียง ประเทศอังกฤษ	68
(1) บทบัญญัติของกฎหมาย	68
(2) การยื่นขอจดทะเบียน	69
(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถ จดทะเบียนได้	69
5) เครื่องหมายการค้ากลิ่น ประเทศอังกฤษ	71
(1) บทบัญญัติของกฎหมาย	71
(2) การยื่นขอจดทะเบียน	71
(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถ จดทะเบียนได้	74
3.2.1.3 ประเทศออสเตรเลีย	75
1) ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าใน ประเทศออสเตรเลีย	75
2) ความหมายของเครื่องหมายการค้า	75
3) เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้	76
4) ลักษณะเฉพาะของเครื่องหมายการค้า	76
5) เครื่องหมายการค้าเสียง ประเทศออสเตรเลีย	77
(1) บทบัญญัติของกฎหมาย	77
(2) การยื่นขอจดทะเบียน	78
(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถ จดทะเบียนได้	79

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 (ต่อ) แนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปเสียงและกลิ่น ของต่างประเทศ	
6) เครื่องหมายการค้ากลิ่น ประเทศออสเตรเลีย	81
(1) บทบัญญัติของกฎหมาย	81
(2) การยื่นขอจดทะเบียน	83
(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถ จดทะเบียนได้	84
บทที่ 4 การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ศึกษาร่าง พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...	
4.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น	89
4.1.1 ต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้า	90
4.1.1.1 ต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย	90
4.1.1.2 ต้องใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวกับสินค้า	91
4.1.1.3 แสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของ เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมาย การค้าของบุคคลอื่น	91
4.1.2 เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ	92
4.1.2.1 ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายกลิ่น	95
(1) ความหมายของลักษณะสินค้า	95
(2) ความหมายของคุณสมบัติของสินค้า	96
(3) ความหมายของคำว่า “โดยตรง”	97
(4) กลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น	98
4.1.2.2 ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายเสียง	99
(1) ความหมายของลักษณะสินค้า	99
(2) ความหมายของคุณสมบัติของสินค้า	100
(3) ความหมายของคำว่า “โดยตรง”	101
(4) เสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น	101
(5) เสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น	102
4.1.3 เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้าม	105

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 (ต่อ) การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...	
4.1.3.1 การพิจารณาเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย	106
4.1.3.2 การพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย	107
4.1.4 ไม่เป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว	108
4.1.4.1 การพิจารณาเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่บุคคลอื่นจดทะเบียนแล้ว วิธีการที่ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น	109
1) การบรรยายลักษณะของกลิ่นในคำขอจดทะเบียน	109
2) การส่งตัวอย่างกลิ่น	110
4.1.4.2 การพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าเสียงที่บุคคลอื่นจดทะเบียนแล้ว วิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายเสียง	111
1) บรรยายลักษณะของเสียงในคำขอจดทะเบียน	111
2) การแสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียง (sonogram)	112
3) แสดงลักษณะของเสียงโดยใช้ตัวโน้ต	113
4) การส่งตัวอย่างเสียงโดยบันทึกไว้ในซีดีหรือไฟล์เสียง	114
4.2 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นตามกฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทย	117
4.2.1 ลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้	117
4.2.2 ลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น	124
1) ประเทศสหรัฐอเมริกา	125
2) ประเทศอังกฤษ	125
3) ประเทศออสเตรเลีย	126
4) ประเทศไทย	126

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	158
5.1.1 ลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้	159
5.1.2 วิธีการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น	162
5.2 ข้อเสนอแนะ	163
5.2.1 ข้อเสนอแนะของร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...	164
5.2.2 ข้อเสนอแนะสำหรับปัญหาเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ในประเทศไทย	166
5.2.3 ข้อเสนอแนะอื่น ๆ	168
บรรณานุกรม	170
ภาคผนวก ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...	178
ประวัติผู้เขียน	190
เอกสารข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ในรายงานการค้นคว้าอิสระ	

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 4.1: การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย	129
ตารางที่ 4.2: การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย	143



สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 3.1: เสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์ของบริษัท Nokia Corporation	80
ภาพที่ 4.1: แสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียงเป็นเครื่องหมายเสียงโห่ของทหารขาน	112
ภาพที่ 4.2: คำขอจดทะเบียนที่ยื่นจดทะเบียนต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาฮ่องกง	113
ภาพที่ 4.3: แผ่นซีดีรอม (CD-ROM)	115
ภาพที่ 4.4: แผ่นซีดีอาร์ (CD-R)	115
ภาพที่ 4.5: แผ่นซีดีอาร์ดับบลิว (CD-RW)	116



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ในการประกอบธุรกิจการค้าใด ๆ ก็ตามเจ้าของธุรกิจการค้าส่วนมากจะนำชื่อ สัญลักษณ์หรือเครื่องหมายต่าง ๆ มาใช้ในการประกอบธุรกิจของตนเพื่อแสดงให้เห็นปรากฏต่อสาธารณชนหรือผู้บริโภค โดยทั่วไปทราบว่าเป็นชื่อร้าน สัญลักษณ์หรือเครื่องหมายต่าง ๆ ที่เจ้าของธุรกิจการค้านำมาใช้นั้นมีความเชื่อมโยงหรือมีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้าของตนเพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการของธุรกิจการค้าอื่น ๆ และเพื่อเป็นการแสดงออกถึงการรับประกันคุณภาพของแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ว่ามีคุณภาพที่ดีแตกต่างออกไปจากธุรกิจการค้าอื่น ๆ ส่งผลให้ผู้บริโภคหรือสาธารณชนโดยทั่วไปสามารถจดจำหรือสามารถจำแนกความแตกต่างของสินค้าและบริการเหล่านี้ได้อย่างชัดเจน

ธุรกิจการค้าต่าง ๆ มีความจำเป็นต้องมีการออกแบบหรือคิดค้น ชื่อ สัญลักษณ์หรือเครื่องหมายที่เป็นเอกลักษณ์ ที่มีลักษณะโดดเด่น จดจำได้ง่ายเมื่อพบเห็น เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับธุรกิจการค้านั้น สัญลักษณ์ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องหมายการค้าของเจ้าของธุรกิจนั้น ๆ “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”¹ และการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้ามีอยู่ 4 ประการ คือ 1) หน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้า 2) หน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า 3) หน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้า 4) หน้าที่โฆษณา ซึ่งหน้าที่ของเครื่องหมายการค้านี้เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อผู้บริโภคทำให้สามารถแยกแยะคุณสมบัติของสินค้าที่ต้องการได้ว่าสินค้าใดเป็นของเจ้าของธุรกิจการค้าใด ซึ่งเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ตามบทบัญญัติของกฎหมาย² ดังนั้น เครื่องหมายการค้าที่เจ้าของธุรกิจการค้าอื่น ๆ คิดค้นหรือประดิษฐ์ขึ้น จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ฉะนั้น เครื่องหมายการค้าจึงควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เพื่อมิให้บุคคลใดแอบอ้างนำเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นไปแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบอัน

¹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”.

² มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้ทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าที่นั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”.

เป็นการทำให้เกิดการละเมิดกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันเครื่องหมายการค้าไทยได้ให้ความคุ้มครองตามกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยบทบัญญัติมาตรา 4 ได้กำหนดค่านิยามความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นและบทบัญญัติมาตรา 6 ได้กำหนดลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ
- (2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และ
- (3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นจดทะเบียนไว้แล้ว³

ดังนั้น เมื่อเจ้าของธุรกิจการค้าขึ้น ๆ ต้องการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ก็ต้องแสดงให้เห็นถึงลักษณะอันพึงจดทะเบียนได้ด้วยเพราะหากเจ้าของธุรกิจการค้าขึ้นไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงลักษณะอันจดทะเบียนได้ในข้อใดข้อหนึ่งข้างต้นก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

แต่ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นี้ได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยทางสายตาเท่านั้น⁴ มิได้ให้ความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย เช่น เครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น เป็นต้น เครื่องหมายการค้าเสียง ตัวอย่างเช่น เสียงของสิงโตคำรามสำหรับเริ่มต้นรายการของสถานีโทรทัศน์ NBC เสียงเปิดปิดเครื่องคอมพิวเตอร์ทำให้บุคคลโดยทั่วไปสามารถทราบได้ว่าเสียงเหล่านี้เป็นเสียงของสินค้าประเภทใดหรือของเจ้าของธุรกิจการค้าใด ส่วนเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้น ตัวอย่างเช่น กลิ่นของกุหลาบที่นำไปปรับใช้กับสินค้าอย่างรถยนต์ก็สามารถทำให้บุคคลโดยทั่วไปสามารถแยกแยะแหล่งที่มาของสินค้าได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าเสียงและเนื่องจากในปัจจุบันระบบการค้ามีการแข่งขันที่สูงขึ้น การคิดค้นเพื่อหากลยุทธ์ทางการตลาดในการนำเสนอสินค้าจึงมีการเปลี่ยนแปลงไปและให้ความสำคัญกับเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย โดยการนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการประชาสัมพันธ์สินค้าให้เห็นเป็นที่รู้จักแก่สาธารณชนทั่วไป

³ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“เครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ
- (2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และ
- (3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นจดทะเบียนไว้แล้ว”.

⁴ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างรูปทรงของวัตถุหรือสิ่งเหล่านี้โดยอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”.

ตามความตกลงและสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกซึ่งเกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ในส่วนของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าซึ่งอยู่ในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ตอนท้ายของ Agreements on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) กำหนดว่า “สมาชิกอาจกำหนดให้เครื่องหมายนั้นต้องสามารถมองเห็นได้ เป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนก็ได้”⁵

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า TRIPS เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าทั้งที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาและไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในประเทศนั้นจะกำหนดเช่นใดก็ได้ TRIPS ไม่ได้มีการบังคับเพียงแต่มีการกำหนดหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องต่าง ๆ เอาไว้เท่านั้น

ตามข้อ 6 (1) ของอนุสัญญา Paris Convention for the Protection of Industrial Property บัญญัติว่า “เงื่อนไขในการยื่นคำขอและการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้เป็นไปตามกฎหมายภายในรัฐ” จากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศที่เป็นภาคีสันธิสัญญาดังกล่าวจะต้องออกเป็นกฎหมายภายในและดำเนินการจดทะเบียนเอง เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้ค่อนข้างกว้าง จึงสามารถนำเสียงและกลิ่นมาเป็นเครื่องหมายการค้าได้⁶

จากความตกลงและสนธิสัญญาดังกล่าวส่งผลให้ในปัจจุบันนานาประเทศมีการออกกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นโดยการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นแล้วบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย เป็นต้น

⁵ Article 15 of the Agreement of Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS)

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

⁶ Article 6 of Paris Convention for the Protection of Industrial Property

“(1) The conditions for the filing and registration of trademarks shall be determined in each country of the Union by its domestic legislation.”.

อย่างไรก็ตามนับตั้งแต่มีการอนุญาตให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้นั้น ก็ยังมีประเด็นที่ยังคงเป็นปัญหาอยู่มาจนถึงปัจจุบัน เช่น คดี The Sieckmann – case (C-273/00) (คดีระหว่าง Sieckmann v. Deutsches Patent - Markenamt)⁷ ซึ่งเป็นคดีตัวอย่างทางภาคพื้นทวีปยุโรปโดยมีสาระสำคัญของคดี คือ Mr.Sieckmann ได้ยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นของสารเมทิลซินนามัท (methyl cinnamate) สำหรับธุรกิจบริการโฆษณา การศึกษาและการสอนด้านการรักษาสัตว์ โดยได้แสดงออกที่เป็นรูปธรรมด้วยวิธีการส่งตัวอย่างกลิ่นและคำพรรณนาประกอบว่า “กลิ่นหอมแบบผลไม้และผสมกับกลิ่นของซินนามอนเล็กน้อย” รวมทั้งได้แสดงถึงสูตรทางเคมีไว้ว่า $C_6H_5-CH=CHOOH_3$ ซึ่งศาลแสดงความคิดเห็นว่าวิธีการทั้งหมดเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงการมีรูปธรรมของเครื่องหมายการค้ากลิ่นเนื่องด้วยการแสดงออกด้วยวิธีการนำเสนอสูตรทางเคมีนั้น ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของกลิ่นได้เพราะแสดงให้เห็นเพียงแต่สัญลักษณ์ของตัวเองเท่านั้น คือ กลิ่นไม่มีความชัดเจนและแม่นยำรวมทั้งระบุกลิ่นได้อย่างแน่นอน ส่วนการนำส่งตัวอย่างกลิ่นนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 2 ของ the directive 89/104/EEC⁸ อีกทั้งตัวอย่างกลิ่นนั้นยังเป็นสิ่งที่ไม่คงทน ทำให้เกิดการเพี้ยนของกลิ่นและอาจจะหายไปได้ง่าย เป็นคดีที่ศาลได้มีการวางแนวทางในการพิจารณาที่มีความเข้มงวดเป็นอย่างมากเพราะต้องแสดงให้เห็นปรากฏต่อนายทะเบียนครบทั้ง 7 ประการซึ่งหลักเกณฑ์การจดทะเบียนที่เข้มงวดนี้จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้คือ

- 1) มีความชัดเจน
- 2) มีความแน่นอน
- 3) มีลักษณะพิเศษโดยตัวเอง
- 4) เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย
- 5) สามารถเข้าใจได้ง่าย
- 6) มีสภาพที่อยู่ได้นาน

⁷ Publications.europa.eu, Trademarks - Approximation of Laws - Directive 89/104/EEC -Article2 - Signs of which a Trade Mark may Consist - Signs Capable of being Represented Graphically - Olfactory Signs. In Case C-273/00 [Online], 12 December 2002. Available from <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/pdf/JJ000273.pdf>.

⁸ Done at Brussels, First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks [Online], 21 December 1988. Available from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0104:en:HTML>.

7) ไม่เปลี่ยนสภาพได้ง่าย⁹

หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “Sieckmann Seven” เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายการค้า ส่งผลให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในภายหลังจากคดีนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถทำได้โดยง่าย ทั้งในยุโรปและเอเชีย ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีกรณียื่นจดทะเบียนของประเทศใดที่สามารถบรรยายได้อย่างสมบูรณ์ครบถ้วน

ส่วนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายการค้าเสียง นั้น ไม่มีประเด็นปัญหาเหมือนเช่นเครื่องหมายการค้ากลิ่น ซึ่งวิธีการแสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมในเครื่องหมายการค้าเสียง คือ 1) ใช้วิธีบันทึกลักษณะของเสียงหรือบรรยายลักษณะเรียกขานของเสียง 2) ใช้วิธีเขียนพรรณนาในลักษณะเลียนเสียงในแบบคาราโอเกะ 3) ใช้วิธีการส่งตัวอย่างของเสียงโดยบันทึกไว้ในซีดีหรือไฟล์เสียง 4) รูปแบบของกราฟเสียง 5) รูปแบบของตัวโน้ต เป็นต้น เพียงแค่แสดงให้ปรากฏออกมาเป็นรูปธรรมดังวิธีการข้างต้นก็เพียงพอแล้วต่อการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง

และเนื่องด้วยเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตานี้มีความแตกต่างจากสิ่งทีนำมาประดิษฐ์เป็นเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาในรายละเอียด จึงไม่อาจนำหลักการบางประการที่กำหนดไว้สำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตามาบังคับใช้ได้ เช่น หลักเกณฑ์การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ลักษณะบ่งเฉพาะ เป็นต้น ในขณะที่ผู้วิจัยทำการศึกษานี้ (วันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2557) ประเทศไทยมีความพยายามออกร่างกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและเครื่องหมายการค้ากลิ่น คือ ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...

ซึ่งขณะนี้ความคืบหน้าของร่างพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพิจารณาจากผลสรุปการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 24 ปีที่ 3 ครั้งที่ 22 (สมัยสามัญทั่วไป) วันพุธที่ 6 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 โดยมีความสำคัญ คือ วุฒิสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ซึ่งวุฒิสภาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างของสภาผู้แทนราษฎรในมาตรา 2 โดยวุฒิสภาได้เพิ่มเติมกำหนดเวลาการบังคับใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ่น โดยให้กฎหมายมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนด 2 ปี นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีสาระสำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิม คือ

⁹ Publications.europa.eu, Trademarks - Approximation of laws - Directive 89/104/EEC - Article 2 - Signs of which a trade mark may consist - Signs capable of being represented graphically - Olfactory signs. Case C-273/00, 4.

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 เกี่ยวกับคำนิยาม “เครื่องหมายการค้า” การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า การอุทธรณ์ของผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นต้น ซึ่งการพิจารณาวันดังกล่าวนี้ มีสมาชิกหลายท่านสนใจอภิปรายประเด็นที่วุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 2 ซึ่งสมาชิกผู้อภิปรายมีทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เมื่อปิดอภิปรายแล้วที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา และได้ตั้งกรรมาธิการร่วมกันพิจารณาต่อไป¹⁰ และเนื่องด้วยในขณะนี้ประเทศไทยกำลังประสบปัญหาวิกฤตทางการเมือง จึงส่งผลให้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ยังไม่มีวี่แวงของความคืบหน้าจึงต้องรอดูติดตามความคืบหน้ากันต่อไป

โดยร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่..) พ.ศ. ... มีการกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ดังต่อไปนี้ (1) แก้ไขเพิ่มเติมบทนิยาม “เครื่องหมาย” เพื่อกำหนดให้หมายความรวมถึงกลิ่นและเสียงด้วย (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4) (2) กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของภาพ รูปร่างหรือรูปทรง กลิ่นและเสียง (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสอง) (3) แก้ไขเพิ่มเติมให้เครื่องหมายการค้าทุกประเภทสามารถได้มาซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะโดยการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลาย (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสาม) เป็นต้น¹¹

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าทั้งในระดับระหว่างประเทศ เช่น องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) Office of Harmonization for the Internal Market (OHIM) ซึ่งเป็นศูนย์ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อให้เกิดความคุ้มครองอันเป็นอันหนึ่งเดียวกันในบรรดาประเทศต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปและระดับภายในประเทศของบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศอิตาลี ประเทศเดนมาร์ก ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ รวมถึงประเทศไทย เป็นต้น จึงได้หามาตรการในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่นี้ด้วยและเพื่อให้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศตนมีความคุ้มครองที่เป็นสากลทัดเทียมนานาประเทศได้ จึงสมควรขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าดังกล่าวและปรับปรุงขั้นตอนตลอดจนระยะเวลาในการพิจารณาการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้มีความชัดเจนและรวดเร็วมากยิ่งขึ้น

¹⁰ ญัฐทิพย์ กบิลคาม, **สรุปผลการประชุมสภาผู้แทนราษฎร** [Online], 6 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/article/article_20131108124836.pdf.

¹¹ สำนักกรรมาธิการ 1, **รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...** [Online], 19 กุมภาพันธ์ 2556. แหล่งที่มา http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/comm/955/file_1362457253.PDF.

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มุ่งคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเท่านั้นมิได้ให้ความคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย ซึ่งสมควรมีการขยายความคุ้มครองเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย คือ เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นและร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมขยายความคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย แต่เนื่องด้วยลักษณะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา จึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมาบังคับใช้กับเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่มีความแตกต่างกันนั้นมีดังนี้

- 1) ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นมีลักษณะเป็นเช่นใด
- 2) วิธีการยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นมีวิธีการอย่างไร
- 3) เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายมีลักษณะอย่างไร
- 4) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นมีลักษณะอย่างไร

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาความเป็นมาของกฎหมายเครื่องหมายการค้าไทยและทำความเข้าใจลักษณะโดยทั่วไปของเสียงและกลิ่น
- 2) เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับแนวคิด หลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและเครื่องหมายการค้ากลิ่น
- 3) เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ ลักษณะบ่งเฉพาะ ของเครื่องหมายการค้าเสียงและเครื่องหมายการค้ากลิ่นอันจดทะเบียนได้ตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...
- 4) เพื่อศึกษาปัญหาต่างๆและวิเคราะห์หาวิธีการแก้ไขที่เหมาะสม รวมถึงพิจารณาข้อดีและข้อเสียของเครื่องหมายการค้าเสียงและเครื่องหมายการค้ากลิ่น

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษานี้ผู้วิจัยมุ่งที่จะศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... กฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

รวมถึง ความตกลง สนธิสัญญา คำพิพากษา หลักการและแนวทางในการปฏิบัติที่สามารถนำมา
ประกอบการพิจารณาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

1.5 วิธีการวิจัย

การศึกษาวิจัย ผู้วิจัยจะใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการ
วิจัยโดยศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น โดยศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ
ทางกฎหมาย เอกสาร คำพิพากษา เว็บไซต์ อินเทอร์เน็ต ตั๋วบทกฎหมาย เอกสารทางราชการ
รายงานวิจัยจากสถาบันต่าง ๆ วิทยานิพนธ์ทางกฎหมาย ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อ
นำมาวิเคราะห์ สังเคราะห์ วิจัย หาทางแก้ไขและหาบทสรุปของปัญหา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

- 1) ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าไทย ร่างกฎหมายและกฎหมาย
ต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้อง ความเป็นมา หลักเกณฑ์ แนวคิดในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมาย
การค้าเสียงและกลิ่น
- 2) ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาทางทะเบียน ลักษณะบ่งเฉพาะ ในการให้ความ
คุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น
- 3) ทำให้ทราบถึงปัญหาและความเหมาะสมของการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมาย
การค้าเสียงและกลิ่น
- 4) ทำให้ทราบถึง ข้อดี ข้อเสียและแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียง
และกลิ่น

บทที่ 2

หลักการเบื้องต้น รูปแบบ ลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้

เครื่องหมายการค้า (Trade Mark) หรือที่เรียกเป็นภาษาชาวบ้านว่า ยี่ห้อ ตราโลโก้ (Logo) หรือแบรนด์ (Brand) เป็นประเภททรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งและจัดอยู่ในประเภททรัพย์สินอุตสาหกรรม เป็นสิ่งที่ใช้ในเชิงพาณิชย์ของผู้ประกอบการต่าง ๆ และคุ้มครองผู้บริโภคด้วยการแสดงสัญลักษณ์ที่เป็นรายละเอียดอันเกี่ยวกับตัวสินค้า เพื่อให้ผู้บริโภคจะสามารถพิจารณาเลือกสินค้าที่ตนต้องการที่จะซื้อจากเครื่องหมายการค้าที่แสดงอยู่บนสินค้านั้น รวมถึงคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ใช้ในกิจการของตนตลอดจนชื่อเสียงทางการค้า (Goodwill) เนื่องด้วยเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่บอกผู้บริโภคในฐานะผู้ซื้อถึงแหล่งที่มาของสินค้า ด้วยเหตุที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ใช้เครื่องหมายของตนแสดงให้เห็นปรากฏที่ผลิตภัณฑ์ของตน ซึ่งนำออกจำหน่ายแก่สาธารณชนอื่นทำให้เกิดเครื่องหมายการค้าต่าง ๆ ที่ผลิตภัณฑ์นั้นานาชนิด ผลที่สอดคล้อง คือ สามารถหาผู้ที่มารับผิดชอบต่อความผิดพลาดที่เกิดจากสินค้านั้นได้ ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงต้องรักษาคุณภาพแห่งผลิตภัณฑ์ของตน

ในบทที่ 2 นี้ ผู้วิจัยจะศึกษาประวัติความเป็นมาของกฎหมายเครื่องหมายการค้าทั้งของต่างประเทศและของประเทศไทย ศึกษาลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้โดยเน้นการศึกษาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าและศึกษาลักษณะโดยทั่วไป กลไกการรับรู้ของการได้ยินและการรับกลิ่น

2.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

ความเป็นมาของเครื่องหมายการค้าสามารถแยกอธิบายออกได้ 2 ประการดังนี้

2.1.1 วิวัฒนาการของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ

กฎหมายเครื่องหมายการค้า แม้จะไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดที่แสดงได้ว่ามีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานเพียงใดแต่มีการสันนิษฐานว่าน่าจะมีการใช้เครื่องหมายการค้ามาตั้งแต่ในสมัยอียิปต์โบราณเพราะมีการขุดพบซากอิฐ เหยือกเนย กระบอกยา ตะเกียงน้ำมัน กระเบื้องโบราณในสมัยนั้น และพบว่ามีการสลักชื่อ ประทับตราเจ้าของหรือผู้ผลิตสิ่งของเหล่านี้ลงไปบนสินค้าเหล่านี้ด้วย นอกจากนี้ในประเทศจีน ยังพบหลักฐานที่แสดงได้ว่ามีการใช้เครื่องหมายการค้าเช่นกัน อาทิเช่น เครื่องปั้นดินเผาโบราณที่มีการระบุว่ามีการผลิตสมัยใด สถานที่ใดด้วย¹

หากจะกล่าวถึงการค้าขายในสมัยก่อนนั้นมีรูปแบบการค้าขายแบบตัวต่อตัว คือ เป็นการค้าขายระหว่างตัวผู้ซื้อและตัวผู้ขายโดยในระยะแรกมีการนำเอาสินค้าในท้องถิ่นของตนไปแลกเปลี่ยนกับสินค้าอีกท้องถิ่นเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าที่ตนต้องการและในภายหลังมีการพัฒนารูปแบบการค้าขายโดยมีการกำหนดสิ่งบางสิ่งขึ้นมาเพื่อแสดงคุณค่าและใช้เป็นสัญลักษณ์เพื่อใช้ในการแลกเปลี่ยนสินค้าที่ตน

¹ สมาคมทรัพย์สินทางปัญญาแห่งประเทศไทย, ประวัติความเป็นมาของกฎหมายการค้า [Online], 14 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา http://www.ipat.or.th/index.php?option=com_content&view=article&id=230:25-06-53&catid=44:trade1&Itemid=14.

ต้องการโดยเรียกว่าอัฐหรือเงินและสินค้าที่แลกเปลี่ยนหรือค้าขายกันในสมัยนั้นยังมีจำนวนที่ยังคงไม่หลากหลายอย่างเช่นในปัจจุบันการใช้เครื่องหมายการค้าจึงยังไม่มีจำนวนมากเพียงใด แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปปริมาณจำนวนผู้บริโภค ผู้ผลิตและสินค้ามีปริมาณที่มากขึ้นสินค้าก็หลากหลายขึ้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความสำคัญกับเครื่องหมายการค้าเพราะหากเป็นสินค้าประเภทเดียวกันต่างเจ้าของกันก็จะเกิดการเปรียบเทียบของผู้บริโภคว่าสินค้าใดมีคุณภาพมากกว่าหรือสินค้าที่ตนใช้นั้นมีลักษณะเป็นเช่นใด ส่งผลให้ผู้ผลิตสินค้านั้นมีความจำเป็นที่จะต้องหาสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายต่าง ๆ นำมาใช้กับสินค้าของตนเพื่อสามารถทำให้ผู้บริโภคโดยทั่วไปสามารถจดจำสินค้าของตนได้ และสามารถแยกแยะสินค้าของตนออกจากสินค้าของผู้ผลิตรายอื่น ๆ ได้²

ดังนั้น การสร้างหรือการประดิษฐ์เครื่องหมายการค้า จึงควรมีลักษณะที่สามารถจดจำเรียกขานได้ง่ายและให้ความทันสมัยอยู่เสมอ

กฎหมายเครื่องหมายการค้าจึงมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันโดยมีแนวคิดพื้นฐานที่ต้องการลดความสับสนหลงผิดในสินค้าของเจ้าของสินค้าและแหล่งกำเนิดของสินค้านั้น ๆ ซึ่งกฎหมายแต่ละประเทศก็จะให้ความคุ้มครองที่มีความแตกต่างกันออกไปโดยจะมีการเชื่อมโยงกับสภาพของสังคมและเศรษฐกิจในแต่ละยุคสมัย ส่งผลให้เครื่องหมายการค้ามีวิวัฒนาการที่ไม่หยุดนิ่งโดยเฉพาะรูปแบบและลักษณะของสิ่งที่จะให้ความคุ้มครองมีความแปลกใหม่ขึ้นเรื่อย ๆ เช่น เครื่องหมายไฮโลแกรม เครื่องหมายเสียง เครื่องหมายกลิ่น เครื่องหมายรสชาติ เป็นต้น เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของปัญหาทางสังคมในแต่ละยุคสมัย³

ประเทศเยอรมันนับได้ว่าเป็นประเทศแรกที่มีกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ในปี ค.ศ. 1601 โดยประเทศเยอรมันได้กำหนดว่า ห้ามมิให้บุคคลใดใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น แม้จะมีการนำมาดัดแปลงแก้ไขเพิ่มเติมในบางส่วนก็ตาม ต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้นประเทศอังกฤษก็มีการออกกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อว่า The Trade Mark Registration ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ได้มีการวางหลักเกณฑ์และลักษณะของเครื่องหมายการค้าไว้ คือ มีการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า (Distinctiveness) และมีการกำหนดว่าเครื่องหมายการค้าใดที่ได้ทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้วถือเป็นสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right)⁴ และต่อมาในปี ค.ศ. 1905 ประเทศอังกฤษได้ทำการออกกฎหมายเครื่องหมายอีกฉบับหนึ่ง โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ว่าเครื่องหมายที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายหรือเป็นการลอกให้สาธารณชนเกิดความสับสนหรือหลงผิดกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นและหลักเกณฑ์อื่นเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เจตนาในการใช้เครื่องหมายการค้า การเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่ได้ทำการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าแล้วแต่ไม่มีการใช้เครื่องหมายนั้นภายในเวลา 7 ปี ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยก็มีแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่หลายครั้ง แต่ในครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 1994 ประเทศ

² เรื่องเดียวกัน, 9.

³ เรื่องเดียวกัน, 9.

⁴ เพชรลดา เขาวนโอกาส, ปัญหาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ (การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548), 10-11.

อังกฤษได้มีการประกาศใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้า the Trade Mark Act 1994 ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ยังคงบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบันและยังเป็นแม่แบบของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศต่าง ๆ ด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย รวมถึงประเทศไทยด้วย⁵

2.1.2 วิวัฒนาการของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยในสมัยก่อนนั้นเครื่องหมายการค้ายังไม่ค่อยมีบทบาทเลยเพราะประเทศไทยในสมัยนั้นเป็นประเทศแห่งการทำเกษตรกรรมและต่อมาเริ่มมีการค้าขายกับต่างประเทศมากขึ้นและมีชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนทำธุรกิจเพิ่มมากขึ้น ชาวต่างชาติจึงได้นำเครื่องหมายการค้าที่มีใช้อยู่ในประเทศของตนนั้นนำมาใช้กับสินค้าที่ค้าขายกันในประเทศไทยและเมื่อการค้าขายได้มีการขยายวงกว้างมากขึ้น การใช้เครื่องหมายการค้าจึงมีความแพร่หลายตามไปด้วย รัฐบาลในสมัยนั้นจึงเริ่มเข้ามามีบทบาทและเห็นความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ประเทศไทยได้มีกฎหมายเครื่องหมายการค้าบังคับใช้และพัฒนาปรับปรุงแก้ไขตามวิวัฒนาการของบ้านเมืองและสภาพความจำเป็นทางเศรษฐกิจมาเป็นระยะ ๆ ตามลำดับ ดังนี้⁶

ในปีพ.ศ. 2450 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าได้บัญญัติถึงความผิดและบทกำหนดโทษในการปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นไว้และต่อมากฎหมายฉบับนี้ถูกยกเลิกในปี พ.ศ. 2500 และมีประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้แทนจนถึงปัจจุบัน⁷

และในปี พ.ศ. 2453 ในสมัยรัชกาลที่ 6 รัฐบาลได้มีการจัดตั้งหอทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้นในกระทรวงเกษตรธิการทำหน้าที่รับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและต่อมาในปี พ.ศ. 2457 ได้มีการตรากฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายและยี่ห้อการค้า พ.ศ. 2457 เรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า “The Law on Trade Marks and Trade Names of B.E. 2457” ซึ่งถือได้ว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและเหตุผลในการตรากฎหมายดังกล่าวอันเนื่องมาจากประชาชนส่วนใหญ่เริ่มมีการค้าขายติดต่อกับต่างประเทศมากขึ้น จึงส่งผลให้เกิดข้อพิพาทอันเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าขึ้น ซึ่งสามารถเห็นได้จากคำปรารภที่แสดงเหตุผลไว้ในพระราชบัญญัติ⁸

“มีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ สั่งว่า ด้วยเหตุเวลานี้การค้าขายซึ่งเกี่ยวกับการค้าขายระหว่างประเทศย่อมแผ่ไพศาลและเจริญยิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อนเป็นอันมากแล้ว เกิดมีคดีพิพาทกันขึ้น

⁵ เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้แบะการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า (การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), 8-9.

⁶ สมาคมทนายพิณทางปัญญาแห่งประเทศไทย, ประวัติความเป็นมาของกฎหมายการค้า, 9.

⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁸ อุไรวรรณ เจริญเรือง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2474 (การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), 6-8.

ด้วยเครื่องหมายและยี่ห้อการค้าขายกันเนื่อง ๆ ทรงพระราชดำริเห็นว่าเป็นเวลาที่สมควรที่จะมีกฎหมายสำหรับจดทะเบียนเครื่องหมายและยี่ห้อการค้าขายให้เป็นที่ระงับคดีพิพาทในเรื่องนี้ไว้จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติไว้สืบไป”⁹

ต่อมาในปีพ.ศ. 2474 ในสมัยรัชกาลที่ 7 ได้มีการคัดตราพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2474 บังคับใช้แทนพระราชบัญญัติเครื่องหมายและยี่ห้อการค้าขาย พ.ศ. 2457 ซึ่งถูกยกเลิกไปโดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2474 โดยหลักการและบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ร่างขึ้นตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ ซึ่งออกในปี ค.ศ. 1905 และได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติเครื่องหมายและยี่ห้อการค้าขาย พ.ศ. 2457 ไปโดยมีการให้เหตุผลไว้ในคำปรารภของพระราชบัญญัติใหม่นี้ว่า “โดยที่ทรงมีพระราชดำริ เห็นสมควรให้มีการคุ้มครองอุตสาหกรรมและพาณิชย์และยังความสุจริตในพณิชยกรรมให้มั่นคงขึ้น”¹⁰

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีก 2 ครั้ง ได้แก่

- 1) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2476
- 2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2504 โดยยกเลิกพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 อีกหลายมาตราโดยเหตุผลว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีระยะเวลาในการใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว สมควรมีการแก้ไขบางมาตราเพื่อให้เหมาะสมกับความเจริญก้าวหน้าด้านการค้าขายที่พัฒนาอย่างต่อเนื่อง จึงเกิดมีเครื่องหมายการค้าประเภทใหม่ ๆ เกิดขึ้น เช่น เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง ซึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าไม่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้รวมถึงการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าด้วย ดังนั้น จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2504 นี้ขึ้น¹¹ และต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ใช้บังคับแทน พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 ที่ยกเลิกไปโดยกฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2534 และเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 และใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน¹²

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและสิทธิของผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าไว้อย่างชัดเจน ตลอดจนได้ให้การขยายความคุ้มครองไปถึงเครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองและเครื่องหมายร่วมด้วย เพื่อให้

⁹ เรื่องเดียวกัน, 11.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, 11.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, 11.

¹² สมาคมทรัพย์สินทางปัญญาแห่งประเทศไทย, ประวัติความเป็นมาของกฎหมายการค้า [Online], 31 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา http://www.ipat.or.th/index.php?option=com_content&view=article&id=230:25-06-53&catid=44:trade1&Itemid=14.

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยมีความเป็นสากลทัดเทียมนานาประเทศและสามารถรองรับกับความเจริญก้าวหน้าทางด้านการค้าทั้งในระดับภายในและระหว่างประเทศ¹³

เมื่ออิทธิพลของความตกลง TRIPS เริ่มเข้ามามีบทบาทต่อการพัฒนาการทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของบรรดาประเทศสมาชิกรวมทั้งประเทศไทยด้วยเช่นนี้แล้วประเทศไทยจึงต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในประเทศที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานเดียวกันกับที่ระบุไว้ในความตกลง TRIPS นี้ซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม จึงได้มีการประกาศใช้เครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 117 ตอนที่ 29 ก วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2543) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมในบทบัญญัติบางเรื่องในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เช่น ความหมายของเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ให้รับจดทะเบียน คุณสมบัติของผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและหลักเกณฑ์ของการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นต้น¹⁴

2.2 หน้าที่ของเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่มนุษย์รู้จักกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานตั้งแต่สมัยมีการค้าขายในยุคโบราณกาล การใช้เครื่องหมายการค้าในสมัยก่อนก็เพื่อให้มีการกำหนดว่าสินค้านั้นเป็นของผู้ใด หากสินค้านั้นมีตำหนักก็สามารถนำมาคืนได้โดยสะดวก ในสมัยนั้นเครื่องหมายการค้าจึงมีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของผู้ผลิตสินค้าและผู้ขายสินค้าแต่ต่อมาได้มีการพัฒนาและคำนึงถึงผู้บริโภคอันเป็นสาธารณชนว่าควรจะต้องได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกหลอกลวงจากการใช้เครื่องหมายนั้นหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าจึงอาจทำหน้าที่ดังนี้¹⁵

2.2.1 หน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้า

การชี้ให้เห็นถึงถิ่นกำเนิดหรือแหล่งผลิตสินค้า (Origin or Source Function) ตามความหมายนี้ได้หมายถึงว่าสินค้าที่ผลิตหรือจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้าของผู้เป็นเจ้าของนั้นผลิตมาจากแหล่งใดซึ่งเป็นสถานที่ทางภูมิศาสตร์ แต่หมายถึงการชี้ให้เห็นว่าสินค้านั้นผลิตจากผู้ผลิตรายใด โรงงานใด เป็นของผู้ใดหรือในกรณีที่มีผู้ผลิตหลายรายแต่ได้มีการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายเดียวกันเพื่อผลิตสินค้าสู่ตลาดเครื่องหมายก็จะแสดงให้เห็นว่าผู้ผลิตหลายรายที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันนั้นผลิตสินค้าจากผู้ผลิตที่เป็นรายเดียวกันหรือมีแหล่งผลิตมาจากที่เดียวกัน อาทิเช่น สัญลักษณ์ของเครื่องดื่ม ๆ ชนิดหนึ่ง โดยบนบรรจุภัณฑ์ของเครื่องดื่มนั้นจะมีลักษณะคล้ายกับเลขหนึ่งไทยปรากฏอยู่ชัดเจนกลางขวด สามารถทำให้ผู้บริโภคสามารถทราบแหล่งที่มาของเครื่องหมาย

¹³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความลับทางการค้า เหมิคอนดักเตอร์ชิป พันธุ์พืชใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553), 296.

¹⁴ พัฒเนช น้อยฉายา, ปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ.2543) เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นคำบรรยาย (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), 20.

¹⁵ อารีพรพรรณ จงประกิจพงศ์, ทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2537), 83-85.

การคำนวณว่าเป็นเครื่องตีของผู้ผลิตรายใด อย่างตัวอย่างที่กล่าวนี้คือสินค้าที่เป็นเครื่องตีของยี่ห้ออิชิตัน ซึ่งเป็นของคุณต้น ภาสกรนที เป็นต้น¹⁶

2.2.2 หน้าทีบอกความแตกต่างของสินค้า

ในกรณีที่มีผู้ประกอบการหลายรายจำหน่ายสินค้าเหล่านั้น โดยลักษณะการแข่งขันสินค้าเหล่านั้นย่อมมีลักษณะรูปพรรณสัณฐานใกล้เคียงกัน ราคาที่มีความใกล้เคียงกันรวมทั้งวางจำหน่ายในสถานที่เดียวกัน จึงเป็นการยากที่จะสามารถแยกแยะได้อย่างชัดเจน¹⁷ เครื่องหมายการค้าที่ใช้จำแนกสินค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นนอกจากสินค้าประเภทเดียวกันที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น

ดังนั้น ความสามารถในการจำแนกสินค้าและบริการของเครื่องหมายการค้าจึงได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ รวมทั้งต้องมีการส่งเสริมเครื่องหมายการค้าแต่ละเครื่องหมายให้มีความสามารถในการจำแนกความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอย่างมีประสิทธิภาพ คือ จะต้องทำให้เครื่องหมายการค้ามีความแตกต่างกันมากพอที่จะทำให้ผู้ที่บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกัน จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญ

ในการพิจารณาเครื่องหมายเพื่อรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า หากเครื่องหมายใดมีความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว ย่อมจะถูกนายทะเบียนปฏิเสธได้ แม้จะมีการใช้โดยสุจริตมาเป็นระยะเวลาเท่าไรก็ตาม ทั้งนี้โดยอาศัยหลักของการยื่นจดทะเบียนก่อนได้รับสิทธิก่อน (First-to-File) ซึ่งนำมาใช้ในการพิจารณารับจดทะเบียนควบคู่กับหลักการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าอื่นที่ได้รับการจดทะเบียนไว้แล้ว¹⁸

2.2.3 หน้าทีประกันคุณภาพของสินค้า

การแสดงถึงคุณภาพของสินค้า (Quality Function) เครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วมักจะแสดงให้เห็นถึงคุณภาพของสินค้านั้น ๆ เสมอในกฎหมายเครื่องหมายการค้า คำว่า “คุณภาพ” ถือว่าเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งด้วย ในบางประเทศก็อาจจะมีกำหนดให้คำว่าคุณภาพเป็นสาระสำคัญที่ผู้เป็นเจ้าของจะต้องมีความรับผิดชอบเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้านั้น ๆ ด้วย ซึ่งตามปกติแล้วการกำหนดระดับของคุณภาพว่าอยู่ในระดับใด มีมาตรฐานอย่างไรนั้นในกฎหมายจะมีระบุไว้ แต่หากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้นมีความจริงผู้ซื้อสินค้าจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายดังกล่าวมีคุณภาพดีตามที่ตนต้องการและในทางปฏิบัติผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายจะแนะนำคุณภาพของสินค้าของตนโดยการโฆษณาเผยแพร่ให้ผู้ซื้อสินค้าทราบถึงคุณภาพของสินค้าตนและให้สามารถจดจำเครื่องหมายการค้าได้¹⁹

2.2.4 หน้าทีในการโฆษณา

การโฆษณาเผยแพร่สินค้าที่ใช้เครื่องหมาย (Advertising Function) การโฆษณาสินค้าเพื่อให้ผู้ซื้อสามารถจดจำเครื่องหมายการค้าของตนนับเป็นการส่งเสริมการขายอย่างหนึ่งสามารถทำ

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, 13.

¹⁷ พัฒนาศ น้อยฉายา, ปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ.2543) เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นคำบรรยาย, 20.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁹ อาวีพรรณ จงประกิจพงศ์, ทรัพย์สินทางปัญญา, 83-85.

ให้ผู้ซื้อจู้จี้กับคุณค่าและทราบถึงแหล่งของผู้ผลิตรายนั้น ๆ อันจะทำให้ไม่เกิดการหลงผิดกับเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตรายอื่น ๆ ที่อาจผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือใช้เครื่องหมายที่มีลักษณะคล้าย ๆ กันอันจะทำให้ป้องกันการสับสนหลงผิดและการหลอกลวงการขายสินค้าอีกทางหนึ่ง²⁰

2.3. กระบวนการของการรับรู้และลักษณะโดยทั่วไปของเสียงและกลิ่น

ในหัวข้อต่อไปนี้จะกล่าวถึงกระบวนการหรือกลไกของการรับรู้และลักษณะโดยทั่วไปของเสียงและกลิ่นว่ามีลักษณะเป็นเช่นใด เป็นการศึกษาในเบื้องต้นเพื่อเป็นข้อมูลพื้นฐานเพื่อเสริมความเข้าใจเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าในปัจจุบันที่มีรูปแบบเปลี่ยนไปตามยุคสมัย สภาพเศรษฐกิจและสังคม

2.3.1 กระบวนการของการรับรู้

กระบวนการรับรู้ (Process) นั้นเป็นกระบวนการที่ปรากฏอยู่กับสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ บนโลก กล่าวคือ กระบวนการรับรู้เป็นกระบวนการของอวัยวะสัมผัสต่าง ๆ ของสิ่งมีชีวิต เช่น มนุษย์ อวัยวะสัมผัส คือ ตา หู จมูก ปาก ผิวกาย เป็นต้น ซึ่งมีปฏิกิริยาต่อสิ่งต่าง ๆ ที่เคยพบเจอ เคยสัมผัส และเกิดเป็นการจดจำกับสิ่งที่สัมผัสนั้น ๆ มาเป็นระยะเวลายาวนาน จนเกิดเป็นกระบวนการการเรียนรู้ว่าสิ่งใดที่อวัยวะสัมผัสนั้นได้สัมผัสคือสิ่งใดและเมื่อเกิดการเรียนรู้แล้ว มนุษย์ก็สามารถที่จะตัดสินใจต่อสิ่งที่มาสัมผัสหรือมาใกล้ระยะที่จะสัมผัสได้ เช่น เมื่อมนุษย์ได้กลิ่นเหม็นใหม่ ๆ ปรากฏ ณ สถานที่ใด มนุษย์ก็จะจดจำได้ว่ากลิ่นใหม่แบบนี้ตนเคยได้กลิ่นมาก่อนและรู้ว่ากลิ่นนั้นเป็นกลิ่นใหม่ ของสิ่งใด และจะเกิดการตัดสินใจว่าควรจะไปไหนไปไกล ๆ จากสิ่งนั้นหรืออาจเป็นกรณีเกิดกลิ่นใหม่ ในบริเวณบ้านมนุษย์ก็จะมีปฏิกิริยาตอบสนอง คือ รู้ว่ากลิ่นแบบนี้คือกลิ่นไม่พึงประสงค์จะเดินไปดูว่ากลิ่นนั้น ๆ มาจากไหน เมื่อพบแหล่งกำเนิดกลิ่นนั้นมนุษย์ก็จะเกิดการตัดสินใจเกิดขึ้น คือ รีบไปนำน้ำ มาดับไฟเพื่อให้กลิ่นนั้นหายไปหรือเพื่อไม่ให้เกิดเหตุร้ายกับตนและครอบครัว เป็นต้น²¹ ดังนั้น กระบวนการรับรู้จึงเกิดจาก การสัมผัส การจดจำ การเรียนรู้ และการตัดสินใจตามลำดับ

2.3.2 ลักษณะโดยทั่วไปของเสียง

มนุษย์สามารถได้ยินเสียงต่าง ๆ ที่อยู่รอบตัวโดยอาศัยหูเป็นอวัยวะในการรับฟังเสียงซึ่งเกิดจากการสั่นของแหล่งกำเนิดเสียงและพลังงานจากการสั่นนั้นเคลื่อนที่ผ่านอากาศมาถึงหู หูจะทำหน้าที่เปรียบเสมือนตัวเก็บรวบรวมข้อมูลของเสียงที่เข้ามา แล้วส่งต่อไปยังสมอง สมองก็จะแปลความออกมาว่าเสียงนั้น ๆ เป็นเสียงของสิ่งใดมีความดังมากหรือน้อยอย่างไร

เสียงเป็นพลังงานรูปหนึ่งไม่มีตัวตน ไม่มีน้ำหนัก ไม่ต้องการที่อยู่และไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า แต่สามารถทำงานได้ คือ เมื่อคลื่นเสียงมาถึงหูเรา ใบหูของเราจะทำหน้าที่รวบรวมคลื่นเสียงทั้งหมดในบริเวณนั้นไว้ แล้วส่งเข้าไปยังช่องหูซึ่งมีความยาวประมาณหนึ่งนิ้ว เมื่อเข้าไปถึงแก้วหู คลื่นเสียงจะทำให้แก้วหูเกิดการสั่นสะเทือนและการสั่นสะเทือนนั้นจะถูกส่งต่อไปยังกระดูกชั้นเล็ก ๆ ทั้งสามชิ้น มีชื่อเรียกว่า กระดูกรูปฆ้อง กระดูกรูปทั่งและกระดูกรูปโกลน มีกลไกทำหน้าที่ปกป้องเสียงที่ดังและเป็นคั่นโยกปล่อยเสียงเข้าไปสู่หูชั้นใน จากหูชั้นในคลื่นเสียงจะเปลี่ยนเป็นสัญญาณไฟฟ้า

²⁰ เรื่องเดียวกัน, 14.

²¹ สุดาทิพย์, หน่วยการเรียนรู้ที่ 5 เรื่องการรับรู้และการเรียนรู้ [Online], 22 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา http://reg.ksu.ac.th/teacher/sudatip/Elearning_files/data5.html.

ส่งตรงไปยังสมองของเราจนเกิดการรับรู้ แต่หูของมนุษย์นั้นมียอดจำกัดสามารถได้ยินเฉพาะเสียงที่มีความถี่ระหว่าง 20 – 20000 ครั้งต่อวินาทีหรือเฮิรตซ์ สำหรับเสียงที่มีความถี่ต่ำหรือสูงกว่านี้จะต้องมีเครื่องมือช่วยจึงสามารถรับฟังได้²²

เสียงที่คนเราสามารถได้ยินแต่ละเสียงอาจเหมือนกันหรือแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับคุณลักษณะของเสียงซึ่งมีอยู่ 3 ข้อ คือ

1) ความดัง (Loudness) หมายถึง การได้ยินเสียงของมนุษย์ว่าเสียงนั้นมีความดังมากหรือน้อยเพียงใด ซึ่งเป็นปริมาณที่ไม่อาจวัดด้วยเครื่องมือใด ๆ ได้โดยตรง ความดังเพิ่มขึ้นตามความเข้มของเสียง ความดังก็คือระดับความเข้มเสียงนั่นเอง หูของคนสามารถรับเสียงที่มีความดังน้อยที่สุดคือ 0 เดซิเบลและมากที่สุดคือ 120 เดซิเบล²³

2) คุณภาพของเสียง (Quality) หมายถึง คุณลักษณะของเสียงที่เราได้ยิน เมื่อเราฟังเพลงจากวงดนตรีวงหนึ่งนั้น เครื่องดนตรีทุกชนิดจะเล่นเพลงเดียวกัน แต่เราสามารถแยกได้ว่าเสียงที่ได้นั้นมาจากดนตรีประเภทใด เช่น มาจากไวโอลินหรือเปียโน เป็นต้น การที่เราสามารถแยกลักษณะของเสียงได้นั้นเพราะว่าคลื่นเสียงทั้งสอง มีคุณภาพของเสียงต่างกัน คุณภาพของเสียงนี้ขึ้นอยู่กับจำนวนโอเวอร์โทนที่เกิดจากแหล่งกำเนิดเสียงนั้น ๆ และแสดงออกมาเด่นจึงไฟเพราะต่างกัน นอกจากนี้คุณภาพของเสียงยังขึ้นกับความเข้มของเสียงอีกด้วย²⁴

3) ระดับเสียง (Pitch) หมายถึง เสียงที่มีความยาวคลื่นและความถี่ต่างกัน โดยเสียงที่มีความถี่สูงจะมีระดับเสียงสูงส่วนเสียงที่มีความถี่ต่ำจะมีระดับเสียงต่ำ²⁵

เสียงอาจเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรืออาจเกิดจากการกระทำของมนุษย์ก็ได้ ตัวอย่างเสียงที่เกิดตามธรรมชาติ เสียงฝนตก นกร้อง เสียงคลื่น เสียงฟ้าผ่า เป็นต้น ส่วนเสียงที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์นั้น เช่น การพูด การร้องเพลง การเล่นดนตรี การเคาะ การปรนมมือหรือเสียงดนตรี เป็นต้น

2.3.3 ลักษณะโดยทั่วไปของกลิ่น

การรับรู้ทางกลิ่นเป็นหนึ่งในห้าของประสาทสัมผัสของมนุษย์ทุกคนนอกเหนือไปจากการมองเห็น การได้ยิน การรับรู้อุณหภูมิและการสัมผัสทางผิวหนัง ซึ่งกลิ่นนั้นส่งผลต่อพฤติกรรมหลาย ๆ อย่าง ๆ ของสิ่งมีชีวิตไม่ว่าจะเป็นอาการที่น้ำลายไหลเมื่อได้กลิ่นอาหารที่เราชอบและเมื่อเวลาที่เรารู้สึกเหม็นกลิ่นนั้น ๆ เราก็จะมีปฏิกิริยาโดยการเอามือมาปิดจมูก ทำการหันหน้าหนีหรือเดินหนีไปจากที่ ๆ มีกลิ่น ๆ นั้นปรากฏจึงเกิดปัญหาว่าทำไมมนุษย์หรือสิ่งมีชีวิตต่าง ๆ สามารถจดจำแยกแยะกลิ่นต่าง ๆ มากมายเหล่านี้ได้อย่างแม่นยำได้เช่นไร ดังนั้น หัวข้อต่อไปนี้จะมาศึกษาว่า

²² ปรียา อนุพงษ์ของอาจ, หูและกลไกของการได้ยิน [Online], 24 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา http://www.rmutphysics.com/physics/oldfront/95/sound1/sound_5.htm.

²³ เรื่องเดียวกัน.

²⁴ เรื่องเดียวกัน.

²⁵ เรื่องเดียวกัน.

ลักษณะโดยทั่วไปของกลิ่นเพื่อเป็นการทำความเข้าใจเบื้องต้นในการจะศึกษาเครื่องหมายการค้ำกลิ่นในบท ต่อ ๆ ไป²⁶

กลิ่นถือว่าเป็นสสารชนิดหนึ่งในสภาวะก๊าซที่ไม่สามารถจับต้องได้และเห็นรูปของกลิ่นได้ แต่สามารถเห็นรูปร่างของแหล่งที่มาของกลิ่นได้ โดยสิ่งที่ทำให้เกิดกลิ่นก็คือตัวสารเคมี (ในรูปของโมเลกุล) กลิ่นจึงเป็นโมเลกุลของสสารที่มีความไวมาก จะหลุดตัวออกจากสารตั้งต้นได้ง่าย หากได้รับกลิ่นจากตัวสารมลพิษจะมีผลต่อสุขภาพ โดยผลกระทบที่ได้รับจะขึ้นอยู่กับความเป็นพิษของสารมลพิษนั้น ระยะเวลาและปริมาณที่ได้รับด้วยการหายใจเข้าไป ซึ่งโดยมากจะไประคายเคืองระบบทางเดินหายใจทำให้เกิดอาการปวดหัว มึนงง การมองเห็นผิดปกติและมีผลต่อการทำงานของสมอง หากมีการสะสมในปริมาณพอเพียงก็อาจเกิดเป็นมะเร็งในอวัยวะต่าง ๆ ได้²⁷

จากการทำงานที่สัมพันธ์กันระหว่างจมูกกับสมองส่วนหน้าบริเวณที่เรียกว่าออลแฟกทอรีบัลล์ (Olfactory Bulb) ที่จะคอยส่งต่อสัญญาณไปยังสมองส่วนซีรีบรัมให้แปลข้อมูลว่ากลิ่นที่เข้ามากระทบกับจมูกนั้นเป็นกลิ่นอะไร การได้กลิ่นจะเกิดขึ้นเมื่ออากาศที่หายใจเข้าไปสัมผัสกับเซลล์ประสาทรับกลิ่น (Olfactory Receptor Cell) ซึ่งอยู่บริเวณเพดานภายในช่องจมูก²⁸

กลิ่นปรากฏอยู่ทั่วไปตามอากาศ โดยกระบวนการได้กลิ่นนั้นมีอวัยวะสัมผัส คือ จมูก กลิ่นต่าง ๆ ในอากาศจะผ่านเข้าไปยังรูจมูก โดยรูจมูกนี้มีทั้งหมดสองข้าง ตรงส่วนล่างของจมูก ภายในจมูกทำหน้าที่ป้องกันฝุ่นละอองในขณะที่หายใจเข้าไป เมื่อกลิ่นนั้นเข้าไปในรูจมูกแล้ว กลิ่นนั้นจะถูกส่งตรงไปยังโพรงจมูก ซึ่งโพรงจมูกนี้เป็นที่พักของอากาศก่อนจะถูกสูดเข้าปอด โพรงจมูกทำหน้าที่ควบคุมอุณหภูมิและความชื้นของอากาศ โดยหลอดเลือดฝอยซึ่งมีอยู่มากมายตามแผ่นเยื่อเมือกจะถ่ายเทความร้อนออกมาทำให้อากาศชุ่มชื้นแผ่นเยื่อเมือกเองก็จะทำหน้าที่ปรับความชื้นให้กับอากาศพร้อม ทั้งดักจับฝุ่นละอองที่เล็ดลอดผ่านขนจมูกเข้าไปแล้วขับทิ้งออกมาเป็นน้ำมูก บริเวณด้านบนของโพรงจมูกมีปลายประสาททำหน้าที่รับกลิ่นอยู่มากมาย ภายในจมูกยังมีรูเปิดของท่อน้ำตาซึ่งเป็นที่ระบายน้ำตาออกมาในโพรงจมูกเพื่อมิให้อ่อนล้นออกมาออกลูกตา เมื่อเราร้องไห้จะมีน้ำตาออกมาตาดน้ำตาส่วนหนึ่งไหลลงมาตามท่อนี้เข้าสู่ช่องจมูกทำให้เห็นเป็นน้ำมูกใส ๆ ไหลออกมาทางจมูก เวลาร้องไห้จึงมักจะคัดจมูกและมีน้ำมูกไหลออกมาด้วย²⁹

เนื่องจากตัวสารเกิดกลิ่น (Odorant) ส่วนมากจะประกอบด้วยโมเลกุลจำนวนมากแต่ละโมเลกุลจะกระตุ้นเซลล์รับกลิ่น (Receptor) หลายเซลล์ กระบวนการเช่นนี้จึงนำไปสู่การเข้ารหัส (Encoded) ที่รวมกันทำให้เกิด “แบบฉบับของกลิ่น” ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับสีที่ปรากฏบนผืนผ้าหรือบนกระเบื้องโมเสก เพื่อให้เข้าใจง่ายขึ้นให้ลองจินตนาการดูว่าตอนนี้ในอากาศมีโมเลกุลของกลิ่นอยู่ 10 ชนิด 1 – 10 ตามลำดับและถ้าจะได้กลิ่นต้องมีโมเลกุลของกลิ่นรวมกัน 3 ชนิด โดยกำหนดเป็น

²⁶ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, กลิ่น...ประสาทสัมผัสสร้างจินตนาการ [Online], 25 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://nstda.or.th/rural/public/100%20articles-stkc/59.pdf>.

²⁷ กรมโรงงานอุตสาหกรรม, กลิ่น [Online], 25 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www2.diw.go.th/PIC/download/info/odor.pdf>.

²⁸ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, กลิ่น...ประสาทสัมผัสสร้างจินตนาการ, 17.

²⁹ ญัฐวุฒิ กุลนรินทร์, อวัยวะส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย [Online], 25 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา http://www.sopon.ac.th/sopon/sema_web/secondary5/health_educ/anatomy/nose.htm.

รหัสง่าย ๆ เช่น 111 เป็นกลิ่นของกะทิ 112 กลิ่นของใบตอง 113 เป็นกลิ่นของขนมตาล...และ
สุดท้าย 999 เป็นกลิ่นของสังขยา ถ้าเราได้กลิ่นของกะทินั้นหมายถึงการที่มีโมเลกุลหมายเลข 1 ทั้ง 3
ตัวเข้าสู่เซลล์รับกลิ่นของเรา³⁰

ในปัจจุบันวิวัฒนาการของกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้มีการพัฒนาการไปอย่างไม่มีที่
สิ้นสุด รูปแบบของเครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศก็มีความแปลกใหม่มากยิ่งขึ้นเพื่อรองรับสภาพ
เศรษฐกิจ สังคมในแต่ละประเทศ ประเทศต่าง ๆ จึงต้องมีการตรากฎหมายเครื่องหมายการค้าภายใน
เพื่อให้มีความทันสมัย ทัดเทียมนานประเทศ ในบทความต่อไปจึงมีการศึกษากฎหมายต่างประเทศในส่วนที่
เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเสียงและเครื่องหมายการค้ากลิ่น ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทใหม่
ของประเทศไทยที่กำลังได้รับความสนใจอยู่ในปัจจุบัน

2.4 รูปแบบและลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้ในประเทศไทย

2.4.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้าและความหมายของเครื่องหมาย

2.4.1.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า

คำว่า “เครื่องหมายการค้า” สาธารณชนโดยทั่วไปคงจะไม่คุ้นเคยกันมากนัก แต่
หากเป็นคำว่า ยี่ห้อ ตรา โลโก้ หรือแบรนด์ สาธารณชนโดยทั่วไปคงจะคุ้นเคยรู้จักและเรียกขานคำ
เหล่านี้มากกว่าคำว่าเครื่องหมายการค้า หากสังเกตสิ่งต่าง ๆ ที่มีอยู่รอบตัวแล้วล้วนแต่มีเครื่องหมาย
การค้าปรากฏอยู่เสมอ นับตั้งแต่เวลาที่ตื่นนอนตอนเช้าจนถึงเข้านอนแล้วแต่ต้องสัมผัสกับสิ่งของ
เครื่องใช้ เครื่องอุปโภคบริโภคที่มีเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นนาฬิกาปลุกที่ปลุกให้เราตื่นนอนตรง
เวลา สุขภัณฑ์ที่ใช้ทำธุระในห้องน้ำ ยาสีฟัน แปรงสีฟัน สบู่ แชมพู เครื่องแต่งกายทุกชิ้น อาหาร
เครื่องดื่มแล้วแต่มีเครื่องหมายการค้าทั้งนั้น เครื่องหมายการค้านาฬิกาปลุก เช่น ยี่ห้อไซโก้ ซิติ
เช่น เครื่องหมายการค้าของเครื่องสุขภัณฑ์ เช่น ยี่ห้ออเมริกันแอสตันดาร์ด คอตโต้ ยาสีฟัน แปรงสีฟัน
เช่น ยี่ห้อคอลเกต ซอลล์ ดาร์ลี สบู่ เช่น ลักซ์ นกแก้ว แชมพู เช่น ซันซิล โดฟ ส่วนที่เป็นอาหาร เช่น
บะหมี่ มาม่า ไวไว ยำยำ ขนมห้าง เช่น ฟาร์มเฮาส์ เอสแอนด์พี ยามาซากิ และเครื่องดื่ม เช่น เป๊ปซี่
โค้ก แพนต้า สไปร์ท์ อิชิตัน โออิชิ เป็นต้น

ความหมายของเครื่องหมายการค้ามีบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมาย
การค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่
ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของ
เครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”³¹ จากบทบัญญัติ
ดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่าเครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการแยกแยะความ
แตกต่างของสินค้า (to Differentiate a Product) ของผู้ประกอบการร้านค้ารายหนึ่งออกจาก
สินค้าของผู้ประกอบการร้านค้าอีกรายหนึ่ง ซึ่งสินค้านี้ดังกล่าวได้แก่สินค้าหรือบริการที่
ผู้ประกอบการค้าจำหน่ายหรือบริการให้แก่ลูกค้า ด้วยเหตุนี้เครื่องหมายการค้าที่ปรากฏอยู่บนสินค้า
นั้น จึงมีบทบาทในการอำนวยความสะดวกให้ลูกค้าสามารถใช้แยกแยะสินค้าของผู้ประกอบการ
ต่าง ๆ

³⁰ เรื่องเดียวกัน, 17.

³¹ มาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

2.4.1.2 ความหมายของเครื่องหมาย

การที่จะดูว่าเครื่องหมายใดจะมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ เครื่องหมายดังกล่าวนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าก่อน ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าไทยก่อนการแก้ไขครั้งล่าสุด มีเครื่องหมายการค้าอยู่ 2 ประเภท คือ 1) เครื่องหมายรูป 2) เครื่องหมายคำ แต่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ได้มีการเพิ่มเติมประเภทของเครื่องหมายการค้าให้มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 4³² วรรคหนึ่งว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุหรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างรวมกัน”

ฉะนั้น จะเห็นได้ว่ามีเครื่องหมายหลายประเภทที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ จากคำนิยามข้างต้นเราอาจแบ่งเครื่องหมายได้ 4 ลักษณะ คือ 1) เครื่องหมายคำ 2) เครื่องหมายรูป 3) กลุ่มของสี 4) รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ³³ ฉะนั้น จึงควรพิจารณาก่อนว่า เครื่องหมายที่จะนำมาขึ้นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า นั้น จะต้องเป็นเครื่องหมายตามคำนิยามดังกล่าวข้างต้นก่อน

2.4.2 รูปแบบและลักษณะของเครื่องหมายการค้า

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 จากคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” มาตรา 4³⁴ ซึ่งระบุว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น” เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสิ่งใดที่จะถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

2.4.2.1 จะต้องเป็นเครื่องหมาย

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาตรา 4 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามศัพท์คำว่า “เครื่องหมาย” ไว้ดังนี้ “เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ หรือข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุหรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน”³⁵

ซึ่งคำว่า “เครื่องหมาย” ตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น หมายถึง เครื่องหมายที่สามารถมองเห็นได้ด้วยสายตา (Visual Signs) ซึ่งใช้เกี่ยวกับสินค้าอยู่ในความหมายของเครื่องหมายการค้า กฎหมายประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ให้การยอมรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาพร้อมทั้งประเทศไทยด้วย แต่ในปัจจุบันวิวัฒนาการของรูปแบบการค้าขายในธุรกิจ

³² มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

³³ วิส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า Trademark Law, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 5-6.

³⁴ มาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

³⁵ มาตรา 4 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

ต่าง ๆ มีรูปแบบที่เปลี่ยนไปมาก กฎหมายในบางประเทศได้มีการออกบทบัญญัติเพื่อขยายความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย เช่น เครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น เครื่องหมายการค้ารสชาติ แต่ในส่วนของเครื่องหมายการค้าในส่วนของรสชาตินั้นยังไม่ค่อยได้รับความนิยมมากนักเนื่องจากเป็นการยากในเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันขณะที่ผู้วิจัยทำการศึกษานี้ประเทศไทยก็ได้มีความพยายามที่จะขยายความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเช่นเดียวกัน คือ เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ดังนั้น สิ่งอื่นใดที่นอกเหนือไปจากที่บทบัญญัติมาตรา 4 กำหนดย่อมไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้เพราะกฎหมายเครื่องหมายการค้ายังไม่ให้ความคุ้มครอง³⁶

จากนิยามของคำว่า เครื่องหมาย ดังกล่าวข้างต้นสามารถแยกพิจารณารายละเอียดในลักษณะของเครื่องหมายได้ดังต่อไปนี้

1) ภาพถ่าย หมายถึง ภาพที่สร้างเพื่อใช้สื่อความหมาย ความรู้สึก อารมณ์ รวมทั้งทัศนคติของคนถ่ายภาพ โดยใช้กระบวนการของการที่แสงสว่างสะท้อนมาจากวัตถุผ่านเข้าไปกระทบกับวัตถุไวแสงแล้วจึงนำวัตถุไวแสงไปผ่านกระบวนการสร้างภาพให้ปรากฏขึ้น

2) ภาพวาด หมายถึง ภาพที่เกิดขึ้นจากการวาดภาพเหมือนจากสิ่งที่ปรากฏอยู่รอบ ๆ ตัว อาจเป็นการวาดภาพขึ้นมาตามจินตนาการของผู้ที่วาดภาพนั้นขึ้นเป็นการสร้างภาพโดยโปรแกรมต่าง ๆ ในเครื่องคอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือใดวาดภาพนั้น ๆ ขึ้นมา

3) ภาพประดิษฐ์ หมายถึง ภาพที่คิด ทำ แต่ง สร้าง จินตนาการหรือดัดแปลงขึ้นโดยให้มีความแตกต่างจากสิ่งที่ปรากฏอยู่ตามธรรมชาติหรือที่ปรากฏอยู่ทั่วไปรอบ ๆ ตัวเกิดเป็นภาพประดิษฐ์ขึ้น

4) ตรา หมายถึง “เครื่องหมายที่มีสวดลายและทำเป็นรูปต่าง ๆ เช่น ตราพระราชสีห์ ตราพระคชสีห์ ตราบัวแก้ว สำหรับใช้เป็นเครื่องประดับในจำพวกราชอิสริยาภรณ์ เช่น ตราช้างเผือก สำหรับใช้เป็นเครื่องหมาย เช่น ผ้าตราขนกอินทรี ก. ประทับเป็นสำคัญ เช่น ตราไว้”³⁷

5) ชื่อ หมายถึง คำที่ตั้งขึ้นเพื่อใช้เรียกขานบุคคลธรรมดา นิติบุคคลหรือองค์กรใด ๆ

6) คำ หมายถึง เครื่องหมายที่อ่านออกเสียงได้โดยเป็นเครื่องหมายที่น่าตัวเลขตัวอักษรมาผสมรวมกันเป็นคำหรือข้อความ จะมีความหมายคำแปลหรือไม่มีความหมายหรือคำแปลก็ได้

7) ข้อความ หมายถึง ข้อความที่มีความหมายหรือไม่มีความหมาย มักเป็นวลีที่ประดิษฐ์ขึ้นมาให้มีลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อใช้กับสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง เช่น เอกลักษณ์ของเอกบุรุษที่ใช้ประกอบเครื่องหมายการค้าสำหรับเสื้อยี่ห้อ Arrow เป็นต้น³⁸

³⁶ เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้แบะการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า, 30-31.

³⁷ บริษัท สุนก ออนไลน์ จำกัด, พจนานุกรมแปล ไทย-ไทย ราชบัณฑิตยสถาน [Online], 19 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://dictionary.sanook.com/search/dict-th-th-royal-institute/%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%B2>.

8) ตัวหนังสือ หมายถึง ตัวอักษรในภาษาใด ๆ เช่น ในภาษาไทยคือพยัญชนะไทย ทั้งหมด 44 ตัว กล่าวคือ ก – ฮ หากเป็นตัวหนังสือในภาษาต่างประเทศ คือ อักษร (Alphabet) ซึ่งหมายถึงตัวอักษร A - Z

9) ตัวเลข หมายถึง ตัวเลขในภาษาใด ๆ ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ที่มนุษย์คิดค้นขึ้นมาเพื่อใช้เขียนแทนจำนวนของสิ่งต่าง ๆ คำว่าจำนวน หมายถึง ปริมาณในทางคณิตศาสตร์ ซึ่งแสดงให้เห็นทราบว่ามีมากหรือน้อยเพียงใด เช่น แสดงปริมาณของ คน สัตว์ พืช หรือสิ่งของต่าง ๆ เป็นต้น

10) ลายมือชื่อ หมายถึง ชื่อของบุคคลซึ่งบุคคลนั้นเขียนลงไว้ในหนังสือหรือเอกสารเพื่อรับรองหรือแสดงว่าตนเป็นผู้ผลิตหนังสือหรือเอกสารนั้นและหมายความรวมถึงลายพิมพ์นิ้วมือและเครื่องหมายซึ่งบุคคลลงไว้แทนลายมือชื่อของตนด้วย³⁹

11) กลุ่มของสี หมายถึง สีที่มีการรวมกลุ่มหรือชุมนุมกันตั้งแต่ 2 สีขึ้นไปโดยไม่ได้จำกัดว่าจะจะเป็นสีอ่อนหรือสีแก่ ซึ่งกลุ่มของสีดังกล่าวต้องไม่ใช่สีเครื่องหมายที่เป็นภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุหรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน เช่น ในบทบัญญัติมาตรา 45⁴⁰ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าอันจะได้จดทะเบียนไว้โดยมิได้จำกัดสีนั้นให้ถือว่าได้จดทะเบียนไว้ทุกสี” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่าแม้ผู้ยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายสีต้องการยื่นจดสีใดเพียงหนึ่งสีหรือสองสีเท่านั้นไม่ได้หมายความถึงสีอื่น ๆ ด้วยกฎหมายก็ให้ความคุ้มครองรวมถึงทุกสีด้วย เช่น ยื่นขอจดทะเบียนไว้เป็นสีขาวดำ แต่เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียนไว้แล้ว เวลานำไปใช้เป็นที่หมายกับสินค้าจะใช้สีอะไรก็ได้ตามแต่ผู้ที่ยื่นจดทะเบียนต้องการ⁴¹

12) รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หมายถึง เครื่องหมายที่มีลักษณะเป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุที่แสดงถึง ด้านกว้าง ด้านยาว ด้านลึกและแสดงชัดเจนให้เห็นความแตกต่างของเครื่องหมายในลักษณะอย่างอื่นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 เช่น ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ เป็นต้น ซึ่งเป็นเครื่องหมายประเภทใหม่ที่อาจนำไปขอจดทะเบียนได้ แม้รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุอาจเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะแบบผลิตภัณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรก็ตาม⁴²

³⁸ จริญญา เพชรอาวุธ, ปัญหาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีผู้จดทะเบียนหลายรายต่างยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกัน (มาตรา 20 ถึงมาตรา 26) (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554), 19.

³⁹ บริษัท สนุก ออนไลน์ จำกัด, พจนานุกรมแปล ไทย-ไทย ราชบัณฑิตยสถาน [Online], 31 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://dictionary.sanook.com/search/dict-th-th-royal-institute/%E0%B8%A5%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%A1%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%8A%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD>.

⁴⁰ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

⁴¹ จริญญา เพชรอาวุธ, ปัญหาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีผู้จดทะเบียนหลายรายต่างยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกัน (มาตรา 20 ถึงมาตรา 26), 19-20.

⁴² เรื่องเดียวกัน.

2.4.2.2 เพื่อใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวกับสินค้า

เครื่องหมายการค้านอกจากจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว เครื่องหมายการค้าจะต้องมุ่งถึงตัวของสินค้าเป็นสำคัญอีกด้วย คือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องแสดงให้เห็นว่า ตนมีเจตนาใช้หรือมีความตั้งใจที่จะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นกับสินค้าของตนโดยมีเจตนาสุจริตและในการแสดงให้เห็นนั้นต้องแสดงในฐานะที่เป็นเจ้าของของเครื่องหมายการค้า นั้นด้วย เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลที่ไม่มีเจตนาใช้หรือตั้งใจที่จะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นมาขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งถือว่ามีเจตนาไม่สุจริตมีความต้องการที่จะกีดกันหรือหวงกั้นบุคคลอื่นจากการใช้เครื่องหมายการค้า ที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้า ของตนไม่ให้ได้รับจดทะเบียนหรือในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ไม่ได้มีการใช้หรือตั้งใจที่จะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นเลยแต่นำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า แต่มีไว้เพื่อใช้ในการโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า ให้บุคคลอื่นใช้โดยที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการผลิตหรือการควบคุมคุณภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า ที่ทำการโอนสิทธิให้เลย ซึ่งถือว่าการกระทำดังกล่าวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ไม่มีเจตนาใช้หรือจะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นเลย⁴³

2.4.2.3 เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

เครื่องหมายที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นจะต้องแสดงให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตรายหนึ่งกับสินค้าที่เป็นชนิด ประเภท เดียวกันหรือต่างชนิดกันที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตรายอื่น ๆ ซึ่งอาจปรากฏชัดเจนที่บรรจุภัณฑ์ หีบห่อหรือบนตัวของสินค้าก็ได้เพราะความมุ่งหมายของกฎหมายเครื่องหมายการค้า คือ การแสดงให้เห็นให้ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้บริโภคสามารถแยกความแตกต่างของสินค้าต่าง ๆ ออกจากกันได้อย่างชัดเจนโดยทราบว่าเครื่องหมายนั้นเป็นสินค้าที่มาจากแหล่งกำเนิดหรือแหล่งผลิตใดได้ โดยผู้บริโภคอาจเคยซื้อหรือไม่ก็ได้ เช่น ในร้านค้าร้านหนึ่งมีสินค้าน้ำอัดลมที่มีแหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิดที่ต่างกันจำนวนมาก ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อหรือแยกน้ำอัดลมยี่ห้อหนึ่งออกจากยี่ห้ออื่น ๆ ได้อย่างชัดเจนโดยอาศัยเครื่องหมายการค้าที่ตรงตราอยู่กับสินค้านั้น ๆ⁴⁴

2.4.3 เครื่องหมายที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย

แม้เครื่องหมายใดจะมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าแล้วก็ได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้า นั้นจะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เสมอไป ซึ่งเครื่องหมายใดที่สามารถนำไปจดทะเบียนได้นั้นต้องมีลักษณะตามที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 6⁴⁵ ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ
- 2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ และ

⁴³ พรพรม อังศุลสิงห์, ปัญหาการเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยรามคำแหง, 2555), 26-27.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁵ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

เครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนได้จึงต้องครบองค์ประกอบทั้ง 3 ลักษณะข้างต้น จะขาดประการใดประการหนึ่งไปไม่ได้

2.4.3.1 เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 7⁴⁶ วรรคหนึ่งได้อธิบายความหมายของลักษณะบ่งเฉพาะไว้ว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าลักษณะบ่งเฉพาะเป็นลักษณะที่ทำให้เครื่องหมายการค้ามีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าอื่น โดยสามารถทำให้สาธารณชนโดยทั่วไปที่เป็นผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่งแตกต่างไปจากสินค้าของเครื่องหมายการค้าอื่น ๆ อันเนื่องมาจากหน้าที่หลักของเครื่องหมายการค้า คือ เป็นเครื่องมือในการแยกแยะและระบุถึงแหล่งที่มาหรือคุณภาพของสินค้า ลักษณะบ่งเฉพาะจึงเป็นลักษณะที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อเครื่องหมายการค้าเพราะหากเครื่องหมายการค้าใดไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างในตัวสินค้าหนึ่งออกจากสินค้าหนึ่งได้ เครื่องหมายการค้านั้นก็ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ตามกฎหมายและยังไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์หลักของการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าได้อีกด้วย⁴⁷

ศาลในสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะ แบ่งออกได้ 4 ระดับ คือ

1) เครื่องหมายที่ไม่ได้พรรณาลักษณะของสินค้าหรือบริการ (Arbitrary Marks) และเครื่องหมายที่ไม่มีคำแปลหรือความหมาย (Fanciful Marks) ตัวอย่างของเครื่องหมายที่ไม่ได้พรรณาลักษณะของสินค้า เช่น Blue Diamond สำหรับสินค้าแก้ว ส่วนตัวอย่างของเครื่องหมายที่ไม่มีคำแปลหรือความหมาย เช่น คำว่า XEROX สำหรับเครื่องถ่ายเอกสาร เป็นต้น เครื่องหมายประเภทนี้ทำให้ผู้ที่ใช้สินค้าทราบได้ทันทีว่าเป็นเครื่องหมายที่เกี่ยวข้องกับสินค้าใด⁴⁸

2) เครื่องหมายเชิงแนะนำ (Suggestive Marks) เป็นเครื่องหมายที่พรรณาลักษณะของสินค้าในทางอ้อม ผู้ใช้สินค้าจะต้องมานั่งคิดอีกทีหนึ่งก่อนจึงจะรู้ว่าเครื่องหมายการค้านี้เกี่ยวข้องกับสินค้าใด เช่น คำว่า Greyhound สำหรับบริการรถโดยสาร ลูกค้าก็ต้องคิดก่อนว่า Greyhound คืออะไร Greyhound หมายถึงสุนัขพันธุ์หนึ่ง ตัวยาวขายาววิ่งเร็ว ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าบริการรถโดยสารในสหรัฐอเมริกา⁴⁹

3) เครื่องหมายเชิงพรรณนา (Descriptive Marks) เป็นเครื่องหมายที่พรรณนาตัวสินค้า จะทำการบรรยายโดยตัวอักษรหรือโดยภาพก็ได้ เช่น คำว่า “Crunchy” แปลว่าน่าเคี้ยว

⁴⁶ มาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

⁴⁷ วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า Trademark Law, 10-12.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

สำหรับสินค้า Cookies ซึ่งเป็นขนมไว้กินเล่น คำเหล่านี้จะต้องใช้มาจนได้ความหมายที่สอง จึงจะได้ลักษณะบ่งเฉพาะได้⁵⁰

4) เครื่องหมายสามัญ (Generic Marks) เป็นชื่อที่ใช้เรียกตัวสินค้านั้นเอง เช่น คำว่า “Peanuts” ซึ่งแปลว่าถั่ว ไม่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าประเภทถั่วได้ เครื่องหมายประเภทนี้ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่จะนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ ไม่ว่าจะใช้นานเพียงใดก็ตาม เพราะเป็นเพียงคำสามัญทั่วไปที่ไม่ควรให้บุคคลใดถือสิทธิในคำนั้นโดยเด็ดขาดเพียงคนเดียว⁵¹

อย่างไรก็ตาม เพื่อความสะดวกและความชัดเจนในการพิจารณาปัญหาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าไว้ในบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสองและวรรคสาม โดยมีการกำหนดว่ามีกรณีใดบ้างที่ให้ถือว่ามึลักษณะบ่งเฉพาะ คือ

- 1) ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherent Distinctiveness)
- 2) ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ (Factual Distinctiveness)

2.4.3.1.1 ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง

ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherent Distinctiveness) หมายถึง ลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดขึ้นตั้งแต่ได้ทำการสร้างเครื่องหมายนั้นขึ้นมา กล่าวคือ เครื่องหมายการค้านั้นไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับตัวสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายนั้น ตัวอย่างเช่น คำที่คิดค้นขึ้นมาใหม่หรือรูปภาพที่แตกต่างจากตัวสินค้า เช่น การใช้คำว่า Apple เป็นเครื่องหมายการค้าของสินค้าประเภทคอมพิวเตอร์ ดังนี้ถือว่าคำว่า Apple นี้มีลักษณะบ่งเฉพาะเพราะเครื่องหมายการค้าไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับสินค้าคอมพิวเตอร์ แต่ถ้าหากมีการนำคำว่า Apple ไปใช้กับสินค้าที่เป็นเครื่องดื่มที่ทำมาจากผลของ Apple ดังนี้ไม่ถือว่ามึลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองเพราะเครื่องหมายการค้ากลายเป็นชื่อเรียกสามัญของสินค้าชนิดนั้น ๆ ซึ่งทำให้ไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่นได้⁵²

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเครื่องหมายการค้ามีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง แต่หากเมื่อมีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นไปนาน ๆ เครื่องหมายการค้านี้อาจจะมีการสูญเสียลักษณะบ่งเฉพาะได้โดยการถูกเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจากผู้มีส่วนได้เสียหรือนายทะเบียน เพราะเครื่องหมายการค้านี้ได้กลายเป็นสิ่งที่ใช้กันสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าบางอย่างหรือบางจำพวกตามบทบัญญัติ มาตรา 66⁵³ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เช่น คำว่า

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, 23.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, 23.

⁵² ชาญศักดิ์ สุนทะโรจน์, *กฎหมายเครื่องหมายการค้า* [Online], 19 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://writer.dek-d.com/hell-o-angel/story/viewlongc.php?id=311708&chapter=5>.

⁵³ มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

“ผู้มีส่วนได้เสียหรือนายทะเบียนอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ หากแสดงได้ว่าในขณะที่ร้องขอนั้นเครื่องหมายการค้านี้ได้กลายเป็นสิ่งที่ใช้กันสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าบางอย่างหรือบางจำพวก จนกระทั่งในวงการค้าหรือในสายตาของสาธารณชน เครื่องหมายการค้านี้ได้สูญเสียความหมายของการเป็นเครื่องหมายการค้าไปแล้ว”.

มาว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองกับสินค้าที่เป็นบะหมี่กึ่งสำเร็จรูป เมื่อมีการใช้คำนี้ไปนาน ๆ ประชาชนโดยทั่วไปต่างก็เรียกบะหมี่กึ่งสำเร็จรูปยี่ห้ออื่น ๆ ว่า มาว่า ด้วย แม้ว่าบะหมี่กึ่งสำเร็จรูปนั้น จะไม่ได้มีการผลิตโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้ายี่ห้อมาว่าก็ตาม เช่นเดียวกับคำว่า XEROX FAB เป็นต้น⁵⁴

ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะแต่ละข้อตามมาตรา 7⁵⁵ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งในแต่ละข้อต่างไม่เกี่ยวข้องกัน หมายความว่า แม้เครื่องหมายการค้าใดจะไม่เข้าข่ายมีลักษณะบ่งเฉพาะในข้อใด เครื่องหมายนั้นก็อาจเข้าข่ายมีลักษณะบ่งเฉพาะในข้ออื่นได้

2.4.3.1.2 ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้

เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะตาม ข้อ 1 ถึง 6 หากได้มีการ จำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนดและพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามามีลักษณะบ่งเฉพาะ

ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้จะเกิดขึ้นภายหลังด้วยการใช้ระยะเวลาหนึ่ง โดยในขณะที่สร้างเครื่องหมายการค้าขึ้นขึ้นมาแล้วยังไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะด้วยตนเองหมายความว่า เครื่องหมายการค้าไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะมาตั้งแต่ต้น แต่เกิดลักษณะบ่งเฉพาะมาด้วยการใช้ เครื่องหมายการค้าขึ้นโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถพิสูจน์ให้นายทะเบียนประจักษ์ได้ว่า ประชาชนผู้บริโภคทราบว่าเครื่องหมายนั้นเป็นเครื่องหมายที่สามารถแยกแยะสินค้าที่ใช้เครื่องหมาย การค้านั้นจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นได้โดยผ่านการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างจริงจังมาเป็น

⁵⁴ ชาญศักดิ์ สุนทะโรจน์, กฎหมายเครื่องหมายการค้า, 24.

⁵⁵ มาตรา 7 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามามีลักษณะบ่งเฉพาะ

(1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของ นิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่เล็งถึงลักษณะหรือ คุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(2) คำหรือข้อความอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่ใช่อักษร ภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(3) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ หรือตัวหนังสือ ตัวเลข หรือคำที่ประดิษฐ์ขึ้น

(4) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียน หรือลายมือชื่อของ บุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว

(5) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้น ตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามี แล้ว

(6) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น”.

ระยะเวลาหนึ่งอย่างต่อเนื่อง ซึ่งอาจเรียกเครื่องหมายการค้าประเภทนี้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีความหมายที่สอง (Secondary Meaning)⁵⁶

ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาหลักฐานการใช้เครื่องหมายนำสืบข้างต้น ให้พิจารณาจากประกาศกระทรวงพาณิชย์⁵⁷ เรื่องลักษณะการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสาม ฉบับปัจจุบัน (ภาคผนวก) จากประกาศกระทรวงพาณิชย์ดังกล่าว สามารถสรุปหลักเกณฑ์การส่งหลักฐานเพื่อพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะได้ดังนี้

1) หลักฐานพิสูจน์การจำหน่าย เผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นต้องเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นว่ามีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาต่อเนื่องกันและเป็นระยะเวลานานพอสมควร⁵⁸

นอกจากนี้ประกาศกระทรวงพาณิชย์ยังกำหนดว่าสาธารณชนในประเทศไทยจะต้องรู้จักด้วย ฉะนั้น กรณีเครื่องหมายที่จดทะเบียนในต่างประเทศมีความแพร่หลายในต่างประเทศ แต่สาธารณชนในประเทศไทยยังไม่รู้จักก็ยังไม่ถือว่าเป็นลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรค 3⁵⁹

2) ต้องเป็นความแพร่หลายเฉพาะสินค้าหรือบริการที่ได้เครื่องหมายนั้นเท่านั้น กล่าวคือ หลักฐานนำสืบความแพร่หลายของเครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าหรือบริการใดให้ถือว่าเป็นการแพร่หลายเฉพาะสินค้าหรือบริการนั้นเท่านั้น ไม่รวมถึงสินค้าหรือบริการอื่นที่ใช้เครื่องหมายนั้น แต่ไม่มีหลักฐานนำสืบความแพร่หลาย⁶⁰

3) เครื่องหมายที่จะพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ ต้องเป็นเครื่องหมายเดียวกันกับเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียน กล่าวคือ เครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียนมีรูปลักษณะเช่นใด เครื่องหมายที่ปรากฏในหลักฐานก็ต้องเป็นเครื่องหมายเดียวกันหรือเกือบจะเหมือนกันกับเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียน จะแตกต่างกันบ้างก็เฉพาะองค์ประกอบเล็ก ๆ น้อย ๆ อันไม่ใช่สาระสำคัญของเครื่องหมาย⁶¹

2.4.3.2 เป็นเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย

เครื่องหมายการค้าใดจะมีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้ว เครื่องหมายการค้านั้นยังไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากปรากฏว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะต้องห้ามไม่ได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

⁵⁶ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2555), 39.

⁵⁷ ดลธิ์, ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 [Online], 18 มีนาคม 2552. แหล่งที่มา <http://law.longdo.com/law/229/sub15369>.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน.

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8⁶² ซึ่งมีทั้งหมด 13 ประการ โดยบางข้อก็มีลักษณะที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด ส่วนในบางข้อก็ต้องห้ามภายในเงื่อนไขที่กำหนดและบางข้อต้องห้ามผู้อื่นจะให้นำมาขอจดทะเบียนแต่ไม่ห้ามเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นจะนำไปจดทะเบียนเองได้ ดังนั้น หากเครื่องหมายการค้าใดเป็นเครื่องหมายที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จึงไม่สามารถนำมายื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

2.4.3.3 เป็นเครื่องหมายที่ไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นจดทะเบียนไว้แล้ว

องค์ประกอบข้อสุดท้ายของเครื่องหมายการค้าที่จะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ คือ เครื่องหมายการค้านั้นจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว หลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 ในกรณีนี้ที่เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้น นายทะเบียนเห็นว่า

⁶² มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

“ เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน

(1) ตราแผ่นดิน พระราชลัญจกร ลัญจกรในราชการ ตราจักรี

ตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตราประจำตำแหน่ง ตราประจำกระทรวง ทบวง กรม หรือตราประจำจังหวัด

(2) ธงชาติของประเทศไทย ธงพระอิสริยยศ หรือธงราชการ

(3) พระปรมาภิไธย พระนามาภิไธย พระปรมาภิไธยย่อ พระนามาภิไธยย่อ หรือนามพระราชวงศ์

(4) พระบรมฉายาลักษณ์ หรือพระบรมสาทิสลักษณ์ของพระมหากษัตริย์ พระราชินี หรือรัชทายาท

(5) ชื่อ คำ ข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระ

ราชวงศ์

(6) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำชาติของรัฐต่างประเทศ ธงหรือเครื่องหมายขององค์การระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการและเครื่องหมายควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือชื่อและชื่อย่อของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น

(7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือกาเงินิวา

(8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรองประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาลไทย ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐของประเทศไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้ขอจดทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายเช่นนั้น เป็นรางวัลสำหรับสินค้านั้น และใช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้านั้น แต่ทั้งนี้ต้องระบุปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย

(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม

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

(12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยकरणัน

(13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”.

1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรือ

2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า

ถ้าเป็นการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน ห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียน”⁶³

องค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนได้ในขณะนี้ มีอยู่ด้วยกันสองส่วน คือ 1) ปัญหาความเหมือนกันของเครื่องหมายการค้า 2) ความคล้ายกันของเครื่องหมายการค้า ความคล้ายนั้นจะต้องมีจนถึงขนาดอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า จึงต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน ไม่ใช่เพียงคล้ายกันบ้างแต่ไม่ถึงขนาดอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิด⁶⁴

หลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาใช้ในการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้า ดังนี้

1) ศาลจำเป็นต้องฟังความเห็นพยานหรือไม่

ในการพิจารณาปัญหาความเหมือนคล้ายและความสับสนหลงผิดนั้น ศาลจะพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนทั่ว ๆ ไป โดยไม่ได้พิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 97/2512 เครื่องหมายการค้าของทั้งโจทก์และจำเลยมีรูปคล้ายเป็นองค์ประกอบหลักของภาพแต่มีสภาพแวดล้อมของภาพที่แตกต่างกัน⁶⁵ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2528/2538 เครื่องหมายการค้าของโจทก์เป็นรูปวงกลม 2 วง วงกลมด้านนอกเป็นเส้นทึบหนา ในวงกลมด้านบนมีอักษรโรมันตัวพิมพ์ใหญ่คำว่า "EKOMAG" ด้านล่างของอักษรโรมันดังกล่าวมีเส้นคลื่น 2 เส้น อยู่ภายในวงกลม ส่วนเครื่องหมายการค้าของจำเลยเป็นรูปวงกลม 2 วง ซ้อนกันและวงกลมด้านนอกเป็นเส้นทึบหนาเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ในวงกลมด้านบนมีอักษรโรมันตัวพิมพ์ใหญ่คำว่า "F.KOMAC" ด้านล่างของอักษรโรมันดังกล่าวมีเส้นคลื่น 2 เส้นอยู่ภายในวงกลมเช่นกัน เครื่องหมายการค้าของจำเลยเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์เกือบทั้งหมด⁶⁶) อย่างไรก็ตามบางครั้งศาลอาจพิจารณาประกอบกับรายงานการวิจัยเรื่องความคล้ายคลึงและความแตกต่างของเครื่องหมายการค้าก็ได้⁶⁷

⁶³ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

⁶⁴ วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า Trademark Law, 40-41.

⁶⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ฎีกาที่ 97/2512 [Online], 22 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/thsc/2512/cd_4290.pdf.

⁶⁶ ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2528/2538 [Online], 26 มกราคม 2551. แหล่งที่มา http://www.library.coj.go.th/pongkun_68.php?idmain=102&&kotmaiyo=-&&mattra=16&&page=2.

⁶⁷ วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า Trademark Law, 43-44.

2) ศาลจะพิจารณาปัญหาความเหมือนหรือคล้าย

ศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ว่า คดีที่พิพาทนั้นไม่ได้วินิจฉัยแต่เพียงว่า เครื่องหมายการค้าทั้งสองจะต้องเหมือนกันทุกสิ่งทุกอย่าง แต่ต้องวินิจฉัยว่าเครื่องหมายนั้นชวนให้ เห็นเป็นลักษณะทำนองเดียวกัน ต้องเทียบเคียงให้เห็นลักษณะในเวลาที่ใช้ตามปกติโดยสุจริต ประกอบ กับประเภทสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นกับสภาพแห่งท้องตลาด⁶⁸

3) หลักเกณฑ์การพิจารณาความเหมือนกันของเครื่องหมาย

ในการพิจารณาความคล้ายกันของเครื่องหมายการค้า นั้นจะต้องปรากฏว่าคล้ายกัน จนถึงขนาดอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าซึ่ง อาจใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งหรือหลายหลักเกณฑ์ประกอบกัน คือ ความคล้ายกันทางสายตา ความคล้ายกันทางเสียงเรียกขาน ความคล้ายกันทางความหมาย⁶⁹

ดังนั้น เครื่องหมายการค้าใดที่จะนำมาขึ้นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ นั้นจะต้องพิจารณาในประการแรกว่าเครื่องหมายการค้า นั้นมีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามบทบัญญัติ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง และวรรคสองแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพราะหาก เครื่องหมายใดไม่มีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามมาตราข้างต้น ก็ไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็น เครื่องหมายการค้าได้ ในประการต่อมา เครื่องหมายการค้า นั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้จึงจะ สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ คือ

1) เครื่องหมายการค้าจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ กล่าวคือ เครื่องหมายการค้า นั้น ต้องมีเอกลักษณ์ที่โดดเด่นสามารถทำให้บุคคลโดยทั่วไปที่พบเห็นสามารถแยกความแตกต่างสินค้าขึ้น หนึ่งกับสินค้าอีกขึ้นหนึ่งที่มีแหล่งที่มาต่างกันได้ตามบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

2) เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้าม กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายที่ต้องห้าม ตามบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ทั้งหมด 13 ประการ

3) เครื่องหมายการค้าที่ไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่จะนำมาจดทะเบียนนั้นจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมาย การค้าของบุคคลอื่นที่ได้ทำการจดทะเบียนไว้แล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความ เป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าได้ตามบทบัญญัติมาตรา 13

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาต่าง ๆ ข้างต้น ทำให้ทราบว่าประวัติความเป็นมาของ กฎหมายเครื่องหมายการค้าไทยและกฎหมายเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศมีวิวัฒนาการมาจนถึง ปัจจุบันเป็นอย่างไร ทราบหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าว่าหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า นั้นมีหน้าที่ทำ อะไรและทราบว่ารูปแบบและลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ได้นั้นควรเป็นอย่างไรเพื่อจะได้เตรียมตัวให้พร้อมก่อนที่จะขอยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ อย่างถูกต้อง ไม่ต้องเสียเวลา ค่าใช้จ่ายโดยเปล่าประโยชน์

ซึ่งในปัจจุบันเครื่องหมายการค้า นั้นมีการใช้กันอย่างแพร่หลายและมีการแข่งขันกัน อย่างสูงมาก จึงส่งผลให้ผู้ประกอบการต่าง ๆ ต้องคิดค้น ประดิษฐ์เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่ใหม่

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, 28.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, 28.

ทันสมัย จัดจำได้ง่าย เพื่อเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจการค้าต่าง ๆ เหล่านั้น โดยในปัจจุบันเทคโนโลยีก็มีบทบาทอย่างมากในการประกอบกิจการการค้าทุกแขนงและรูปแบบของเครื่องหมายการค้าก็มีความแปลกแตกต่างจากเครื่องหมายในสมัยก่อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งแต่ก่อนนั้นกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นประเทศไทยหรือในต่างประเทศก็ตามต่างให้ความคุ้มครองเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเท่านั้น โดยพัฒนาการล่าสุดของเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา คือ เครื่องหมายการค้ากลุ่มของสี เครื่องหมายการค้าสามมิติและเครื่องหมายการค้ารูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เป็นต้น

ซึ่ง ณ ขณะนี้เครื่องหมายการค้าได้พัฒนาไปอีกระดับ คือ มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย อาทิเช่น เครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น เครื่องหมายการค้ารสชาติ เครื่องหมายการค้าไฮโลแกรม เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันมีหลายประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เยอรมนี ออสเตรเลีย เป็นต้น รวมทั้งประเทศไทยในปัจจุบันก็ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าเพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้านี้ด้วยดังจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อ ๆ ไป ส่วนเครื่องหมายการค้ารสชาตินั้นยังไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดที่ให้ความคุ้มครองอาจเป็นเพราะว่ายังไม่สามารถกำหนดรูปแบบหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเครื่องหมายดังกล่าวได้เนื่องด้วยรสชาตินั้นไม่สามารถที่จะกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะได้โดยง่าย จึงเป็นการยากที่จะให้ความคุ้มครองเกิดขึ้น

ดังนั้น เมื่อเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เช่น เครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาตินั้น มีรูปแบบที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าเดิม คือ เครื่องหมายที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา จึงเป็นการยากที่จะนำหลักเกณฑ์หรือรูปแบบในการพิจารณาการเป็นเครื่องหมายการค้าแบบเดิมมาพิจารณาเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่นี้ได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาลักษณะทั่วไปของเสียงและกลิ่นเพื่อเป็นการทำความเข้าใจในเบื้องต้นของเสียงและกลิ่นเพื่อจะได้เข้าใจเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นขึ้นดังจะได้อธิบายในบทต่อ ๆ ไป

บทที่ 3

แนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปเสียงและกลิ่นของต่างประเทศ

เครื่องหมายการค้า (Trademarks) มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจเพราะเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถจดจำสินค้าได้ง่ายและทำให้ผู้ผลิตสามารถประชาสัมพันธ์สินค้าได้ง่าย เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าที่ตีขึ้น ต้องสามารถบอกได้ทันทีว่าเป็นสินค้าอะไรทันทีที่ได้พบเห็น เครื่องหมายการค้าจะต้องบ่งชี้ลักษณะแตกต่างของสินค้าหรือบริการของบุคคลหรือบริษัทหนึ่ง ๆ ออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลหรือบริษัทอื่น โดยอาจอยู่ในรูปของสัญลักษณ์ เครื่องหมาย ตัวอักษร ตัวเลข กลุ่มของสีหรือทั้งหมดประกอบกันขึ้นเป็นรูปเฉพาะ โดยจะต้องไม่เป็นการลอกเลียน หรือซ้ำซ้อนกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2¹

ในอดีตจนถึงปัจจุบันเครื่องหมายการค้าส่วนใหญ่ถูกจำกัดอยู่เฉพาะเครื่องหมายการค้าที่มองเห็นได้ด้วยตา (Visible Marks) ต่อมาได้มีแนวความคิดว่าเครื่องหมายการค้าไม่ควรถูกจำกัดอยู่ แต่เฉพาะเครื่องหมายการค้าประเภทที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเท่านั้น ปัจจุบันมีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเพียง 3 ประเภท คือ เครื่องหมายการค้าเสียง (Sound Marks) เครื่องหมายการค้ากลิ่น (Scent Marks) และเครื่องหมายการค้ารสชาติ (Taste Marks) ในต่างประเทศบางประเทศได้ให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรเลีย ประเทศอิตาลี ประเทศเดนมาร์ก ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศเปรู เป็นต้น² ซึ่งสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ก็ต่างได้บัญญัติรับรองคุ้มครองเครื่องหมายเสียงและกลิ่นด้วย เช่น ในข้อ 2³ ของอนุสัญญาเครื่องหมายการค้า (Trademark Law Treaty) ได้มีการกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของเครื่องหมายและมีการกล่าวถึงเครื่องหมายกลิ่นและเสียงไว้เช่นกัน

¹ อนุรักษ์ นิยมเวช, ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... [Online], 2 มกราคม 2556. แหล่งที่มา <http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/comm/72/%E0%B8%9E%E0%B8%A3%E0%B8%9A.%E0%B8%84%E0%B9%89%E0%B8%B2-56.doc.pdf>.

² เรื่องเดียวกัน.

³ Article 2 of Trademark Law Treaty.

Marks to which the treaty applies

“(1) [Nature of marks]

(a) This treaty shall apply to marks consisting of visible signs, provided that only those contracting parties which accept for registration three-dimensional marks shall be obliged to apply this treaty to such marks.

3.1 สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

การรับรองคุ้มครองเครื่องหมายดังกล่าวนี้ มีสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่ได้มีการกำหนดวางหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานเป็นแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นไว้ดังนี้

3.1.1 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreements on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreements on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) เป็นความตกลงที่สรุปผลในรอบอุรุกวัย มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศสำหรับคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดระดับของการคุ้มครองขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐบาลของประเทศสมาชิกของ World Trade Organization (WTO) จะต้องให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางปัญญา โดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ที่จะเกิดกับสังคมทั้งในระยะสั้นและระยะยาวของแต่ละประเทศ⁴

และประเทศสมาชิกของ WTO ต้องผูกมัดโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ วัตถุประสงค์ที่สำคัญของความตกลง TRIPS คือ เพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองและส่งเสริมในทางทรัพย์สินทางปัญญาอย่างพอเพียงและมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องไม่ให้นำมาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ ความตกลง TRIPS กำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท โดยวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครอง สิ่งที่ได้รับคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ ตลอดจนการบังคับใช้สิทธิ การทำให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น มิได้มีวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPS เนื่องจากความตกลงนี้เพียงแต่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการให้ความ

(b) This treaty shall not apply to hologram marks and to marks not consisting of visible signs, in particular, sound marks and olfactory marks.

(2) [Kind of marks]

(a) This treaty shall apply to marks relating to goods (trademarks) or services (service marks) or both good and services.

(b) This treaty shall not apply to collective marks, certification marks and guarantee marks.”

⁴ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, สารระสำคัญความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า [Online], 6 มกราคม 2555. แหล่งที่มา <http://www.dtn.go.th/images/document/wto/trip.pdf>.

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น ประเทศสมาชิกจึงสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีระดับความคุ้มครองที่สูงขึ้นกว่าความตกลง TRIPS เท่าที่ไม่ขัดแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้⁵

จากการศึกษาข้อ 15 (1) ของความตกลง TRIPS มีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิ่งที่สามารถใช้เป็นเครื่องหมายการค้าเอาไว้ค่อนข้างกว้าง คือ “เครื่องหมายหรือการรวมกันของเครื่องหมายใด ๆ ซึ่งสามารถจำแนกสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากกิจการอื่น ๆ จะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เครื่องหมายดังกล่าวโดยเฉพาะคำ ซึ่งรวมถึงชื่อบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนของภาพและการรวมตัวกันของสีต่าง ๆ ตลอดจนการรวมตัวกันใด ๆ ของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว จะพึงมีสิทธิจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ในกรณีเครื่องหมายที่โดยลักษณะไม่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง บรรดาสมาชิกอาจกำหนดให้มีการจดทะเบียนได้โดยขึ้นอยู่กับความชัดเจนที่เกิดจากการใช้ สมาชิกอาจกำหนดให้เครื่องหมายนั้นต้องสามารถมองเห็นได้เป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนก็ได้”⁶

จากบทนิยามในความตกลง TRIPS ดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าเครื่องหมายการค้าที่สามารถนำมาจดทะเบียนได้นั้น คือ สิ่งที่มีรูปร่างสามารถมองเห็นได้ด้วยตา ซึ่งย่อหมายถึงความว่าข้อตกลงนี้ไม่ได้บังคับให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เช่น เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น เป็นต้น อย่างไรก็ตามข้อความในตอนท้ายของบทนิยามเครื่องหมายการค้าข้อ 15 (1) ที่ว่า “บรรดาสมาชิกอาจกำหนดให้มีการจดทะเบียนได้โดยขึ้นอยู่กับความชัดเจนที่เกิดจากการใช้ สมาชิกอาจกำหนดให้เครื่องหมายนั้นต้องสามารถมองเห็นได้เป็น

⁵ Article 1(1) of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

Nature and Scope of Obligations

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

⁶ Article 15 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)
Protectable Subject Matter.

“1. Any sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark. 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.”

เงื่อนไขในการจดทะเบียนก็ได้” ทำให้เห็นว่าประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) มีสิทธิที่จะเลือกให้การคุ้มครองเฉพาะเครื่องหมายที่มองเห็นด้วยตาหรือจะอนุญาตให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ไม่เห็นได้ด้วยตาได้ โดยเป็นบทที่ไม่มีสภาพบังคับ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่บางประเทศได้มีการอนุญาตให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาได้ เช่น ประเทศ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย เป็นต้น⁷

จากคำนิยามความตกลงดังกล่าวข้างต้น ประเทศไทยเป็นภาคสมาชิกขององค์การการค้าโลกด้วย จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศไทยขยายความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแบบเดิม ๆ เป็นการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาได้ กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ในปัจจุบันประเทศไทยมีความพยายามที่จะออกกฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายประเภทนี้ด้วย ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

3.1.2 อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection on Industrial Property) ค.ศ. 1883

อนุสัญญากรุงปารีสเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับมาประมาณ 123 ปี มาแล้ว⁸ ซึ่งสนธิสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทางอุตสาหกรรม ได้แก่ สิทธิบัตร (Patent) เครื่องหมายการค้า (Trademark) การออกแบบผลิตภัณฑ์ (Industrial Design) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ อนุสัญญากรุงปารีสมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม พ.ศ. 2551 ส่งผลให้ประเทศไทยเป็นสมาชิกของสหภาพระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมหรือเรียกว่าสหภาพปารีส (Paris Union) ซึ่งประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงปารีส ตลอดจนอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาดังกล่าว⁹

หลักการพื้นฐานของอนุสัญญากรุงปารีสนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 หลักการสำคัญด้วยกัน ประการแรก คือ อนุสัญญากรุงปารีสจะประกอบไปด้วยบทบัญญัติอันเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่

⁷ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2555), 64-65.

⁸ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, การสมัครเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection on Industrial Property) และสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร (Patent Cooperation Treaty: PCT) [Online], 21 ธันวาคม 2552. แหล่งที่มา http://www.senate.go.th/km/km_2551/Documents/K10220_1.pdf.

⁹ นินนาท บุญยะเดช, การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศ (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 23-24.

รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในแต่ละรัฐสมาชิก ประการที่สอง คือ อนุสัญญากรุงปารีสก่อตั้งสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิที่มีมาก่อน (Right of Priority) ประการที่สาม คือ บทบัญญัติอันเป็นกฎหมายสารบัญญัติในอนุสัญญากรุงปารีสอันมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ร่วมกันในการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลและกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องออกกฎหมายให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ดังกล่าว¹⁰

จากบทบัญญัติข้อ 6 (1) ที่ว่า “เงื่อนไขในการยื่นคำขอและการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า “เครื่องหมายการค้า”¹¹ ไว้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น จึงเป็นเรื่องของแต่ละประเทศที่เป็นภาคีสถิติสัญญาฉบับนี้จะต้องออกเป็นกฎหมายภายในและดำเนินการจดทะเบียนเอง เนื่องมาจากบทบัญญัติได้เปิดกว้าง จึงสามารถนำเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เช่น เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น นำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้¹²

3.1.3 ข้อตกลงกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (EU)

ระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปมีพัฒนาการใน 2 ลักษณะ คือ การทำให้ระบบกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกเป็นไปในแนวทางเดียวกันและการสร้างระบบจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปขึ้น การทำให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกเป็นไปในแนวทางเดียวกันนั้นได้ดำเนินการตามคำสั่งประชาคมยุโรป 89/104/EEC ว่าด้วยการทำให้กฎหมายของประเทศสมาชิกเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ส่วนระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะเป็นไปตามระเบียบสหภาพยุโรปที่ 40/94 ว่าด้วยเครื่องหมายการค้าประชาคม (Council Regulation (EC) no. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark) ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 และถูกแก้ไขเรื่อยมาจนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 2004 สำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าประชาคมนั้นก็คือ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในกลุ่ม

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, 34.

¹¹ Article 6(1) of Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883.

Mark: conditions of registration; independence of protection of same mark in different countries

“The conditions for the filing and registration of trademarks shall be determined in each country of the Union by its domestic legislation.”

¹² อติชวัน ธรรมพนิชวัฒน์, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), 37-38.

สหภาพยุโรปกับสำนักงานเพื่อการรวมตลาดภายในสหภาพยุโรป (Office for Harmonization in the Internal Market หรือ OHIM) ซึ่งจะได้รับควบคุมครองใน 27 ประเทศซึ่งเป็นสมาชิก¹³

จากบทบัญญัติ มาตรา 2 ว่า “เครื่องหมายการค้า คือ เครื่องหมายใด ๆ ที่สามารถแสดงออกมาในรูปกราฟฟิก (Represented Graphically) ได้แก่ คำที่มีลักษณะโดยเฉพาะ เช่น ชื่อบุคคล การออกแบบ ตัวหนังสือ ตัวเลข รูปร่างรูปทรงวัตถุหรือบรรจุภัณฑ์ ภายใต้เงื่อนไขว่า เครื่องหมายนั้นจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการจากบุคคลหรือบริการอื่นได้”¹⁴ จากบทบัญญัติดังกล่าวเพียงแต่กำหนดว่า เครื่องหมายการค้า นั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า สามารถแยกแยะสินค้าและบริการอื่น ๆ และสิ่งอื่น ๆ จะต้องสามารถแสดงออกมาในรูปกราฟฟิก (Represented Graphically) ดังนั้น หากเสียงและกลิ่นสามารถแยกแยะสินค้าและบริการได้และผู้ขอจดทะเบียนสามารถแสดงออกมาให้เห็นเป็นรูปกราฟฟิก ก็สามารถทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้ตามความหมายของข้อตกลงฉบับนี้¹⁵

3.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (Convention Establishing the World Intellectual Property Organization)

อนุสัญญาว่าด้วยการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (Convention Establishing the World Intellectual Property Organization) ซึ่งไม่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง แต่เป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกโดยผ่านทางความร่วมมือระหว่างรัฐและร่วมมือกับองค์กรระหว่างประเทศอื่น ๆ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอยู่ด้วยในอนุสัญญาฉบับนี้ โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) ได้รับการสถาปนาในฐานะเป็นหนึ่งในหน่วยงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติและในปัจจุบันมีบทบาทสำคัญ

¹³ ศรีลา ทองกลาง, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายคำผสมตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), 53-55.

¹⁴ Article 2 of the European Parliament and of The Council.

“A trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.”.

¹⁵ อติชวัน ธรรมพินิจวัฒน์, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ, 38-39.

ในการเป็นศูนย์กลางของความร่วมมือระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และมีบทบาทสำคัญมากต่อระบบทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ¹⁶

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้ความหมายของคำว่าเครื่องหมายการค้าไว้ว่า เครื่องหมายการค้า¹⁷ หมายถึง เครื่องหมายใด ๆ ก็ตามที่ระบุเฉพาะถึงตัวสินค้าของเจ้าของ เครื่องหมายการค้าและสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของผู้ประกอบกิจการรายหนึ่งกับ สินค้าของผู้แข่งขันรายอื่นได้ สิ่งที่สำคัญ คือ จะต้องเป็นเครื่องหมาย (Sign) และเครื่องหมายนั้น จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctiveness)¹⁸

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้ความหมายของคำว่า เครื่องหมาย (Sign) ที่ อาจเป็นเครื่องหมายได้ กล่าวคือ เครื่องหมาย¹⁹ อาจประกอบไปด้วยคำ ตัวอักษร ตัวเลข ภาพวาด หรือรูปภาพ สัญลักษณ์ ภาพวาดสามมิติ ลายมือชื่อ รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ บรรจุภัณฑ์ของสินค้า สัญญาณเสียง เช่น เสียงร้องหรือเสียงเพลง กลิ่นหรือสี สิ่งเหล่านี้เป็นอย่างหนึ่งอย่างใดรวมกัน ซึ่งสามารถ แยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้และให้ตัวอย่างของสิ่งที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมาย การค้าได้ดังนี้²⁰

1) สัญลักษณ์ที่สามารถได้ยินได้ (เครื่องหมายทางเสียง) (Audible Sign, Sound Marks) ซึ่ง สามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ เครื่องหมายที่สามารถแปลงเป็นตัวโน้ตดนตรีหรือสัญลักษณ์อื่นๆ และเสียงอื่น ๆ ได้ เช่น เสียงร้องของสัตว์²¹

2) เครื่องหมายที่เกี่ยวกับการดมกลิ่นได้ (Olfactory Marks, Smell Marks) ลองจินตนาการ ว่าบริษัทขายสินค้า เช่น กระดาษเขียนที่มีกลิ่นหอมและลูกค้ารู้สึกคุ้นเคยในการจดจำสินค้านั้นเพราะ กลิ่นของกระดาษนี้²²

¹⁶ เยาวลักษณ์ เคลือบมาศ, การจัดการด้านทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) [Online], 3 เมษายน 2557. แหล่งที่มา <http://www.inpthailand.org/ipthailand/index.php?lang=th>.

¹⁷ “A trademark is any sign that individualizes that goods of a given enterprise and distinguishes them from the goods of its competitors.”.

¹⁸ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข, 69-70.

¹⁹ “Trademarks may be one or a combination of words, letters and numerals. they may consist of drawings symbols , three-dimensional signs such as the shape and packing of goods, audible signs such as music or vocal sound , fragrances, or colors used as distinguishing features”.

²⁰ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข, 37.

²¹ เรื่องเดียวกัน.

²² เรื่องเดียวกัน.

3) เครื่องหมายอื่น ๆ ที่ไม่สามารถเห็นประจักษ์ได้ด้วยตา (Other Invisible Signs) เช่น เครื่องหมายที่จดจำได้ด้วยการผ่านสัมผัส เช่น เครื่องหมายเสียงและกลิ่น เป็นต้น²³

เครื่องหมายการค้ามีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 3 แห่ง EC Harmonization Directive และมาตรา 23.2 (1) แห่งร่างกฎหมายทรัพย์สินอุตสาหกรรมขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO's Draft Industrial Property Act (the Draft Law)) กล่าวว่า “เครื่องหมายใดขาดคุณสมบัติอันมีลักษณะบ่งเฉพาะ เครื่องหมายนั้นจะได้รับการปฏิเสธการรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า”²⁴ ซึ่งสามารถเข้าใจได้ว่าเครื่องหมายการค้าโดยหน้าที่ของมันแล้วก็ย่อมต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ โดยเครื่องหมายนั้น ๆ จะต้องทำให้ผู้บริโภคหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายนี้ทราบได้ว่าเป็นเครื่องหมายที่มาจากแหล่งที่มาใด เมื่อเครื่องหมายการค้าใดไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างกับเครื่องหมายอื่น ๆ ได้ ก็ย่อมขาดคุณสมบัติที่สามารถจะไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้²⁵

ข้อ 2 (a) สนธิสัญญาฉบับนี้ใช้บังคับกับเครื่องหมายซึ่งประกอบด้วยสัญลักษณ์ที่มองเห็นได้ ทั้งนี้เฉพาะบรรดาประเทศคู่สัญญาซึ่งให้การรับรองเครื่องหมายการค้าสามมิติมีภาระผูกพันที่จะบังคับใช้สนธิสัญญาฉบับนี้กับเครื่องหมายดังกล่าว²⁶

ข้อ 2 (b) สนธิสัญญาฉบับนี้ไม่ใช้บังคับกับเครื่องหมายภาพสามมิติและเครื่องหมายซึ่งไม่ได้ประกอบด้วยสัญลักษณ์ที่มองเห็นได้โดยเฉพาะเครื่องหมายเสียงและเครื่องหมายที่เกี่ยวกับกลิ่น²⁷

จากบทบัญญัติต่าง ๆ ข้างต้นได้กำหนดค่านิยามของ “เครื่องหมายการค้า” และตัวอย่างของสิ่งที่อาจเป็นเครื่องหมายการค้าได้ จะเห็นได้ว่าองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้ความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้ในลักษณะเปิดกว้าง ไม่จำกัดประเภทของเครื่องหมายการค้าไว้

²³ เรื่องเดียวกัน, 37.

²⁴ WIPO, *WIPO intellectual property handbook* [Online], 14 June 2014. Available from http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf.

²⁵ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข, 69-70.

²⁶ Article 2 Of Marks to Which the Treaty Applies.

(1) [Nature of Marks]

“(a) This Treaty shall apply to marks consisting of visible signs, provided that only those Contracting Parties which accept for registration three-dimensional marks shall be obliged to apply this Treaty to such marks.

(b) This Treaty shall not apply to hologram marks and to marks not consisting of visible signs, in particular, sound marks and olfactory marks.”.

²⁷ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข, 38.

เพียงแต่ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะสามารถระบุเฉพาะถึงตัวสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและชี้ให้เห็นความแตกต่างจากบุคคลอื่นได้ สิ่งนั้นก็สามรถที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น เสียงและกลิ่น จึงสามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้²⁸

3.1.5 สนธิสัญญากฎหมายเครื่องหมายการค้าประเทศสิงคโปร์ (Singapore Treaty on the Law of Trademarks)

สนธิสัญญาดังกล่าวนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับไว้ในข้อ 2 (1) โดยกล่าวถึง “การใช้สนธิสัญญานี้บังคับกับเครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยสัญลักษณ์อันพึงรับจดทะเบียนได้ภายใต้กฎหมายของประเทศภาคี”²⁹ ซึ่งหมายความว่าเครื่องหมายการค้าที่อยู่ภายใต้บังคับไม่จำเป็นต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเท่านั้นและเมื่อพิจารณาลงลึกในรายละเอียดพบว่าสนธิสัญญาไม่ได้กำหนดลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สนธิสัญญาจะไม่ใช้บังคับ ดังนั้น เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น จึงยอมอยู่ภายใต้บังคับแห่งสนธิสัญญาด้วยหากพึงรับจดทะเบียนได้ภายใต้กฎหมายของประเทศภาคี

จากบทบัญญัติของความตกลงและสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้น จึงมีหลายประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาในรูปแบบต่าง ๆ กันโดยทั่วไปแล้ว ประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น มักจะกำหนดให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต้องแสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมของตัวเครื่องหมายการค้า (Represented Graphically) เช่น ประเทศอังกฤษ³⁰ ประเทศอิตาลี³¹ ประเทศเดนมาร์ก³² ประเทศออสเตรเลีย³³

²⁸ เรื่องเดียวกัน, 38.

²⁹ Article 2(1) of Singapore Treaty on the Law of Trademarks.

Mark to which the treaty applies

“(1) [Nature of marks] any contracting party shall apply this treaty to marks consisting of sign that can be registered as marks under its law.”.

³⁰ Section 1(1) of Trade Marks Act 1994.

“In this Act a "trade mark" means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings.”.

³¹ Article 16 of Trademark Law.

“Any new sign which can be represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, sounds, the shape of goods or of their packaging, color combinations or tonalities, provided that they are capable of distinguishing the goods or services of one enterprise from those of other enterprises may be registered as a trademark, subject to Articles 18 and 21.”.

³² Section 2 (1) of Trade Marks Act.

ประเทศนิวซีแลนด์³⁴ ประเทศเปรู³⁵ ประเทศสิงคโปร์³⁶ เป็นต้น ซึ่งเมื่อปรับใช้กับเครื่องหมายเสียง และกลิ่นแล้ว หมายความว่าผู้จดทะเบียนจะต้องแสดงให้เห็นถึงลักษณะของเสียงหรือกลิ่น ในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งในบทนี้จะศึกษากฎหมายภายในเฉพาะบางประเทศเท่านั้น กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย เพื่อศึกษาลักษณะบ่งเฉพาะ หลักเกณฑ์การพิจารณาในการรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

3.1.6 ข้อตกลงมาดริด (Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Agreement) และพิธีสารมาดริด (Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Protocol)

การจดทะเบียนเครื่องหมายระหว่างประเทศตามระบบมาดริดประกอบด้วย การจดทะเบียนเครื่องหมายระหว่างประเทศตามข้อตกลงมาดริด (Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Agreement) และพิธีสารมาดริด (Protocol

“A Trademark may consist of any sign capable of distinguishing the goods or services of one enterprise from those of other enterprises and capable of being represented graphically.”.

³³ Section 40 of Trade Marks Act 1995.

“An application for the registration of a trade mark must be rejected if the trade mark cannot be represented graphically.”.

³⁴ Section 5 of Trade Marks Act 2002.

“(a) means any sign capable of

(i) being represented graphically; and

(ii) distinguishing the goods or services of one person from those of another person.”.

³⁵ Article 134 of Common Intellectual Property Regime.

“For purposes of this system, any sign that is capable of distinguishing goods and services on the market shall constitute a trademark. Signs that are capable of graphic representation shall be eligible for registration as trademarks. The nature of the goods or services to which a trademark is to be applied shall in no case form an obstacle to the registration of the trademark.

The following signs, among others, shall be capable of constituting a trademark:

c) sounds and smells;”.

³⁶ Section 2(1) of Trade Marks Act 1998.

In this Act, unless the context otherwise requires-

“Trade mark” means any sign capable of being represented graphically and which is capable of distinguishing goods or services dealt with or provided in the course of trade by a person from goods or services so dealt with or provided by any other person.”.

Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Protocol) ระบบดังกล่าวเป็นระบบที่ทำให้ผู้ประกอบการกิจการต่าง ๆ หรือผู้ที่ต้องการจดทะเบียนเครื่องหมายได้รับความคุ้มครองในหลาย ๆ ประเทศในคราวเดียวหรือขยายการจดทะเบียนไปยังประเทศอื่น ๆ อีกในภายหลังด้วยความสะดวกและรวดเร็ว เช่น นาย ก. จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ประเทศหนึ่ง ๆ นาย ก. ย่อมได้รับความคุ้มครองในประเทศอื่น ๆ ที่เป็นสมาชิกตามระบบมาตรินี้เสมือนหนึ่งว่าได้จดทะเบียนไว้ในหลาย ๆ ประเทศแล้ว เป็นต้น นอกจากนี้ผู้ที่ต้องการจดทะเบียนเครื่องหมายยังสามารถเปลี่ยนแปลงรายการทางทะเบียนหรือต่ออายุทะเบียนดังกล่าวได้ด้วยความสะดวกรวดเร็วเช่นกัน ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ ซึ่งที่กล่าวมาโดยย่อนี้ คือวัตถุประสงค์หลักของระบบมาตรินี้³⁷

ซึ่งระบบดังกล่าวมีการใช้มายาวนาน ในตอนแรกมีเพียงข้อตกลงมาตรินี้ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับเนื่องจากหลักเกณฑ์และวิธีการที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการจดทะเบียนเครื่องหมายเท่าไร ต่อมาจึงได้เกิดพิธีสารมาตรินี้ซึ่งผ่อนคลายนหลักเกณฑ์และวิธีการบางประการจนทำให้เกิดความสะดวกและรวดเร็วในการจดทะเบียนมากยิ่งขึ้น จึงมีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นสมาชิกเพิ่มขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 เป็นต้นมา ระบบการจดทะเบียนดังกล่าวบริหารโดยสำนักงานทะเบียนระหว่างประเทศ (International Bureau) ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO)³⁸

ประเทศที่สามารถเข้าเป็นสมาชิกของข้อตกลงมาตรินี้หรือพิธีสารมาตรินี้หรือทั้งสอง สนธิสัญญาดังกล่าวจะต้องเป็นสมาชิกของอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) เสียก่อน นอกจากนี้องค์การระหว่างรัฐก็สามารถเข้าเป็นสมาชิกของพิธีสารมาตรินี้ได้ (แต่จะเข้าเป็นสมาชิกของข้อตกลงมาตรินี้ไม่ได้) หากเข้าหลักเกณฑ์ (1) ประเทศใดประเทศหนึ่งในองค์การระหว่างรัฐดังกล่าวเป็นสมาชิกของอนุสัญญากรุงปารีสและ (2) องค์การระหว่างรัฐดังกล่าวมีสำนักงานทะเบียนในภูมิภาคขององค์การระหว่างรัฐนั้นเพื่อประโยชน์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายโดยมีผลครอบคลุมถึงประเทศต่างๆ ทั้งหมดที่เป็นสมาชิกขององค์การระหว่างรัฐ สมาชิกภาพเริ่มมีผลภายหลังที่เข้าเป็นสมาชิกแล้ว 3 เดือน สมาชิกของข้อตกลงมาตรินี้และสมาชิกของพิธีสารมาตรินี้ประกอบกันเป็น “สหภาพมาตรินี้ (Madrid Union)”

³⁷ บุญมา เตชะวณิช, การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศตามข้อตกลงหรือพิธีสารมาตรินี้ ประโยชน์และผลกระทบหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิก [Online], 20 กุมภาพันธ์ 2546. แหล่งที่มา http://elib.coj.go.th/managecourt/data/B6_20.pdf.

³⁸ เรื่องเดียวกัน.

ซึ่งเป็นสหภาพพิเศษตามข้อ 19³⁹ ของอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ปี ค.ศ. 1883

สำหรับประเทศที่เป็นสมาชิกตามข้อตกลงมาดริดเท่านั้นอาจมีการขอจดทะเบียนเครื่องหมายระหว่างประเทศโดยอาศัยทะเบียนเครื่องหมายนั้นในประเทศต้นกำเนิด (Country of Origin) โดยจะต้องระบุประเทศที่เป็นสมาชิกของข้อตกลงมาดริดเท่านั้น (ยกเว้นประเทศต้นกำเนิด) ในทางตรงกันข้าม สำหรับประเทศที่เป็นสมาชิกพิธีสารมาดริดเท่านั้นอาจมีการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศโดยอาศัยคำขอจดทะเบียนหรือทะเบียนเครื่องหมายการค้าในสำนักงานทะเบียนต้นกำเนิด (Office of Origin) โดยจะต้องระบุประเทศที่เป็นสมาชิกของพิธีสารมาดริดเท่านั้น (ยกเว้นประเทศซึ่งสำนักงานทะเบียนต้นกำเนิดตั้งอยู่) สำหรับประเทศที่เป็นสมาชิกของทั้งข้อตกลงมาดริดและพิธีสารมาดริด อาจมีการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศโดยระบุประเทศที่เป็นสมาชิกของข้อตกลงมาดริดหรือพิธีสารมาดริดหรือทั้งข้อตกลงมาดริดและพิธีสารมาดริด (ยกเว้นประเทศซึ่งสำนักงานทะเบียนต้นกำเนิดตั้งอยู่)⁴⁰ ดังนั้น หากมีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นไว้ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองในหลายประเทศเช่นเดียวกันกับการคุ้มครองโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้า

3.2 หลักกฎหมายต่างประเทศบางประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายเสียงและกลิ่น

3.2.1 การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ในหัวข้อต่อไปนี้จะกล่าวถึงลักษณะโดยทั่วไป ความเป็นมาของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศ บทบัญญัติของกฎหมาย การยื่นจดทะเบียนและลักษณะของเครื่องหมายการค้ากลิ่นและเครื่องหมายการค้าเสียงที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ดังต่อไปนี้

3.2.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

1) ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาคือได้ว่าเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่พัฒนาอย่างต่อเนื่องโดยมีรากฐานมาจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก เนื่องมาจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าของประเทศ

³⁹ Article 19 of Paris Convention of the Protection of Industrial Property 1883.

Special agreement

“It is understood that the countries of the union reserve the right to make separately between themselves special agreements for the protection of industrial property, in so far as these agreements do not contravene the provisions of this convention.”.

⁴⁰ บุญมา เตชะวณิช, การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศตามข้อตกลงหรือพิธีสารมาดริด ประโยชน์และผลกระทบหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิก, 41.

สหรัฐอเมริกา มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการลวงขายสินค้าโดยการเลียนแบบสินค้าของผู้ผลิตรายหนึ่ง แล้วไปลวงขายผู้บริโภคว่าเป็นสินค้าของตนหรือของผู้ผลิตรายอื่น ผู้กระทำความผิดจะถูกดำเนินคดี โดยการพิจารณาตัดสินลวงขายมีจุดเริ่มต้นในระยะแรกจากการนำหลักในคดี Millington V. Fox ซึ่งตัดสินโดยศาลสหราชอาณาจักร ในปี ค.ศ. 1838 มาเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา⁴¹ คดีที่ตัดสินก่อนจะถูกใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีที่คล้ายกันต่อไป

ต่อมาสภาองเกรสของสหรัฐอเมริกาได้มีความพยายามที่จะให้เครื่องหมายการค้านี้เป็นกฎหมายของรัฐบาลกลาง เนื่องมาจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าของแต่ละรัฐเริ่มมีความสลับซับซ้อนขึ้นมาก ทั้งนี้ สภาองเกรสได้บัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าของรัฐบาลกลางขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1870 และ ปี ค.ศ. 1876 แต่ศาลสูงพิพากษาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม สภาองเกรสได้ใช้ความพยายามตอบโต้โดยออกกฎหมายเพื่อระบุดังกล่าวให้เครื่องหมายการค้าซึ่งอยู่ในอำนาจที่สภาองเกรสจะทำได้ ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1946 สภาองเกรสก็ได้ออกกฎหมายเครื่องหมายการค้าของรัฐบาลกลางเพื่อใช้บังคับในทุกรัฐโดยเป็นกฎหมายที่มีสถานะสูงกว่ากฎหมายภายในของแต่ละรัฐ (Federal Law) คือ Lanham Act ซึ่งภายใต้กฎหมายฉบับนี้ได้ระบุดังกล่าวของกฎหมายเครื่องหมายการค้าโดยมีขอบเขตความคุ้มครองทั่วประเทศ ทั้งนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิไม่ให้บุคคลใด ๆ ใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้า⁴²

2) ความหมายของเครื่องหมายการค้า

The Lanham Act ได้ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” (Mark) หมายถึง คำหรือสัญลักษณ์ใด ๆ (Device) ที่ใช้ในทางธุรกิจ เพื่อระบุผลิตภัณฑ์หรือบริการและแยกผลิตภัณฑ์หรือบริการ ให้เห็นถึงความแตกต่างจากผลิตภัณฑ์หรือบริการอื่น⁴³

The Lanham Act มาตรา 45 (15 U.S. code 1127)⁴⁴ ได้ให้คำนิยามของเครื่องหมายที่สามารถได้รับความคุ้มครองไว้ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายถึง ถ้อยคำใด ๆ ชื่อ สัญลักษณ์หรืออุปกรณ์หรือสิ่งเหล่านี้รวมกันและ

⁴¹ รตินุช ก้าวหน้าชัยมงคล, ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปร่างรูปทรงของวัตถุ (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 33-34.

⁴² เรื่องเดียวกัน.

⁴³ เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), 79-80.

⁴⁴ §1127 U.S. code 15 chapter 22 (section 45 of the Lanham Act.).

1) ใช้โดยบุคคล หรือ
 2) บุคคลซึ่งมีเจตนาที่สุจริตมุ่งประสงค์จะใช้ในทางการค้าและจดทะเบียนตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อที่จะใช้เป็นเครื่องหมายในการสังเกตว่าเครื่องหมายที่จะใช้กับสินค้าของตนแตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าของบุคคลอื่นและเพื่อบ่งชี้ว่าเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าเหล่านี้มีแหล่งกำเนิดมาจากแหล่งเดียวกัน”⁴⁵

ตามนิยามดังกล่าวข้างต้นกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับนี้ได้ให้นิยามความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้างโดยหมายความรวมถึง คำ วลี สัญลักษณ์ รูปแบบหรือการรวมกันของสิ่งต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ล้วนแต่อาจเป็นเครื่องหมายการค้าได้ทั้งสิ้น ย่อมหมายความรวมถึงเครื่องหมายเสียงและกลิ่นด้วย หากว่ามีการใช้หรือจะใช้ในทางการค้า เพื่อบ่งชี้และแยกความแตกต่างของสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าที่แตกต่างกันได้ ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิในเครื่องหมายการค้าในสินค้าประเภทหนึ่ง ๆ ภายในบริเวณพื้นที่ ๆ ที่มีการขายสินค้านั้นเท่านั้นและสิทธิจะมีอยู่ตราบเท่าที่ซึ่งใช้เครื่องหมายการค้านั้นอยู่และหากเครื่องหมายการค้านั้นได้รับการจดทะเบียนในทะเบียนหลักตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า “The Lanham Act” แล้วก็จะยอมก่อให้เกิดผลดีหลายประการ เช่น สามารถนำคดีเครื่องหมายการค้าขึ้นสู่ศาลกลางได้ และหากได้รับการจดทะเบียนในอเมริกาแล้วสามารถขอความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศอื่น ๆ ได้ เป็นต้น⁴⁶

3) ระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้า

ภายใต้ Lanham Act มีการแบ่งแยกระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าออกเป็น 2 ประเภท คือ ระบบทะเบียนหลัก (Principal Registration) และระบบทะเบียนรอง (Supplemental Registration) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้⁴⁷

1) ระบบทะเบียนหลัก (Principal Registration)

“The term “trademark” includes any word, name, symbol, or device, or any combination there of

(1) used by a person, or

(2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.”.

⁴⁵ เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า, 43.

⁴⁶ ศิลา ทองกลาง, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายคำผสมตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534, 68-70.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน.

มาตรา 1052⁴⁸ ภายใต้ Lanham Act ได้ระบุคุณสมบัติของเครื่องหมายที่มีลักษณะ
อันพึงรับจดทะเบียนซึ่งมีรายละเอียดดังนี้



⁴⁸ §1052 U.S. code 15 (the Lanham Act).

Trademarks registrable on the principal register; concurrent registration

“No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it--

(a) Consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute; or a geographical indication which, when used on or in connection with wines or spirits, identifies a place other than the origin of the goods and is first used on or in connection with wines or spirits by the applicant on or after one year after the date on which the WTO Agreement (as defined in section 2(9) of the Uruguay Round Agreements Act [19 USC §3501(9)]) enters into force with respect to the United States.

(b) Consists of or comprises the flag or coat of arms or other insignia of the United States, or of any State or municipality, or of any foreign nation, or any simulation thereof.

(c) Consists of or comprises a name, portrait, or signature identifying a particular living individual except by his written consent, or the name, signature, or portrait of a deceased President of the United States during the life of his widow, if any, except by the written consent of the widow.

(d) Consists of or comprises a mark which so resembles a mark registered in the Patent and Trademark Office, or a mark or trade name previously used in the United States by another and not abandoned, as to be likely, when used on or in connection with the goods of the applicant, to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive: Provided, That if the Director determines that confusion, mistake, or deception is not likely to result from the continued use by more than one person of the same or similar marks under conditions and limitations as to the mode or place of use of the marks or the goods on or in connection with which such marks are used, concurrent registrations may be issued to such persons when they have become entitled to use such marks as a result of their concurrent lawful use in commerce prior to (1) the earliest of the filing dates of the applications pending or of any registration issued under this Act; (2) July 5, 1947, in the case of registrations previously issued under the Act of March 3, 1881, or February 20, 1905, and continuing in full force and effect on that date; or (3) July 5, 1947, in the case of applications filed under the Act of February 20, 1905, and registered after July 5, 1947. Use prior to the filing date of any pending application or a registration shall not be required when the owner of such application or registration consents to the grant of a concurrent registration to the applicant. Concurrent registrations may also be issued by the Director when a court of competent jurisdiction has finally determined that more than one person is entitled to use the same or similar marks in commerce. In issuing concurrent registrations, the Director shall prescribe conditions and limitations as to the mode or place of use of the mark or the goods on or in connection with which such mark is registered to the respective persons.

(e) Consists of a mark which (1) when used on or in connection with the goods of the applicant is merely descriptive or deceptively misdescriptive of them, (2) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically descriptive of them, except as indications of regional origin may be registrable under section 4 [15 USC 1054], (3) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically deceptively misdescriptive of them, (4) is primarily merely a surname, or (5) comprises any matter that, as a whole, is functional.

(1) เครื่องหมายการค้าจะต้องมีคุณสมบัติในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการว่าเครื่องหมายดังกล่าวเป็นของผู้ประกอบการรายใดลักษณะดังกล่าวเรียกว่า ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherent Distinctive)

(2) เครื่องหมายจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายในมาตรา 1052 แห่ง The Lanham Act เช่น ต้องไม่ใช่อักษรหรือสัญลักษณ์ขององค์กรระหว่างประเทศ ต้องไม่เป็นการที่ประกอบด้วยสิ่งที่มีศีลธรรมอันดีหรือเป็นเครื่องหมายที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในลักษณะ คุณสมบัติ แหล่งกำเนิดของสินค้าและต้องไม่แสดงถึงหน้าที่การใช้งาน เป็นต้น

(3) เครื่องหมายการค้าดังกล่าวต้องไม่ประกอบด้วยชื่อ ภาพถ่ายหรือลายมือชื่อที่แสดงถึงลักษณะเฉพาะของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคล

(4) เครื่องหมายจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วกับสำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งสหรัฐอเมริกาหรือชื่อในทางการค้าในสหรัฐอเมริกา⁴⁹

การจดทะเบียนในระบบแรกนี้ จะได้รับสิทธิหรือประโยชน์ดีกว่าเครื่องหมายที่ได้รับการจดทะเบียนในทะเบียนรองหรือเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้รับการจดทะเบียนและได้รับการสันนิษฐานว่ามีการใช้ต่อเนื่องกัน

2) ระบบทะเบียนรอง (Supplemental Registration)

(f) Except as expressly excluded in subsections (a), (b), (c), (d), (e)(3), and (e)(5) of this section, nothing herein shall prevent the registration of a mark used by the applicant which has become distinctive of the applicant's goods in commerce. The Director may accept as prima facie evidence that the mark has become distinctive, as used on or in connection with the applicant's goods in commerce, proof of substantially exclusive and continuous use thereof as a mark by the applicant in commerce for the five years before the date on which the claim of distinctiveness is made. Nothing in this section shall prevent the registration of a mark which, when used on or in connection with the goods of the applicant, is primarily geographically deceptively misdescriptive of them, and which became distinctive of the applicant's goods in commerce before the date of the enactment of the North American Free Trade Agreement Implementation Act [enacted Dec. 8, 1993].

A mark which when used would cause dilution under section 43(c) [15 USC 1125(c)] may be refused registration only pursuant to a proceeding brought under section 13 [15 USC 1063]. A registration for a mark which when used would cause dilution under section 43(c) [15 USC 1125(c)] may be canceled pursuant to a proceeding brought under either section 14 [15 USC 1064] or section 24 [15 USC 1092].”

⁴⁹ เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า, 78-80.

เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนในระบบทะเบียนรอง ได้แก่ เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะได้รับการจดทะเบียนภายใต้ระบบทะเบียนหลัก แต่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของใช้มานาน จนเกิดลักษณะบ่งเฉพาะขึ้นโดยสามารถใช้ให้เห็นความแตกต่างในแหล่งกำเนิดของผลิตภัณฑ์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าอื่น ๆ ได้โดยเรียกลักษณะเช่นนี้ว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ (Acquired Distinctiveness Through Use) เช่น เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเล็งถึงคุณสมบัติหรือแหล่งกำเนิดของผลิตภัณฑ์โดยตรงย่อมไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในระบบทะเบียนหลักได้ แต่หากว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีการใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานจนเกิดลักษณะบ่งเฉพาะ เช่น ประชาชนสามารถจดจำและแยกแยะความแตกต่างในผลิตภัณฑ์ได้เช่นนี้ ก็สามารถนำเครื่องหมายการค้านั้นมาจดทะเบียนได้ในระบบรองนี้⁵⁰

ความหมายของลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองของเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองของประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าอันเป็นเครื่องหมายที่แสดงความแตกต่างของสินค้านั้น ๆ กับสินค้าของบุคคลอื่นได้ การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความแตกต่างของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่แตกต่างกันหรือลักษณะบ่งเฉพาะย่อมต้องคำนึงถึงปัจจัยหลาย ๆ ประการรวมกัน และพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นราย ๆ ไปในทางปฏิบัติ การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้แบ่งระดับลักษณะบ่งเฉพาะ (Spectrum of Distinctiveness) ออกเป็น 4 ระดับ ดังได้เคยกล่าวไว้ในบทที่ 2 คือ⁵¹

(1) เครื่องหมายที่ไม่ได้พรรณาลักษณะของสินค้าหรือบริการ (Arbitrary Marks) และเครื่องหมายที่ไม่มีคำแปลหรือความหมาย (Fanciful Marks) ตัวอย่างของเครื่องหมายที่ไม่ได้พรรณาลักษณะของสินค้า เช่น Blue Diamond สำหรับสินค้าแก้ว ส่วนตัวอย่างของเครื่องหมายที่ไม่มีคำแปลหรือความหมาย เช่น คำว่า XEROX สำหรับเครื่องถ่ายเอกสาร เป็นต้น เครื่องหมายประเภทนี้ทำให้ผู้ที่ใช้สินค้านั้นทราบได้ทันทีว่าเป็นเครื่องหมายที่เกี่ยวข้องกับสินค้าใด⁵²

(2) เครื่องหมายเชิงแนะนำ (Suggestive Marks) เป็นเครื่องหมายที่พรรณาลักษณะของสินค้าในทางอ้อม ผู้ใช้สินค้านั้นจะต้องมานั่งคิดอีกทีหนึ่งก่อนจึงจะรู้ว่าเครื่องหมายการค้านี้เกี่ยวข้องกับสินค้าใด เช่น คำว่า Greyhound สำหรับบริการรถโดยสาร ลูกค้านั้นก็ต้องคิดก่อนว่า

⁵⁰ ปกรณ์ เทศทำนุ, ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของกลิ่นและเสียง (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), 54-55.

⁵¹ วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า trademark law, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 10-12.

⁵² เรื่องเดียวกัน.

Greyhound คืออะไร Greyhound หมายถึงสุนัขพันธุ์หนึ่ง ตัวยาวขายาววิ่งเร็ว ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าบริการรถโดยสารในสหรัฐอเมริกา⁵³

(3) เครื่องหมายเชิงพรรณนา (Descriptive Marks) เป็นเครื่องหมายที่พรรณนาตัวสินค้า จะทำการบรรยายโดยตัวอักษรหรือโดยภาพก็ได้ เช่น คำว่า “Crunchy” แปลว่าน่าเคี้ยว สำหรับสินค้า Cookies ซึ่งเป็นขนมไว้กินเล่น คำเหล่านี้จะต้องใช้มาจนได้ความหมายที่สอง จึงจะได้ลักษณะบ่งเฉพาะได้⁵⁴

(4) เครื่องหมายสามัญ (Generic Marks) เป็นชื่อที่ใช้เรียกตัวสินค้านั้นเอง เช่น คำว่า “Peanuts” ซึ่งแปลว่าถั่ว ไม่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าประเภทถั่วได้ เครื่องหมายประเภทนี้ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่จะนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ ไม่ว่าจะใช้นานเพียงใดก็ตามเพราะเป็นเพียงคำสามัญทั่วไปที่ไม่ควรให้บุคคลใดถือสิทธิในคำนั้นโดยเด็ดขาดเพียงคนเดียว⁵⁵

ลักษณะของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

เมื่อพิจารณาว่าเสียงและกลิ่นสามารถใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ จากการศึกษา นิยามของคำว่า Symbol หรือ Device ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น การจะนำมายื่นขอรับความคุ้มครองนั้น ผู้ขอต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ

(1) เครื่องหมายเสียงและกลิ่นนั้นต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย

ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนต้องใช้วิธีการแสดงออกที่เป็นรูปธรรม (Graphic Representation) เพื่อแสดงให้เห็นว่าเสียงและกลิ่นที่นำมายื่นขอจดทะเบียนนั้นมีลักษณะเป็นเครื่องหมายที่สามารถใช้เป็นที่หมายในการสังเกตจดจำและแยกแยะความแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าชนิดเดียวกันของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสียงและกลิ่นนั้นต้องสามารถสื่อความหมายให้ประชาชนทราบว่าเป็นเสียงและกลิ่นในแบบใดและใช้กับสินค้าประเภทใด โดยไม่ต้องอาศัยการรับรู้ด้วยวิธีการมอง⁵⁶

(2) เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นนั้น ต้องไม่เล็งถึงลักษณะหรือต้องไม่ชี้ให้เห็นถึงคุณสมบัติของสินค้าตามที่ยื่นขอจดทะเบียน

เมื่อมีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นกับสินค้าหรือบริการประเภทต่าง ๆ the Trademark Manual of Examination Procedure หรือเรียกโดยย่อว่า TMEP ซึ่งเป็นคู่มือในการพิจารณาและตรวจสอบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ได้กำหนดให้ผู้ตรวจสอบต้องพิจารณาลักษณะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นนี้ใน 2 ประเด็นหลัก คือ เครื่องหมายนั้นต้อง

⁵³ เรื่องเดียวกัน, 48.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, 48.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, 48.

⁵⁶ อมรินทร์ ม่วงมณี, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ผลที่อาจเกิดขึ้นจากการตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะทำขึ้นในอนาคต (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 53-57.

ไม่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับทำงานของสินค้า (Functionality) และควมมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า (Distinctiveness)⁵⁷

(2.1) เครื่องหมายนั้นต้องไม่มีลักษณะหรือหน้าที่การทำงานของสินค้า (Functionality) กล่าวคือ เสียงและกลิ่นที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า นั้น ต้องไม่ใช่เสียงและกลิ่นที่เกิดจากสภาพหรือหน้าที่การทำงานหรือการใช้งานของสินค้าตามที่ยื่นขอจดทะเบียน ในกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง ต้องไม่ใช่เสียงของเครื่องยนต์ ในกรณียื่นขอจดทะเบียนกับสินค้ารถยนต์ รถจักรยานยนต์ ในกรณีเครื่องหมายการค้ากลิ่น ต้องไม่ใช่กลิ่นหอมของน้ำหอม เพื่อยื่นจดทะเบียนกับสินค้าน้ำหอม เป็นต้น หากเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียนมีลักษณะดังกล่าวจะไม่สามารถคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้า เนื่องจากต้องการป้องกันไม่ให้มีการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้า เพื่อผูกขาดลักษณะหรือประโยชน์การใช้สอยตัวสินค้า ดังนั้น ถ้าผู้ขอจดทะเบียนสามารถแสดงได้ว่า เสียงและกลิ่นที่นำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าเป็นลักษณะที่ใช้บ่งบอกถึงความเป็นเจ้าของหรือที่มาของสินค้าและไม่มีลักษณะของการทำหน้าที่ในการใช้งานในตัวสินค้า เสียงหรือกลิ่นนั้นจะสามารถผ่านการตรวจสอบ (the Non Functionality Test)⁵⁸ เพื่อยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

(2.2) ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมาย (Distinctiveness) เครื่องหมายการค้ากลิ่นที่ไม่มีลักษณะหรือคุณสมบัติในการทำหน้าที่การใช้งาน (Functionality) อาจได้รับการจดทะเบียนใน Principal Register เพียงแต่จะได้รับการจดทะเบียนโดยวิธีการนำสืบลักษณะบ่งเฉพาะเท่านั้น⁵⁹ ส่วนหลักฐานการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะให้พิจารณาจากคู่มือตรวจสอบเครื่องหมายการค้า TMEP 1202 (b) (i)⁶⁰ ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ TMEP 1202.13⁶¹ กำหนดไว้ว่าเครื่องหมายนั้นจะไม่สามารถ

⁵⁷ The Trademark Manual of Examining Procedure.

“ 1202.02 Registration of trade Dress, When an applicant applies to register a product design, product packaging, color, or other trade dress for goods or services, the examining attorney must separately consider two substantive issues: (1) functionality; and (2) distinctiveness.

1202. (a) (viii) Functionality and Non-Traditional Mark, the functionality doctrine has been applied to other non-traditional proposed marks, such as sound, color, and flavor..., Examining attorneys should also consider the functionality doctrine in relation to other types of non-traditional marks, such as scent and sound.”.

⁵⁸ อมรินทร์ ม่วงมณี, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ผลที่อาจเกิดขึ้นจากการตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะทำขึ้นในอนาคต, 53-57.

⁵⁹ The Trademark Manual of Examining Procedure.

“1202.13 Scent, Fragrance or Flavor, The scent of a product may be registrable if it is used in a nonfunctional manner.”.

⁶⁰ The Trademark Manual of Examining Procedure, **1202.2 (b) (i) Distinctiveness and Product Design Trade Dress** [Online], 17 April 2014a. Available from <http://tmepl.uspto.gov/RDMS/detail/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e835.xml#/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e835.xml>.

จดทะเบียนใน Principal Register แต่อาจได้รับจดทะเบียนไว้ในส่วน Supplemental Register เช่น ในกรณีเครื่องหมายการค้ากลิ่น แอปเปิ้ลไซเดอร์ ทะเบียนเลขที่ 3140701⁶² ที่ใช้กับสินค้าประเภท แพ้หรือใส่กระดาษ เป็นต้น

ข้อยกเว้น

หากเครื่องหมายใดโดยสภาพแล้วไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะอยู่ในตัวเอง แต่ผู้ใช้ได้ใช้เครื่องหมายการค้าเหล่านั้นมานานจนเป็นที่รู้จักของสาธารณชน ทำให้เกิดความหมายที่สอง (Secondary Meaning) ว่าหมายถึงเครื่องหมายการค้าที่มีแหล่งกำเนิดมาจากผู้ผลิตได้โดย เฉพาะเจาะจง เครื่องหมายการค้าเหล่านั้นก็สามารถจดทะเบียนได้จากการนำสืบหลักฐานการใช้

(3) เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นนั้นต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว

(4) เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นนั้นต้องไม่เป็นเครื่องหมายต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน⁶³

4) เครื่องหมายการค้าเสียง ประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) บทบัญญัติของกฎหมาย

Chapter 37 §2.52 of the Code of Federal Regulations⁶⁴ จากบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กล่าวไว้ว่ารูปแบบที่จะแสดงออกให้เห็นเป็นภาพประกอบกับเครื่องหมายที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น เครื่องหมายนั้นจะต้องแสดงให้เห็นในฐานะเป็น เครื่องหมายเพียงเครื่องหมายเดียว ผู้ที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายหรืออธิบาย เครื่องหมายให้มีความชัดเจนลงไป คำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย ซึ่งรูปแบบของการ

⁶¹ The Trademark Manual of Examining Procedure, **1202.13 Scent, Fragrance or Flavor** [Online], 17 April 2014b. Available from <http://tmep.uspto.gov/RDMS/detail/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e835.xml#/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e2882.xml>.

⁶² Justia Trademarks, **Image Trademark with Serial Number 78649230** [Online], 17 April 2014. Available from <http://trademarks.justia.com/786/49/n-a-78649230.html>.

⁶³ อมรินทร์ ม่วงมณี, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ผลที่อาจเกิดขึ้นจากการตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะทำขึ้นในอนาคต, 53-57.

⁶⁴ “Chapter 37 §2.52 of the code of federal regulations.

“types of drawings and format for drawings. A drawing depicts the mark sought to be registered. The drawing must show only one mark. The applicant must include a clear drawing of the mark when the application is filed. There are two types of drawings: ...

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

แสดงออกให้เห็นเป็นภาพของเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่นและเครื่องหมายอื่น ๆ ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา นั้น ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนไม่ต้องบรรยายรูปแบบของเครื่องหมายได้ถ้าเครื่องหมายเสียง กลิ่นหรือเครื่องหมายอื่นที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา นั้นมีรูปแบบที่สมบูรณ์เพียงพอแล้ว รูปแบบของเครื่องหมายนี้ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายลักษณะหรือรูปแบบของเครื่องหมายของตนมาประกอบการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย⁶⁵

ตัวอย่างคำพิพากษาในคดี Vertex Group LLC, 89 USPQ2d 1694, 1770 (TTAB 2009)⁶⁶ กล่าวไว้ว่าลักษณะบ่งเฉพาะเกิดจากความเคยชินที่อยู่ในจิตใจของผู้ฟังที่เคยได้ยินเสียงเหล่านั้นมาและเสียงนั้นยังเป็นการกระตุ้นความรู้สึกนึกคิดหลังจากได้ยินเสียงที่เกิดขึ้นนั้นเพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและบริการที่เกิดมาจากลักษณะบ่งเฉพาะของสินค้าหรือบริการนั้น และแม้ว่าจะไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะหรือแหล่งที่มาก็ตาม⁶⁷

บริษัท Vertex Group.⁶⁸ ได้ทำการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงโดยเสียงของสินค้าหรือบริการที่นำมายื่นจดทะเบียนนั้น คือ นาฬิกาข้อมือที่ใช้ส่วนบุคคลเพื่อใช้ในการเตือน โดยอาศัยอุปนิสัยของเด็กที่ตนเองเพื่อขัดขวางและป้องกันการที่เด็กจะถูกลักพาตัว⁶⁹

⁶⁵ Tysver, D. A., **37 CFR 2.52 Types of Drawings and Format for Drawings** [Online], 29 April 2014. Available from http://www.bitlaw.com/source/37crf/2_52.html.

⁶⁶ Vertex Group LLC, 89 USPQ2d 1694, 1770 (TTAB 2009).

“Arbitrary, unique, or distinctive and can be used in a manner so as to attach to the mind of the listener and be awakened on later hearing in a way that would indicate for the listener that a particular product or service was coming from a particular, even if anonymous, source.”.

⁶⁷ The Trademark Trial and Appeal Board Inquiry System, **In re Vertex Group LLC** [Online], 13 February 2009. Available from <http://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-76601697-EXA-10.pdf>.

⁶⁸ Vertex Group LLC, 89 USPQ2d 1694, 1770 (TTAB 2009).

“Good and services: Personal security alarm in the nature of a child’s bracelet to deter and prevent child abduction.

Mark description: The particular sound generated by the bracelets consist of a descending frequency sound pulse (from 2.3 kHz to approximately 1.5 kHz that follows an exponential, RC Charging curve, wherein said descending frequency sound pulse occurs four to five times per second, and that over a one second period of time, there is alternating sound pulses and silence with each occurring approximately 50% of the time during a one second period of time.”.

คำบรรยายเครื่องหมาย คือ รายละเอียดของเสียงที่สร้างขึ้นกับนาฬิกาข้อมือนั้นโดยอาศัยการสั่นสะเทือนความถี่ของเสียงในจังหวะขึ้นลง ๆ (จาก 2.3 กิโลเฮิร์ตซ์ ถึงประมาณ 1.5 กิโลเฮิร์ตซ์) โดยการสั่นสะเทือนของความถี่ของเสียงนี้เกิดขึ้น 4-5 ครั้ง ต่อวินาทีและการสั่นสะเทือนที่มีมากกว่า 1 วินาทีของช่วงเวลานั้นเป็นการสั่นสะเทือนที่สลับกันและมีความเสียบเกิดขึ้น ประมาณ 50 เปอร์เซ็นต์ ของระยะเวลาระหว่าง 1 วินาทีของช่วงเวลานั้น⁷⁰ ซึ่งในภายหลังบริษัท Vertex Group ได้มีการละทิ้งคำขอในการยื่นจดทะเบียนไปเพราะไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เป็นเพียงแค่เสียงโทรศัพท์ทั่วไปเท่านั้น

(2) การยื่นขอจดทะเบียน

1) ผู้ยื่นคำขอไม่ต้องยื่นภาพประกอบ แต่ต้องยื่นคำบรรยายรายละเอียดของเสียง โดยระบุในระบบร้องขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบอิเล็กทรอนิกส์ (Trademark Electronic Application System (TEAS)) ว่าไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา “Non-Visual Mark”

2) จัดทำสำเนา Audio หรือ Video ตาม 37 C.F.R § 2.61(b)⁷¹ เพื่อให้การบรรยายรายละเอียดเครื่องหมายมีความชัดเจนขึ้น และเพื่อตรวจสอบว่าถูกต้องตรงกับคำบรรยาย (to Supplement and Clarify Description) ซึ่งในนี้บรรจุเพียงเครื่องหมายที่ต้องการขอจดทะเบียนเท่านั้น

(2.1) หากยื่นขอจดทะเบียนธรรมดา ต้องทำในรูปแบบ CDs หรือ DVDs วีดีโอเทป หรือเทปบันทึกเสียง ในรูปแบบ .wav, mp3, .mpg, .avi โดยระบุว่าเพื่อเสริมการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียน

(2.2) หากยื่นผ่านระบบร้องขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบอิเล็กทรอนิกส์ (Trademark Electronic Application System (TEAS)) ต้องส่งเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบ .jpg ไปที่ TEAS@uspto.gov ตาม 37 C.F.R § 2.56 (d) (3)⁷² ซึ่งมีการ

⁶⁹ Legal force trademarkia, **sound mark** [Online], 7 May 2014. Available from <http://www.trademarkia.com/logo-76601697.html>.

⁷⁰ Ibid, 52.

⁷¹ Chapter 37 §2.61 of the Code of Federal Regulations.

Action examiner

“(b) The Office may require the applicant to furnish such information, exhibits, affidavits or declarations, and such additional specimens as may be reasonably necessary to the proper examination of the application.”.

⁷² Chapter 37 §2.56 (d) (3) of the Code of Federal Regulations.

Specimens

“In the absence of non-bulky alternatives, the Office may accept an audio or video cassette tape recording, CD-ROM, or other appropriate medium.”.

ยกตัวอย่างของการส่งไฟล์ในรูปแบบต่าง ๆ กล่าวคือ มีการยอมรับให้มีการส่งเสียงนั้นในรูปแบบของ Audio, Video ตลับเทปบันทึกเสียง แผ่นซีดีหรือสิ่งอื่นใดที่เหมาะสม

3) ตามคู่มือการตรวจสอบระบบเครื่องหมายการค้า (Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP) 807.03 (f) Specimens for Sound Marks)⁷³ ตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 2.2 ข้างต้น และข้อ 807.03 (f) ได้กำหนดตัวอย่างของเครื่องหมายเสียงไว้ โดยให้ยื่นตัวอย่างเสียง

⁷³ 807.03 (f) of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)

Standard Character Drawing and Foreign Registration

“In a §44 application, if the applicant claims standard characters, the examining attorney must ensure that the foreign registration also claims standard characters. See 37 C.F.R. §2.51(c); TMEP §807.12(b).

If the foreign registration certificate does not indicate that the mark is in standard characters (or the equivalent), the examining attorney must inquire whether the foreign registration includes a claim that the mark is in standard characters (or the legal equivalent). The applicant must either submit an affirmative statement that the foreign registration includes a claim that the mark is in standard characters (or the legal equivalent), or delete the standard character claim in the United States application. A statement that the foreign registration includes a claim that the mark is in standard characters may be entered in the record through a Note to the File if there are no other outstanding issues.

Appendix E of this manual lists countries that register marks in standard characters or the equivalent. For countries on this list, if all letters and words in the mark are in block capital or capital and lowercase Latin characters, all numerals are Roman or Arabic numerals, the mark includes only common punctuation or diacritical marks, and no stylization of lettering and/or numbers is claimed, the examining attorney need not inquire whether the registered mark in the foreign registration is in standard characters or the equivalent, unless the applicant has indicated that the mark is not standard characters or the equivalent. If the applicant has indicated that the mark is not in standard characters or the equivalent, but the foreign registration is from a country on the list and the mark meets the standards set forth above, the examining attorney must inquire about the discrepancy. In response to the inquiry, the applicant must either amend the application to claim standard characters, or confirm that the mark is not in standard characters or the equivalent. If a particular country is not on this list, the examiner must inquire as to whether the mark in the foreign registration is for a mark in standard characters or the equivalent.

The examining attorney may delete the standard character claim by examiner’s amendment after obtaining approval from the applicant or applicant’s qualified practitioner. When deleting a standard character claim, the examining attorney must ensure that the mark drawing code is changed. See TMEP §807.18 concerning mark drawing codes.”.

เพื่อแสดงว่าเสียงนั้นสามารถทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถบอกแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการได้ (แตกต่างจากสำเนาใน ข้อ 2) โดยต้องแสดงว่าใช้เสียงนั้นกับสินค้าหรือบริการอย่างไรประกอบด้วย

(3.1) หากยื่นขอจดทะเบียนธรรมดา ต้องทำในรูปแบบ CDs หรือ DVDs วีดีโอเทป หรือเทปบันทึกเสียง ในรูปแบบ .wav, mp3, .mpg, .avi โดยระบุว่าเป็นตัวอย่างและส่งให้ผู้ตรวจเท่านั้นตาม Chapter 37 of the Code of Federal Regulations § 2.56 (d) (3)⁷⁴

(3.2) หากยื่นผ่านระบบร้องขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบ อิเล็กทรอนิกส์ (Trademark Electronic Application System (TEAS)) ต้องส่งเป็นไฟล์ อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบ .wav, mp3, .mpg, .avi ไปที่ TEAS@uspto.gov ภายหลังจากที่ส่งแบบขอจดทะเบียนแล้ว โดยระบุชัดว่าในคำร้องว่าเพื่อร้องขอสิ่งใดที่ต้องการได้รับความคุ้มครอง ตัวอย่างเช่น “the Application Filed Under Serial No. <...>” ทั้งนี้ ควรส่งเป็นชื่อไฟล์ .jpg หรือ .pdf และระบุในช่องตัวอย่างว่าจะส่งไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ไปที่อีเมลดังกล่าวภายหลัง

4) รหัสของรูปแบบการแสดงให้เห็นเป็นภาพประกอบกับเครื่องหมายเสียง กลิ่นและเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา คือ หมายเลข 6 “Mark Drawing Code 6”⁷⁵ (No

⁷⁴ Chapter 37 §2.56 (d) (3) of the Code of Federal Regulations.

⁷⁵ § 807.09 of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)

“Drawing” of Sound, Scent, or Non-Visual Mark

37 C.F.R. 2.52(e). Sound, scent, and non-visual marks. An applicant is not required to submit a drawing if the mark consists only of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed description of the mark.

The applicant is not required to submit a drawing if the applicant's mark consists solely of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed written description of the mark that clearly explains the sound or scent. 37 C.F.R. 2.52(e).

In a paper application, the applicant should submit a page that indicates “NO DRAWING” in the place where the mark would otherwise appear. Likewise, in a TEAS application, the applicant should create a digitized image in .jpg format that meets the requirements of 37 C.F.R. 2.53(c) (see TMEP §807.05(c)), with the indication “NO DRAWING” in the place where the mark would otherwise appear. Then, in the description of the mark field (under “Additional Statements” in the TEAS form), the applicant must set forth a detailed written description of the mark.

Non-visual marks are coded under mark drawing code 6 in the automated search system.

If the mark is a composite comprising both visual and non-visual matter, the applicant must submit a drawing depicting the visual matter, and include a description of the non-visual matter.

Drawing is Possible) ดังที่ได้เคยได้กล่าวไว้ข้างต้นตาม Chapter 37 §2.52 of the Code of Federal Regulations.

5) กรณีที่เครื่องหมายประกอบไปด้วยทั้งเสียงคำพูดและเสียงดนตรี ผู้ยื่นคำขออาจต้องส่งโน้ตเพลงเพื่อเติมคำบรรยายด้วย

(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้

1) ต้องเป็นดนตรีกรรมที่ไม่ได้รับการคุ้มครองอยู่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ EMI Catalogue Partnership and EMI Robbins Catalogue Inc., Plaintiffs – Appellants, v. Hill, Holliday, Conors, Cosmopolos inc. and Spalding Sports Worldwide, Defendants – Appellees. 228 F.3d 56, 56 USPQ2d 1270 (2d Cir. 2000)⁷⁶ กล่าวคือ จากคดีดังกล่าวนี้ได้ทางบริษัท EMI Catalogue Partnership เป็นฝ่ายโจทก์และบริษัท Hill, Holliday, Conors, Cosmopolos Inc เป็นจำเลย โดยหัวใจสำคัญของคดีนี้ คือ ก่อนหน้าที่จะมีการอุทธรณ์คดี ทำนองเพลงแจ๊สที่ได้รับความนิยมและเป็นที่รู้จักกัน คือ “Swing” โดยนักเป่าเครื่องคลาริเน็ตชื่อ Benny Goodman โดยเพลงนี้ถูกตั้งชื่อว่า “Sing, Sing, Sing (with Swing)” ซึ่งมันเป็นเพลงที่ถูกจดจำได้จากยอดนิยมสูงสุดในยุค 1930 และในปี 1999 จากแบบสำรวจวิทยุสาธารณะแห่งชาติ เพลงนี้เป็นหนึ่งในหนึ่งร้อยเพลงที่สำคัญในรอบ 20 ทศวรรษ และในทันทีทันใดนั้นก็มีการฟ้องร้องเครื่องหมายการค้าจากบริษัทโจทก์ ซึ่งในปัจจุบันบริษัทโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เพลงนี้ เนื่องมาจากจำเลยได้ทำการละเมิดลิขสิทธิ์นี้โดยมีการใช้ชื่อเพลงคล้ายกับเพลงของโจทก์ว่า “Sing, Sing, Sing” โดยนำออกโชว์ในช่องโทรทัศน์ที่มีการค้าแข่งขันกันสำหรับรายการกีฬาโอลิมปิกซึ่งคล้ายกับฉบับเดียวกับ Benny Goodman ในจังหวะขึ้นต้น ด้วยเนื่องจากคำฟ้องของโจทก์ไม่เพียงพอศาลจึงได้ทำการกลับคำ

If the mark comprises music or words set to music, the applicant may submit the musical score for the record. In a TEAS application, the musical score should be submitted in .wav format. However, a .wav file cannot be sent as an attachment to a TEAS filing, because all TEAS attachments must be in .jpg format. Therefore, the Office has developed a special procedure for handling .wav files. The .wav file must be sent after the application is filed, as an attachment to an e-mail message directed to PrinTEAS@uspto.gov, with clear instructions that the .wav file should be associated with "the application filed under Serial No. "See TMEP §1202.15 regarding sound marks."

⁷⁶ Openjurist, 228 F. 3d 56 - Emi Catalogue Partnership and Emi Robbins Catalog Inc v. Hill Holliday Connors [Online], 15 September 2000. Available from <http://openjurist.org/228/f3d/56/emi-v-hill>.

พิพากษาและสั่งให้ศาลล่างพิจารณาเพราะว่าศาลแขวงพิจารณาอย่างไม่ถูกต้องในเรื่องเกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นอย่างเป็นธรรม (Fair Use)⁷⁷

2) เสียงที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้ในคดี General Electric Broadcasting Co., Inc., 199 USPQ 560, 563 (TTBA)⁷⁸ ให้ความหมายรวมทั้ง

(1) เสียงดนตรี Musical Tone โดยไม่มีคำพูดใด ๆ

(2) คำพูดที่มีดนตรีประกอบ

3) ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ เมื่อได้ยินเสียงนั้นแล้วสามารถทำให้ผู้ฟังระบุว่าเป็นสินค้าหรือบริการนั้นมาจากที่มาบางที่ได้ แม้จะไม่ทราบว่าแหล่งที่มาอันนั้นคือที่ได้ก็ตาม

ไม่ใช่เสียงที่เกิดจากการใช้ การดำเนินการหรือเป็นวัตถุประสงค์หรือมีลักษณะเกี่ยวกับหน้าที่การทำงาน เช่น เสียงนาฬิกา คดี Vertex Group LLC, 89 USPQ2d 1694, 1770 (TTAB 2009)⁷⁹ เป็นกรณีที่นายทะเบียนปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเสียงเนื่องจากเสียงนั้นเป็นเสียงเตือนภัยที่มีไว้เพื่อป้องกันการลักพาตัวเด็ก ดังที่ได้เคยกล่าวไว้โดยละเอียดข้างต้นเพราะเป็นเสียงที่เกิดจากเสียงโทรศัพท์ปกติทั่วไป (Normal Operation) ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เสียงประเภทนี้ต้องแสดงว่าได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาโดยการใช้ตามมาตรา 2 (f)⁸⁰ ตัวอย่าง

คดี Harley-Davidson, Inc. Attempted to Register Sound of their V-Twin Engine in 1994. เลขทะเบียน 74485223 สถานะของเครื่องหมายในทางกฎหมาย คือ ละทิ้งคำร้องขอใน ค.ศ. 2000 (หลังจากที่คำร้องเข้าสู่การพิจารณาโดยคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า) เจ้าของหรือผู้ยื่นคำขอ คือ Harley-Davidson, Inc. สินค้าหรือบริการ คือ รถจักรยานยนต์ สิ่งที่จะจดทะเบียน คือ เครื่องหมายประกอบด้วยเสียงการปล่อยไอเสียของท่อรถจักรยานยนต์ของผู้ยื่นคำขอ

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Gile, R., **Sound Trademarks – Nokia gets a registered trademark for its default ring tone** [Online], 11 September 2007. Available from <http://www.vegastrademarkattorney.com/2007/09/sound-trademarks-nokia-gets-registered.html>.

⁷⁹ The Trademark Trial and Appeal Board Inquiry System, **In re Vertex Group LLC** [Online], 13 February 2009. Available from <http://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-76601697-EXA-10.pdf>.

⁸⁰ Section 2(f) of The Lanham Act (15 U.S.C 1052(f)).

“Provides that marks that would otherwise be denied registration, can be registered if they have become distinctive by acquiring secondary meaning.”.

โดยผลิต V-Twin เป็นเสียงที่เกิดขึ้นตามปกติหรือเกิดจากหน้าที่การทำงานในขณะที่เครื่องยนต์รถจักรยานยนต์ขณะมีการใช้รถจักรยานยนต์นั้น⁸¹ จึงไม่สามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะได้

4) ลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้เครื่องหมายนั้น

- Ship's Bells Tolling for a Radio Broadcast. Reg. No. 1163079 In Re General Electric Broadcasting Co., Inc., 199 USPQ 560 (TTAB 1978)⁸² กล่าวคือ บริษัท In Re General Electric Broadcasting Co., Inc., ได้ครอบครองเสียงการตีระฆังของเรือในช่วงระยะเวลาที่เรือเข้าออกเป็นเครื่องหมายเสียงสำหรับเปิดรายการวิทยุ ซึ่งเสียงการตีระฆังของเรือนี้ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของเสียงนั่นเอง แต่หากเสียงนั้นมีการใช้มาเป็นระยะเวลายาวนานมากพอจนสาธารณชนจดจำและแยกแยะความแตกต่างของเสียงนี้ออกจากเสียงของการบริการอื่น ๆ ได้ย่อมมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้

ตัวอย่างคดีที่โด่งดัง

- Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corp.⁸³

เครื่องหมายการค้าเสียงเจ้าของหรือผู้ยื่นคำขอ Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation สินค้าและบริการ คือ ผลิตภาพยนตร์ และวิดีโอเทปบันทึกภาพ สิ่งทีขอจดทะเบียน คือ เครื่องหมายประกอบด้วยเสียงสิงโตคำราม ซึ่งใช้ขึ้นต้นประกอบจึงเกิ้ลก่อนการเข้าสู่เนื้อเรื่องของภาพยนตร์ของบริษัท Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corp คำขอเลขที่ 73553567 ทะเบียนเลขที่ 1395550 โดยบรรยายเครื่องหมายเสียงว่า “the Mark Comprises a Lion Roaring.”⁸⁴

ตัวอย่างของเครื่องหมายเสียง

1) NBC Universal Media, llc; NBC Universal, Inc.; National Broadcasting Company, Inc, the. เครื่องหมายการค้าเสียงซึ่งเป็นท่วงทำนองเพลงสั้น ๆ หรือจึงเกิดการขึ้นต้นรายการของสถานีวิทยุ NBC คำขอเลขที่ 72349496 ทะเบียนเลขที่ 0916522 มีคำบรรยายว่า “The

⁸¹ United State Patent and Trademark office, **Trademark Status & Document Retrieval (TSDR)** [Online], 14 April 2014. Available from http://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=74485223&caseType=SERIAL_NO&searchType=documentSearch.

⁸² Zadra, S. L., **Sounds, Smells, Shapes and colors Protection and Enforcement of Nontraditional Trademarks in the U.S.** [Online], 14 April 2014. Available from <http://www.knobb.com/pdf/2005-August-Sounds-Smells-Shapes-and-Colors.pdf>.

⁸³ Court of justice of the European Union, **Case T-342/02** [Online], 14 April 2014. Available from <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db3b0b63c0850f47119fe0afc4fa2ce666.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNahj0?text=&docid=64792&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=78795>.

⁸⁴ Ibid.

Mark Comprises a Sequence of Chime-Like Musical Notes which are in the Key of C and Sound the Notes G,E,C the “G” Being the One Just Below Middle C , the “E” the One Just Above Middle C., and the “C” Being Middle C, Thereby to Identify Applicant’s Broadcasting Service.” กล่าวคือ เครื่องหมายนี้ประกอบไปด้วยจังหวะต่อเนื่องของเสียงระฆัง โดยมีการบรรยายตัวโน้ตเพลงที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะบ่งเฉพาะประกอบการยื่นคำขอจดทะเบียนของบริษัท NBC ด้วย⁸⁵

2) THX Ltd. เครื่องหมายการค้าเสียงของระบบเครื่องเสียง THX ตามคำขอเลขที่ 74309951 ทะเบียนเลขที่ 1872866 มีคำบรรยายว่า “The THX Logo Theme Consists of 30 Voices Over Seven Measures, Stating in a Narrow Range, 200 to 400 Hz, and Slowly Diverting to Pre-Selected Itches Encompassing Three Octaves. The 30 Voices Begin at Pitches Between 200 Hz and 400 Hz and Arrive at Pre-Selected Pitches Spanning Three Octaves by the Fourth Measure. The Highest Pitch is Slightly Detuned while there is Double the Number of Voices of the Lowest Two Pitches.” กล่าวคือ เครื่องหมายเสียงนี้มีสัญลักษณ์ของสินค้า คือ THX ประกอบไปด้วยเสียง 30 เสียง มากกว่า 7 จังหวะ ในคำบรรยายนี้มีการบรรยายระดับของเสียงว่ามีความถี่เสียงในระดับกีเฮิร์ตซ์ถึงกีเฮิร์ตซ์ เพื่อแสดงลักษณะบ่งเฉพาะ⁸⁶ ของเครื่องเสียงของตนว่ามีลักษณะที่แตกต่างจากเครื่องเสียงของบุคคลอื่น ๆ อย่างไร เสียงนั้นจะออกมาเป็นเสียงอย่างไร

5) เครื่องหมายการค้ากลิ่น ประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) บทบัญญัติของกฎหมาย

บทบัญญัติ มาตรา 2 (f) (The Lanham Act) ของระบบจดทะเบียนหลัก กล่าวไว้ว่าต้องมีการพิสูจน์หน้าที่เกี่ยวกับการทำงานของเครื่องหมายการค้ากลิ่นเป็นสำคัญ.⁸⁷ กล่าวคือ

37 C.F.R. 2.52⁸⁸ จากบัญญัติดังกล่าวนี้ได้กล่าวไว้ว่ารูปแบบที่จะแสดงออกให้เห็นเป็นภาพประกอบกับเครื่องหมายที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น

⁸⁵ Trademarken expert in brand protection, **US trademark No. 72349496** [Online], 8 May 2014. Available from http://www.trademarken.com/trademark/72349496?i=-NBC_UNIVERSAL_MEDIA_LLC_NBC_UNIVERSAL_INC_NATIONAL_BROADCASTING_COMPANY_INC_THE#.U2rxwoGSwwZ.

⁸⁶ Trademarkia, **sound mark by THX Ltd.** [Online], 8 May 2014. Available from <http://www.trademarkia.com/logo-74309951.html>.

⁸⁷ Section 2(f) of The Lanham Act.

“Required to establish that a scent ore fragrance functions as a mark is substantial”.

⁸⁸ Chapter 37 §2.52 of the code of federal regulations.

เครื่องหมายนั้นจะต้องแสดงให้เห็นในฐานะเป็นเครื่องหมายเพียงเครื่องหมายเดียว ผู้ที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายหรืออธิบายเครื่องหมายให้มีความชัดเจนลงไปในคำขอจดทะเบียน เครื่องหมายการค้านั้นด้วย ซึ่งรูปแบบของการแสดงออกให้เห็นเป็นภาพของเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่นและเครื่องหมายอื่น ๆ ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตานี้ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนไม่ต้องบรรยายรูปแบบของเครื่องหมายได้ ถ้าเครื่องหมายเสียง กลิ่นหรือเครื่องหมายอื่นที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตานี้มีรูปแบบที่สมบูรณ์เพียงพอแล้ว รูปแบบของเครื่องหมายนี้ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายลักษณะหรือรูปแบบของเครื่องหมายของตนมาประกอบการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย⁸⁹

(2) การยื่นขอจดทะเบียน

ตามคู่มือการตรวจสอบระบบเครื่องหมายการค้า (Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)) 807.09⁹⁰ กำหนดว่ารูปแบบหรือภาพประกอบของการแสดงออกของเสียง กลิ่นหรือเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา จะต้องมัลักษณะดังนี้

- 1) ผู้ยื่นคำขอไม่ต้องยื่นภาพประกอบ แต่ต้องยื่นคำบรรยายรายละเอียดของกลิ่น โดยระบุในระบบการตรวจสอบเครื่องหมายการค้าแบบอิเล็กทรอนิกส์ (TEAS) ว่าเป็นเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา “Non-Visual Mark” ตาม 37 C.F.R. 2.52(e)⁹¹ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น
- 2) ต้องมีหลักฐานสนับสนุนมากเพียงพอที่จะแสดงว่ากลิ่นนั้นทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตามคู่มือการตรวจสอบระบบเครื่องหมายการค้า (Trademark Manual of

“Types of drawings and format for drawings. A drawing depicts the mark sought to be registered. The drawing must show only one mark. The applicant must include a clear drawing of the mark when the application is filed. There are two types of drawings: ...

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

⁸⁹ Tysver, D. A., 37 CFR 2.52 Types of drawings and format for drawings, 52.

⁹⁰ § 807.09 of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP).

⁹¹ Chapter 37 §2.52(e) of the Code of Federal Regulations.

“Sound, scent, and non-visual marks. An applicant is not required to submit a drawing if the mark consists only of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed description of the mark.

The applicant is not required to submit a drawing if the applicant's mark consists solely of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed written description of the mark that clearly explains the sound or scent.”.

Examining Procedure (TMEP)) 1202.13⁹² กล่าวคือ กลิ่นของสินค้าที่ยื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายนั้นอาจได้รับการจดทะเบียนได้ ถ้าหากกลิ่นนั้นไม่ได้เกิดจากการทำหน้าที่ของกลิ่นนั่นเอง

3) รหัสของรูปแบบการแสดงให้เห็นเป็นภาพของเครื่องหมายเสียง กลิ่นและเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา คือ หมายเลข 6 “Mark Drawing Code คือ 6”⁹³ (No Drawing is Possible) ดังที่ได้เคยได้กล่าวไว้ข้างต้นตาม Chapter 37 §2.52 of the Code of Federal Regulations.

(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้

1) กลิ่นนั้นไม่ได้ใช้เพื่อเป็นหน้าที่เกี่ยวกับการทำงาน ก็อาจได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 2 (f)⁹⁴ หรือตาม Supplemental Register⁹⁵ เช่น ด้ายสำหรับเย็บปักถักร้อย In Re Clarke, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990)⁹⁶ คำขอเลขที่ 73758429 ทะเบียนเลขที่ 1639128 ที่ใช้กับสินค้าเส้นด้ายว่า “The Mark is a High Impact, Fresh, Floral Fragrance Reminiscent of Plumeria Blossoms” กล่าวคือ ผู้ที่ใช้เส้นด้ายของเครื่องหมายนี้จะได้รับ

⁹² § 1202.13 of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP).

“The scent of a product may be registrable if it is used in a non-functional manner. See In re Clarke, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990), in which the Trademark Trial and Appeal Board held that a scent functioned as a mark for “sewing thread and embroidery yarn.” Scents that serve a utilitarian purpose, such as the scent of perfume, would be functional and not registrable. See TMEP §§1202.02(a) et seq. regarding functionality. When a scent is not functional, it may be registered on the Principal Register under §2(f), or on the Supplemental Register. The amount of evidence required to establish that a scent or fragrance functions as a mark is substantial. Cf. In re Owens-Corning Fiberglas Corp., 774 F.2d 1116, 227 USPQ 417 (Fed. Cir. 1985).

The requirement for a drawing does not apply to scent marks. 37 C.F.R. 2.52(e). See TMEP §807.09.”.

⁹³ § 807.09 of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP).

⁹⁴ Section 2(f) of the Lanham Act.

“Required to establish that a scent or fragrance functions as a mark is substantial.”.

⁹⁵ Gallagher & Dawsey Co., LPA., **Trademarks – Understanding the Principal Register and the Supplemental Register** [Online], 14 April 2010. Available from http://www.invention-protection.com/ip/publications/docs/Principal_Supplemental_Register.html.

⁹⁶ Cavicchi, J., **TTAB - Trademark Trial and Appeal Board – Decisions** [Online], 19 September 1990. Available from http://ipmall.info/hosted_resources/TTAB_Decisions/TTAB_Appeal_758429.asp.

ผลกระทบเป็นอย่างมากจากการใช้เพราะจะได้รับความสดชื่น กลิ่นหอมของดอกไม้และทำให้นึกถึงหรือเตือนความจำเกี่ยวกับกลิ่นหอมของดอกไม้ด้วย

2) ต้องมีหลักฐานที่เพียงพอว่ากลิ่นนั้นเป็นส่วนสำคัญในการเป็นเครื่องหมายการค้า In Re Owens-Corning Fiberglas Corp., 774 F.2d 1116, 227 USPQ 417 (Fed. Cir. 1985)⁹⁷ กล่าวคือ บริษัท In Re Owens-Corning Fiberglas Corp. ได้ทำการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสีกับสินค้าประเภทแก้ว โดยใช้สีชมพูเพียงสีเดียวในการจดทะเบียน โดยศาลตัดสินว่า สีชมพูนี้ไม่มีหลักฐานที่เพียงพอในการพิสูจน์ความมีลักษณะบ่งเฉพาะของสินค้าได้ หลักฐานไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ศาลกล่าวว่าบุคคลใดก็ตามไม่สามารถที่จะใช้สีใดสีหนึ่งอย่างผูกขาดได้ จึงไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

3) เป็นสินค้าที่ไม่ได้ขายกลิ่นเป็นวัตถุประสงค์หลักของสินค้าโดยปกติ

(3.1) สินค้าที่ขายกลิ่นโดยตรงเช่น สบู่ น้ำหอม โคลน น้ำหอมปรับอากาศ เป็นต้น ไม่สามารถรับจดทะเบียนได้อันเนื่องมาจากกลิ่นนั้นมีผลโดยตรงต่อการทำหน้าที่ของสินค้านั้นซึ่งไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ตามคู่มือการตรวจสอบระบบเครื่องหมายการค้า (Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)) 1202.13⁹⁸, 1202.02(a)⁹⁹

(3.2) สินค้าที่ไม่ได้ขายกลิ่นหรือโดยปกติแล้วไม่มีความเกี่ยวข้องกับกลิ่นเลย

4) ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะตามคู่มือการตรวจสอบระบบเครื่องหมายการค้า (Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)) 1203.02¹⁰⁰ หากกลิ่นนั้นเป็นเพียงเพื่อ

⁹⁷ Public.Resource.Org, **774 F.2d 1116** [Online], 14 April 2014. Available from <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/774/774.F2d.1116.84-1416.html>.

⁹⁸ § 1202.13 of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP).

⁹⁹ § 1202.02(a) of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP) - Functionality.

¹⁰⁰ § 1203.02 of Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)

Deceptive Matter

“Section 2(a) of the Trademark Act, 15 U.S.C. 1052(a), is an absolute bar to the registration of deceptive matter on either the Principal Register or the Supplemental Register. Neither a disclaimer of the deceptive matter nor a claim that it has acquired distinctiveness under §2(f) can obviate a refusal under §2(a) on the ground that the mark consists of or comprises deceptive matter. See American Speech-Language-Hearing Association v. National Hearing Aid Society, 224 USPQ 798, 808 (TTAB 1984); In re Charles S. Loeb Pipes, Inc., 190 USPQ 238, 241 (TTAB 1975).

Deceptive marks may include marks that falsely describe the material content of a product (see In re Intex Plastics Corp., 215 USPQ 1045 (TTAB 1982)) and marks that are geographically deceptive (see Stabilisierungsfonds für Wein v. Peter Meyer Winery GmbH, 9

ตอบสนองความชอบส่วนบุคคล เช่น กลิ่นลาเวนเดอร์ของสบู่ ให้นายทะเบียนปฏิเสธคำขอจดทะเบียนนั้นโดยถือว่าไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

ตัวอย่างกลิ่นที่ได้รับการจดทะเบียน

1) Registration No. 3143735 ของ Smead Manufacturing Company มีคำบรรยายว่า เครื่องหมายนี้ประกอบไปด้วยกลิ่นหรือความหอมของกลิ่นวนิลา “The Mark Consists of a Vanilla Scent or Fragrance” ใช้กับสินค้าที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์ที่ใช้ในสำนักงาน ไฟล์เอกสาร แฟ้มเอกสาร (Office Supplies, Namely, File Folders, Hanging Folders, Paper Expanding Files.)¹⁰¹

2) Registration No. 1639128 ของ Clarke มีคำบรรยายว่า ผู้ที่ใช้เส้นด้ายที่ใช้เป็นเครื่องหมายนี้จะได้รับผลกระทบเป็นอย่างมากเพราะจะได้รับความสดชื่น กลิ่นหอมของดอกไม้ และทำให้นึกถึงหรือเตือนความจำเกี่ยวกับกลิ่นหอมของดอกไม้ด้วย “The Mark is a High Impact, Fresh, Floral Fragrance Reminiscent of Plumeria Blossoms” ใช้กับสินค้าประเภทเส้นด้าย (Sewing Thread and Embroidery Yarn.) (เป็นเครื่องหมายกลิ่นแรกที่ได้รับจดทะเบียนในสหรัฐอเมริกา)¹⁰²

3.2.1.2. ประเทศอังกฤษ

1) ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศอังกฤษ

USPQ2d 1073 (TTAB 1988); In re House of Windsor, Inc., 221 USPQ 53 (TTAB 1983), recon. denied, 223 USPQ 191 (TTAB 1984)). See TMEP §1210.05 et seq. regarding geographically deceptive marks.

The Court of Appeals for the Federal Circuit has articulated the following test for whether a mark consists of or comprises deceptive matter:

(1) Is the term misdescriptive of the character, quality, function, composition or use of the goods?

(2) If so, are prospective purchasers likely to believe that the misdescription actually describes the goods?

(3) If so, is the misdescription likely to affect the decision to purchase?

In re Budge Mfg. Co. Inc., 857 F.2d 773, 775, 8 USPQ2d 1259, 1260 (Fed. Cir. 1988), aff'g 8 USPQ2d 1790 (TTAB 1987).

The fact that only those knowledgeable in the relevant trade, and not average purchasers, would be deceived does not preclude a finding that a mark comprises deceptive matter. In re House of Windsor, Inc., 223 USPQ 191, 192 (TTAB 1984).”

¹⁰¹ Legalforce Trademarkia, **Paper Goods and Printed Material** [Online], 14 April 2014. Available from <http://www.trademarkia.com/logo-78641906.html>.

¹⁰² Cavicchi, J., **TTAB - Trademark Trial and Appeal Board – Decisions**, 61.

ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่เริ่มการปฏิวัติอุตสาหกรรมและแม่แบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เพิ่งมีการประกาศใช้บทบัญญัติอันเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าฉบับแรกในปี ค.ศ. 1875 อันได้แก่ The Trademarks Registration Act 1875 โดยก่อนการใช้เครื่องหมายดังกล่าวนี้ ศาลอังกฤษได้ใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์แก่คดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังเช่น ในกรณีที่พ่อค้าฝ่ายหนึ่งได้นำเครื่องหมายของพ่อค้ารายอื่นมาใช้กับสินค้าคุณภาพต่ำ อันก่อให้เกิดการฟ้องร้องในข้อหาหลอกลวงเพื่อขอคำสั่งห้ามกระทำของผู้ละเมิดต่อเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการดำเนินคดีที่เกิดมีการละเมิดเครื่องหมายการค้า ศาลจะเกิดความยากลำบากในการพิสูจน์สิทธิในเครื่องหมายการค้าเพราะต้องอาศัยชื่อเสียงทางการค้าของสินค้านั้นมาประกอบการพิจารณา ตามหลักกฎหมายลงขาย (Passing Off) ที่ศาลอังกฤษได้สร้างขึ้นมา จึงมีแนวคิดที่ต้องการให้มีกฎหมายในรูปแบบของระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้น เพื่อตัดปัญหาการพิสูจน์ดังกล่าวที่เป็นปัญหา จึงได้มีการออก The Trademarks Registration Act 1875 ซึ่งบัญญัติให้มีการแต่งตั้งนายทะเบียนเพื่อรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ต่อมาได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าในปี ค.ศ. 1905 และ ค.ศ. 1919 จนมาถึงในปี ค.ศ. 1938 ได้มีการประกาศใช้ The Trademarks Act 1938 และมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1984 เพื่อให้ใช้กับเครื่องหมายบริการด้วย ซึ่งหลักการของกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยนี้ ได้ส่งอิทธิพลและถูกใช้เป็นแม่แบบแก่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศต่าง ๆ ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย รวมทั้งประเทศไทยด้วย¹⁰³

กฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับของประเทศไทยได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ซึ่งกำหนดว่าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะและเมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วถือเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของเครื่องหมายแต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้กฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าซึ่งประสบผลสำเร็จเป็นอย่างดีจะเห็นได้จากปริมาณคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เครื่องหมายการค้าแรกที่ได้รับการจดทะเบียน คือ “Red Triangle” ซึ่งใช้กับสินค้าเบียร์ โดยปัจจุบันนี้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวก็ยังคงได้รับการจดทะเบียนอยู่และมีการใช้อย่างแพร่หลาย ภายหลังได้มีการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าจนกลายเป็น The Patents, Designs and Trademarks Act 1883 ซึ่งใช้บังคับแทน The Trademarks Registration Act 1875 ต่อมาในปี ค.ศ. 1905 ได้มีการออกกฎหมาย The Trademarks Act โดยได้วางหลักการเกี่ยวกับหลักฐานการพิสูจน์สิทธิการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายการค้าและวางบทบัญญัติเกี่ยวกับ

¹⁰³ วีรภัทร ทรัพย์มาตกุล, ปัญหาการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าในรูปกลุ่มของสี (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), 110-112.

การเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว แต่ไม่มีการใช้ภายใน 7 ปี หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ในปี ค.ศ. 1919 ได้มีการออกกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับปี ค.ศ. 1905 จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1938 จึงได้มีการประกาศใช้ The Trademarks Act ซึ่งได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1984 เพื่อให้ใช้กับบริการด้วย ต่อมาได้มีการประกาศใช้ The Trademarks Act 1994 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้ The Trademarks Act ในปี ค.ศ. 1994 ได้ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งซึ่งไม่เคยได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้ามาก่อนอย่างกว้างขวาง

2) ระบบการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเดิมตาม The Trademarks Act 1938 จะแบ่งเป็นสองส่วนคือ Part A และ Part B ซึ่งรายละเอียดของระบบจดทะเบียนทั้งสองส่วนมี ดังนี้¹⁰⁴

1) เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนใน Part A จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherently Distinctive) นอกจากนี้ เครื่องหมายการค้าในทะเบียน Part A จะพ้นจากการโต้แย้งคัดค้านในเรื่องการมีลักษณะบ่งเฉพาะและการขัดแย้งสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นได้ เมื่อล่วงพ้นเจ็ดปีนับแต่วันจดทะเบียน ทั้งนี้ หากผู้ยื่นคำขอไม่สามารถได้รับการจดทะเบียน ใน Part A ก็มายื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าใน Part B แทนได้¹⁰⁵

2) เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนใน Part B เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มิลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หากแต่เกิดลักษณะบ่งเฉพาะขึ้นในภายหลังโดยการใช้ อาทิเช่น เครื่องหมายการค้า “Chin Chin” ซึ่งได้รับการปฏิเสธไม่ให้จดทะเบียนใน Part A ในฐานะเครื่องหมายการค้าสำหรับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ทั้งนี้เนื่องจากคำว่า “Chin Chin” (อาจเป็นภาษาจีน) เป็นคำที่ใช้ในการดื่มอวยพร อย่างไรก็ตามคำดังกล่าวสามารถได้รับการจดทะเบียนใน Part B ได้ เนื่องจากมีการใช้มาเป็นระยะเวลายาวนานจนเกิดลักษณะบ่งเฉพาะขึ้น¹⁰⁶

อย่างไรก็ตาม ระบบจดทะเบียนซึ่งแยกออกเป็นระบบข้างต้นได้ถูกยกเลิกโดย The Trademarks Act 1994 โดยได้มีการเปลี่ยนแปลงระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นระบบทะเบียนเดียวขึ้น ทั้งนี้เครื่องหมายการค้าใน Part A ซึ่งเดิมจะพ้นจากการโต้แย้งคัดค้านในเรื่องการมีลักษณะบ่งเฉพาะและการขัดแย้งสิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเมื่อล่วงพ้น 7 ปี นับแต่วันจดทะเบียนได้ถูกยกเลิกและต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ในเรื่องกฎหมายทั่วไปของการเพิกถอน

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, 112-113.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน.

เครื่องหมายการค้าและการมีผลบังคับใช้ของเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าอื่น ๆ¹⁰⁷

3) หลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

เมื่อมีการยกเลิกกฎหมายเครื่องหมายการค้าเดิม ได้มีการบัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่และเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ “The Trade Marks Act 1994” ให้นำคำนิยามความหมายเครื่องหมายการค้าดังนี้¹⁰⁸

บทบัญญัติมาตรา 1 (1) ได้กำหนดนิยาม “เครื่องหมายการค้า” เอาไว้ว่า “สัญลักษณ์ใด ๆ ที่สามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจนและสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตรายหนึ่งกับผู้ผลิตรายอื่น”

เครื่องหมายการค้าอาจประกอบไปด้วยคำ (รวมถึงชื่อบุคคล) แบบผลิตภัณฑ์ ตัวอักษร ตัวเลข รูปร่างรูปทรงของวัตถุหรือหีบห่อของสินค้า¹⁰⁹

คำว่า “เครื่องหมายการค้า” ตามกฎหมายฉบับปัจจุบันนี้มีความหมายกว้างกว่ากฎหมายเดิมมาก โดยสัญลักษณ์ใดก็ตามที่สามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจนที่จะสามารถแยกแยะสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่งจากเครื่องหมายการค้าอื่นได้ คือ ลักษณะบ่งเฉพาะย่อมสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ อีกทั้งได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง เกี่ยวกับสิ่งที่ไม่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น เครื่องหมายการค้าจะถูกปฏิเสธได้ในสองกรณีดังต่อไปนี้¹¹⁰

1) กรณีที่ไม่สามารถรับจดทะเบียนได้เลย (Absolute Ground for Refusal of Registrations) ตามมาตรา 3 (1)¹¹¹ ได้ระบุถึงสาเหตุที่ไม่สามารถรับจดทะเบียนได้เนื่องจากตัวของเครื่องหมายการค้านั่นเอง ดังนี้ มาตรา 3 (1) บัญญัติให้สิ่งดังต่อไปนี้ไม่สามารถรับจดทะเบียนได้

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁸ อมรรพร สัจจาร์กษัตริระกุล, ปัญหาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าที่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2548), 65-66.

¹⁰⁹ Section 1(1) of The Trade Marks 1994.

“Trademark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings

A trade mark may, in particular; consist of words (including personal names), designs, letters, numerals or the shape of goods or their packaging”.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Section 3(1) of The Trade Marks 1994.

State that the following shall not be registered:

(ก) สัญลักษณ์ที่ไม่มีลักษณะพึงจดทะเบียนได้ตามมาตรา 1 (1)

(ข) เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

(ค) เครื่องหมายการค้าประกอบด้วยลักษณะของสัญลักษณ์หรือเครื่องบ่งชี้ในทางการค้าที่สามารถทำหน้าที่ระบุชนิด คุณสมบัติ จำนวน ความมุ่งหมาย คุณค่า แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ เวลาการผลิตสินค้าหรือการให้บริการหรือลักษณะอื่น ๆ ของสินค้าหรือบริการ

(ง) เครื่องหมายการค้าประกอบด้วยลักษณะของสัญลักษณ์หรือเครื่องบ่งชี้ในทางการค้าที่เป็นที่แพร่หลายในภาษานั้นหรือเป็นสามัญในทางการค้า¹¹²

หากเครื่องหมายการค้าใดมีลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 (1) แห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับนี้ เช่น สัญลักษณ์ที่ไม่เป็นตามมาตรา 1 (1) หรือเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะหรือเครื่องหมายที่ประกอบด้วยสัญลักษณ์หรือเครื่องบ่งชี้ที่เป็นที่แพร่หลายในภาษานั้นหรือเป็นสามัญในทางการค้าเพียงอย่างเดียว ย่อมเป็นเครื่องหมายที่ไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เลย¹¹³

2) กรณีเกี่ยวเนื่องที่ทำให้ไม่สามารถรับจดทะเบียนได้ (Relative Grounds for Refusal of Registration)

แม้ว่าคำขอจดทะเบียนนั้นจะไม่ต้องห้ามตามมาตรา 3 แต่คำขอนั้นก็อาจไม่ได้รับการจดทะเบียนหากมีกรณีเกี่ยวเนื่องที่ทำให้ไม่สามารถรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 5¹¹⁴ เนื่องมาจากเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกที่มีอยู่ก่อนแล้ว หากเครื่องหมายการค้านั้นเหมือนหรือคล้ายกับ

“(a) sign which do not satisfy the requirement of section 1(1);

(b) trademarks which are devoid of any distinctive character:

(c) trademarks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of services, or other characteristics of goods or service;

(d) trademarks which consist exclusively of signs or indications which have become customary in the current language or in the bona fide and established practices of the trade;

Provided that, a trade marks shall not be refused registration by virtue of paragraph (b), (c) or (d) above if, before the date of application for registration, it has in fact acquired a distinctive character as a result of the use made of it.”.

¹¹² เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า, 62-63.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁴ Japan Patent office, **United Kingdom Trade Marks Act 1994** [Online], 10 April 2014. Available from http://www.jpo.go.jp/shiryoku_e/s_sonota_e/fips_e/pdf/england_e/e_shouhyou.pdf.

เครื่องหมายอื่นที่มีอยู่แล้วตามมาตรา 6 (1)¹¹⁵ ดังกรณีเกี่ยวเนื่องที่ทำให้ไม่สามารถจดทะเบียนได้ ดังนี้ เป็นสิ่งที่รับรองว่าสิทธิที่มีอยู่ก่อนจะได้รับความคุ้มครองโดยการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนคำขอที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งในอนาคตซึ่งเป็นลักษณะสำคัญต่อระบบการยื่นขอจดทะเบียนในประเทศอังกฤษ¹¹⁶

ดังนั้น ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับนี้ หากสิ่งที่ยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่มีลักษณะต้องห้ามตามบทบัญญัติใด ๆ ดังกล่าวมาแล้วนั้นหากพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ คือ สามารถทำหน้าที่แยกแยะสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตรายหนึ่งกับผู้ผลิตรายอื่นแล้ว ก็ย่อมสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้¹¹⁷

เมื่อพิจารณาจากบทนิยามของคำว่า “สัญลักษณ์” ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เห็นได้ว่าเป็นการให้นิยามของเครื่องหมายในลักษณะกว้าง ๆ ส่งผลให้ความหมายรวมถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย

4) เครื่องหมายการค้าเสียง ประเทศอังกฤษ

(1) บทบัญญัติของกฎหมาย

บทบัญญัติ มาตรา 1 (1)¹¹⁸ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994 ได้ให้นิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” เอาไว้ว่า “เครื่องหมายที่แสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้และเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งประกอบไปด้วย สัญลักษณ์ ชื่อของบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข รูปร่างรูปทรงของวัตถุหรือหีบห่อของสินค้า”¹¹⁹

¹¹⁵ เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า, 67.

¹¹⁶ ศรีลา ทองกลาง, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายคำผสมตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534, 59-60.

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁸ Section 1(1) The Trade Mark Act 1994.

““trade mark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings. A trade mark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letter, numerals or the shape of goods or their packaging.”.

¹¹⁹ Intellectual Property Office, Trade Marks Act 1994 [Online], 14 April 2014b. Available from <http://www.ipo.gov.uk/tmact94.pdf>.

คดี Shield, C-283/01 ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice (ECJ)) ตัดสินว่าเสียงจะถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้านั้นต้องอยู่ภายใต้ลักษณะดังนี้¹²⁰ คือ เครื่องหมายเสียงนั้นสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นและเสียงนั้นสามารถแสดงลักษณะที่เป็นรูปธรรม (Graphic Representation) ไว้ในคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ โดยการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายเสียงนั้นต้องมีความชัดเจน มีความแน่นอน มีลักษณะพิเศษ โดยตัวเอง เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย สามารถเข้าใจได้ง่าย มีสภาพที่อยู่ได้นานและไม่เปลี่ยนแปลงได้ง่ายอย่างเพียงพอที่จะทำให้ผู้บริโภคทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ได้¹²¹

(2) การยื่นขอจดทะเบียน

ในข้อ 16.4.1¹²² ของคู่มือการจดทะเบียน โดยได้กำหนดหลักที่แสดงออกให้เห็นถึงความมีรูปธรรม (Graphical Representation) ไว้ดังนี้

- 1) เสียงต้องแสดงเครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนเป็นลักษณะที่เป็นรูปธรรมได้อย่างชัดเจน (Representing Graphically)
- 2) ระบุชัดเจนว่าเป็นเครื่องหมาย “เสียง” มิฉะนั้นคำขอจดทะเบียนจะถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นอักษรหรือลักษณะอื่น (เช่น เป็นรูปโน้ตดนตรี)
- 3) การแสดงลักษณะของเสียงที่ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นต้องสามารถเข้าใจได้ง่าย แต่ไม่จำเป็นต้องเข้าใจทันที (Immediate) ซึ่งให้แสดงโดยใช้สัญลักษณ์ต่อไปนี้ดังต่อไปนี้
 - ขึ้นบันไดเสียง (Musical Stave)
 - กุญแจ (a Clef)
 - ตัวโน้ต (Musical Notes)
 - เครื่องหมายหยุด (Rests)

โดยแสดงความสัมพันธ์กับ Shape Flats Naturals (การเน้นเสียงดนตรีโดยบังเอิญ (Accidentals)) การแสดงลักษณะข้างต้นทำให้สามารถทราบจังหวะ (Timing) และเสียงสูงเสียงต่ำ (Pitch Intelligible) ได้เป็นอย่างดี (ตามข้อ 4)

¹²⁰ Shield, C-283/01 (European Court of Justice (ECJ)).

“The representation must be clear, precise, self-contained, easily accessible, intelligible, durable and objective. It is sufficient that the sign is easily intelligible, even if not immediately”.

¹²¹ Court of Justice of the European Union, **Case-law of the Court of Justice** [Online], 27 November 2003. Available from <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48435&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157882>.

¹²² Intellectual Property Office, **Manual of Trade Marks Practice-Chapter3-Examination and Practice** [Online], 17 April 2014a. Available from <http://www.ipo.gov.uk/tmmanual-chap3-archive.pdf>.

4) ต้องระบุจังหวะ (Timing) และเสียงสูงต่ำ (Pitch)¹²³

(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้

ในข้อ 16.4.2¹²⁴ ของคู่มือการจดทะเบียน ได้กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctive Character) ของเครื่องหมายเสียงไว้อีกด้วยว่าเครื่องหมายเสียงที่จะได้รับการจดทะเบียนนั้นต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะเช่นเดียวกับเครื่องหมายคำหรือเครื่องหมายในลักษณะอื่น ๆ กล่าวคือ เครื่องหมายเสียงนั้นต้องไม่ใช่เสียงที่สื่อความหมายหรือบรรยายให้เห็นลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าตามที่ยื่นขอจดทะเบียน โดยได้กำหนดหลักไว้ดังนี้

- 1) มีลักษณะบ่งเฉพาะ ทำให้ผู้บริโภคโดยทั่วไปสามารถทราบและนึกถึงสินค้าหรือบริการนั้น ๆ
- 2) ไม่ใช่เสียงที่ผู้ประกอบการสินค้าหรือบริการโดยทั่วไปมีความต้องการใช้เสียงดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงนั้นมิได้ตั้งใจโดยสุจริตที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสำหรับสินค้าหรือบริการที่จดทะเบียนไว้ แต่มีสาเหตุมาจากพฤติการณ์พิเศษในทางการค้า
- 3) การพิจารณาดนตรีสากล เสียงดนตรีนั้นต้องไม่มีความยาวจนเกินไป เนื่องจากความยาวของเสียงที่มากจนเกินไป อาจทำให้เสียงนั้นไม่สามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้
- 4) การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะนั้นพิจารณาโดยองค์รวม แม้เสียงนั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่หากพิจารณาคำพูดประกอบ ทำให้มีลักษณะบ่งเฉพาะ กรณีนี้รับจดทะเบียนได้
- 5) กรณีเกี่ยวเนื่องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ได้นำมาใช้ในการพิจารณาในเบื้องต้น แต่เปิดไว้ให้สามารถมาคัดค้านได้

ตัวอย่างเสียงที่ไม่รับจดทะเบียน

- ดนตรีง่าย ๆ ที่ประกอบด้วยโน้ต 1-2 ตัว
- เพลงที่ใช้ทั่วไป เช่น “Green Sleeves” เป็นเสียงรลไอศกรีม (สำหรับสินค้า Ice Cream Etc.)
- เพลงจิงเกิ้ล (Jingles) ที่ใช้กับเครื่องเล่นในสวนสนุก (สำหรับเครื่องจักรและการบันเทิง)
- เพลงที่โด่งดังสำหรับบริการด้านการบันเทิง รวมทั้งบริการสวนสนุก
- เพลงกล่อมหรือเพลงสำหรับเด็ก (สำหรับสินค้าและบริการเกี่ยวกับเด็ก)

¹²³ Ibid, 69.

¹²⁴ Ibid, 69.

- เพลงที่มีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับท้องถิ่นหรือประเทศ (สำหรับสินค้าหรือบริการที่มีแหล่งกำเนิดหรือผลิตในแหล่งนั้น)¹²⁵

ตัวอย่างเครื่องหมายเสียง

1) เครื่องหมายเสียงของบริษัท Imperial Chemical Industries Limited เลขทะเบียนที่ 2007456 โดยใช้เสียงเห่าของสุนัขกับสินค้าจำพวก 2 สำหรับสินค้า สีแลคเกอร์ สำหรับใช้ทาสีป้องกันสนิมและรักษาคุณภาพของไม้ สีของไม้ (the Mark Consists of the Sound of a Dog Barking: Used for Paints, Vanishes, Lacquer, Preservatives Against Rust and Against Deterioration of Wood, Colorants and Raw Natural Resins)¹²⁶

2) เครื่องหมายเสียงของบริษัท the Direct Line Insurance Plc เลขทะเบียนที่ 2127799 โดยใช้เสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์ที่ใช้สำหรับการบริการจำพวกที่ 36 เกี่ยวกับการประกันภัยการธนาคาร ฯลฯ¹²⁷

5) เครื่องหมายการค้ากลืน ประเทศอังกฤษ

(1) บทบัญญัติของกฎหมาย

บทบัญญัติ มาตรา 1 (1)¹²⁸ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994 ได้ให้นิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” เอาไว้ว่า “เครื่องหมายที่แสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและบริการของบุคคลหนึ่งจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้ และเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งประกอบไปด้วย สัญลักษณ์ ชื่อของบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข รูปร่างรูปทรงของวัตถุหรือหีบห่อของสินค้า”¹²⁹

(2) การยื่นขอจดทะเบียน

¹²⁵ Ibid, 69.

¹²⁶ Official Journal of the international trademark association, **the trademark reporter** [Online], 12 May 2014. Available from <http://home.comcast.net/~jllw28129/07McCormick.pdf>.

¹²⁷ Sokefun, Justus, A., **industrial property II** [Online], 12 May 2014. Available from http://www.nou.edu.ng/NOUN_OCL/pdf/Laws/LAW%20436%20INDUSTRIAL%20PROPERTY%20II.pdf.

¹²⁸ Section 1(1) of The Trade Mark Act 1994.

“trade mark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings. A trade mark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letters, numerals or the shape of goods or their packaging.”.

¹²⁹ Intellectual Property Office, **Trade Marks Act 1994**, 68.

การแสดงลักษณะของกลิ่นโดยใช้สูตรทางเคมีไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของกลิ่นเพราะแสดงให้เห็นเพียงแต่สัญลักษณ์ของตัวเองเท่านั้น คำบรรยายลักษณะของกลิ่นนั้นไม่สามารถแสดงได้อย่างชัดเจนและแม่นยำรวมทั้งระบุถึงกลิ่นได้อย่างแน่นอน ส่วนการนำส่งตัวอย่างกลิ่นนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 2¹³⁰ ของ the Directive 89/104/EEC อีกทั้งตัวอย่างของกลิ่นนั้นเป็นสิ่งที่ไม่คงทน ทำให้เกิดการเพี้ยนของกลิ่นและอาจจะหายไปได้ง่าย โดยวิธีการเหล่านี้ การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical Formula) การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (a Written Description) ด้วยวิธีการฝากตัวอย่างกลิ่น (Through Deposit of a Sample of the Smell) การใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา (a Combination of These Methods) ไม่ถือว่าเป็นการแสดงผลลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่เพียงพอ ตามที่ศาลแห่งสหภาพยุโรป ECJ ตัดสินในคดี Sieckmann in Case C-273/00¹³¹ กล่าวคือ Mr. Sieckmann ได้ยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ต่อสำนักงานจดทะเบียนสิทธิบัตรเยอรมนีเพื่อจะใช้เครื่องหมายการค้าในสินค้าและบริการประเภท การโฆษณา การศึกษาและการฝึกอบรม จนไปถึงการให้บริการด้านสัตวแพทย์ เกษตรกรรม การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์และการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยมีคำบรรยายในการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าว่า “เครื่องหมายการค้าที่ยื่นนั้นเป็นเครื่องหมายที่เกี่ยวกับการใช้กลิ่นที่เป็นสารเคมีบริสุทธิ์ กรด Cinnamic Methy Ester ซึ่งเป็นสูตรทางเคมี C₆H₆Ch=CHOOCH₃ นอกจากนี้ทางผู้ยื่นขอจดทะเบียนได้ส่งตัวอย่างของกลิ่นและได้อธิบายว่ามีลักษณะเป็นผลไม้ที่เป็นขี้ผึ้งพร้อมกับลักษณะที่ไปทางกลิ่นอบเชยเล็กน้อย แต่ในทางสำนักงานสิทธิบัตรเยอรมนีได้ปฏิเสธคำขอของ Mr. Sieckmann โดยให้เหตุผลว่าเครื่องหมายการค้าที่ยื่นคำขอจดทะเบียนมานั้น ไม่สามารถแสดงหรืออธิบายออกมาได้อย่างเป็นรูปธรรมได้และไม่มีความเฉพาะเจาะจงเฉพาะ Mr. Sieckmann จึงได้ทำการอุทธรณ์คำขอไปยังศาลสิทธิบัตรเยอรมนี (Bundespatengericht) และศาลสิทธิบัตรเยอรมันได้มีการสอบถามไปยังศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice (ECJ))¹³²

โดยทางศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice (ECJ)) ได้ทำการแสดงความเห็นว่าการแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมของเครื่องหมายกลิ่นนั้น ต้องมีความชัดเจน

¹³⁰ European Union Law, First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks [Online], 21 December 1988. Available from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0104:en:HTML>.

¹³¹ Court of Justice of the European Union, Case-law of the Court of Justice [Online], 12 December 2012. Available from <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47585&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=159369>.

¹³² อติชวัน ธรรมพนิชวัฒน์, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ, 73-76.

สามารถจำแนกแยกแยะส่วนประกอบของเครื่องหมายได้และในการที่ศาลเยอรมนีได้เสนอการ
แสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมของกลิ่นนั้น 4 วิธี คือ

- 1) การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical Formula)
- 2) การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (a Written Description)
- 3) ด้วยวิธีการฝากตัวอย่างกลิ่น (Through Deposit of a Sample of the Smell)
- 4) การใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา (a Combination of These Methods)¹³³

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice (ECJ)) ได้ปฏิเสธวิธีการ
แสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมทั้ง 4 ข้างต้นของศาลเยอรมนีเพราะว่าวิธีในแต่ละวิธีนั้นยังไม่สามารถ
อธิบายหรือบรรยายเครื่องหมายกลิ่นได้อย่างชัดเจน กล่าวคือ 1) วิธีการแสดงข้อมูลทางเคมี
(Chemical Formula) นั้นบุคคลทั่วไปไม่สามารถจะเข้าใจถึงสูตรทางเคมีได้ ยังไม่มีความชัดเจนที่
มากเพียงพอ ซึ่งกลิ่นแต่ละกลิ่นนั้นหากแม้จะเป็นสูตรเคมีอย่างเดียวกัน ก็ไม่อาจมีกลิ่นเหมือนกันได้
อันเนื่องมาจากปัจจัยแวดล้อมที่ต่างกัน เช่น อุณหภูมิ เป็นต้น 2) การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำ
บรรยาย (a Written Description) วิธีการนี้ก็ไม่สามารถบรรยายหรืออธิบายเครื่องหมายกลิ่นได้อย่าง
ชัดเจนเช่นกัน 3) ด้วยวิธีการฝากตัวอย่างกลิ่น (Through Deposit of a Sample of the Smell)
วิธีการนี้นั้นไม่ถือว่าเป็นการเสนอกลิ่นในรูปของการแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมของมาตรา 2 ของ
the Directive 89/104/EEC ยิ่งกว่านั้นแล้ววิธีการฝากกลิ่นยังไม่มั่นคงถาวรเพราะไม่สามารถเก็บไว้
ได้ในระยะยาวอันเนื่องมาจากกลิ่นสามารถแปลงสภาพได้โดยการระเหยไปในอากาศทำให้กลิ่นไม่
เหมือนเดิมกับตอนที่ทำการยื่นขอจดทะเบียนไว้ จึงเป็นอุปสรรคต่อการพิสูจน์ความเหมือนหรือคล้าย
หากเกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้ในภายหลังหากมีการอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้า
กลิ่นแล้ว 4) การใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา (a Combination of These Methods)
วิธีการนี้เป็นการนำวิธีการทั้งสามวิธีข้างต้นรวมกันอันเนื่องมาจากวิธีการใดเพียงวิธีการหนึ่งข้างต้นนั้น
ไม่สามารถแสดงหรืออธิบายได้เพียงลำพังเพราะไม่สามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจน ดังนั้น วิธีการทั้ง
4 ประการข้างต้นจึงไม่เหมาะสมสำหรับอธิบายหรือบรรยายลักษณะของเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้
อย่างสมบูรณ์¹³⁴

อย่างไรก็ตามที่ศาลแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Justice (ECJ)) ได้ให้
แนวทางในการพิจารณาถึงวิธีการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายการค้ากลิ่นไว้ว่าสิ่งนั้นต้อง
สามารถแสดงให้เห็นว่ามีลักษณะดังนี้

- ชัดเจน

¹³³ เรื่องเดียวกัน, 72.

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน, 72.

- มีความแน่นอน
- เป็นลักษณะพิเศษโดยตัวเอง
- เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย
- สามารถเข้าใจได้ง่าย
- มีสภาพที่ยั่งยืน
- และไม่เปลี่ยนสภาพ¹³⁵

ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลให้เกิดความเข้มงวดในการพิจารณาวิธีการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายการค้าชนิดนี้เป็นอย่างมาก เพราะแม้เครื่องหมายการค้าลึนจะมีคุณสมบัติที่สามารถใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ แต่หากไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความเป็นรูปธรรมของเครื่องหมาย ก็เป็นสิ่งที่ยากที่จะผ่านการพิจารณาและได้รับการจดทะเบียนแต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายทั้งในยุโรปและเอเชีย แต่ไม่สามารถจะทำได้เพราะมีความเข้มงวดมากเกินไปในข้อ 16.3.1 ของคู่มือการจดทะเบียน¹³⁶

(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้

ในข้อ 16.3.2¹³⁷ ของคู่มือการจดทะเบียนได้กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะ (Assessing Distinctive Character) ของกลืนไว้ดังนี้

1) ไม่เป็นสินค้าที่มีกลิ่นหรือมีวัตถุประสงค์ที่จะให้มีกลิ่นเพื่อสร้างความพึงพอใจ เช่น สินค้าประเภทผลิตภัณฑ์ทำความสะอาด เครื่องสำอาง น้ำยาปรับผ้านุ่ม รวมทั้งสินค้าที่ผู้ผลิตใส่กลิ่นเพื่อเป็นสิ่งดึงดูดใจเป็นการทั่วไปแล้วในทางการค้า เช่น กระดาษ ปากกา ยางลบ เป็นต้น

2) เป็นกลิ่นที่มีลักษณะบ่งเฉพาะหรือได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาจากการใช้โดยแพร่หลายจนผู้บริโภคสามารถบอกแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้นได้จากกลิ่น กฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษไม่ได้ระบุชัดเจนว่ารับจดทะเบียนหรือไม่รับจดทะเบียน แต่มีแนวโน้มว่าหากสามารถแสดงลักษณะของกลิ่นได้ (Graphical Representation) ก็สามารถจดทะเบียนได้¹³⁸

ตัวอย่างเครื่องหมายกลิ่น

1) คำขอของบริษัท Sumitomo Rubber Co. เลขทะเบียนที่ GB 2001416 การยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นหอมของดอกกุหลาบที่นำมาใช้กับสินค้าประเภทยางรถยนต์ การยื่นคำขอครั้งนี้ได้รับอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่น ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่น

¹³⁵ Intellectual Property Office, *Manual of Trade Marks Practice-Chapter3-Examination and Practice*, 69.

¹³⁶ Ibid, 73.

¹³⁷ Ibid, 73.

¹³⁸ Ibid, 73.

เครื่องหมายแรกในประเทศอังกฤษ (a Floral Fragrance/Smell Reminiscent of Rose as Applied to Tyres)¹³⁹

2) คำขอของบริษัท Unicorn Products เลขทะเบียนที่ GB 2000234 ซึ่งทำการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายในสินค้าจำพวก 28 ในชื่อที่ว่า กลิ่นเบียร์ที่ใช้กับสินค้าประเภทลูกดอก “The Strong Smell of Bitter Beer Applied to Flight for Darts” และเครื่องหมายนี้ก็ได้รับอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่นด้วย¹⁴⁰

3.2.1.3. ประเทศออสเตรเลีย

1) ความเป็นมาของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศออสเตรเลียซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1995 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งโดยแก้ไขครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ. 2006 ทั้งนี้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นการยกเลิกกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับเดิม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994 และแม้ประเทศออสเตรเลียเคยเป็นหนึ่งในประเทศเครือจักรภพ (Commonwealth of Countries) ของประเทศอังกฤษ แต่ประเทศออสเตรเลียมิได้บัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าของตนในลักษณะเดียวกับประเทศอังกฤษ¹⁴¹

2) ความหมายของเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1995 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง โดยแก้ไขครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ. 2006 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้ในมาตรา 6¹⁴² ว่า “เครื่องหมาย (Sign) ตัวหนังสือ คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวเลข ภาพประดิษฐ์ ตรา หัวข้อ ฉลาก ตัว บรรจุ ภัณฑ์ รูปร่าง สี เสียง กลิ่นหรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน”¹⁴³

¹³⁹ Schaal, Carsten., **The registration of smell trademarks in Europe: another EU Harmonisation challenge** [Online], 12 May 2014. Available from <http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>.

¹⁴⁰ Ibid, 74.

¹⁴¹ ศรีลา ทองกลาง, **ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายคำผสมตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534**, 93.

¹⁴² Section 6 of Trademarks Act 1995.

“Sign” includes the following or any combination of the following, namely, any letter, word, name, signature, numeral, device, brand, heading, label, ticket, aspect of packaging, shape, color, sound or scent.”.

¹⁴³ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **กฎหมายเครื่องหมายการค้า ออสเตรเลีย** [Online], 10 เมษายน 2557. แหล่งที่มา http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=687&Itemid=600.

และในบทบัญญัติมาตรา 17¹⁴⁴ ได้ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ไว้ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายถึง สัญลักษณ์ที่ใช้หรือที่มีเจตนาจะใช้ เพื่อแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้ในทางการค้าของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการที่ใช้ในทางการค้าอีกบุคคลหนึ่ง”¹⁴⁵

จากคำนิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่า “เครื่องหมายการค้า” จะต้องประกอบด้วยสิ่งที่เป็น “เครื่องหมาย” เสียก่อน เมื่อเป็นเครื่องหมายแล้วหากสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าระหว่างเจ้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งกับเจ้าของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้ สิ่งนั้นก็สามารที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ไม่ว่าจะได้ใช้มานานแล้วหรือยังไม่ได้ใช้มาก่อนแต่ประสงค์จะใช้ในภายหลังก็ตามและนิยามคำว่าเครื่องหมายนั้นได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายเสียงและกลิ่นไว้โดยตรงด้วย

3) เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้

Trademarks Act 1995 กำหนดหลักเกณฑ์การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ว่า เครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนได้ต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

- (1) ไม่เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น รูปธงชาติ หรือเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปหรือเครื่องหมายรับรองคุณภาพสินค้าที่มีส่วนราชการและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจัดให้มีขึ้น ตามมาตรา 39
- (2) ไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ ตามมาตรา 40
- (3) มีลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctiveness) คือ มีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ซื้อสินค้าทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่นตามมาตรา 41
- (4) ต้องไม่เป็นคำหรือข้อความที่หยาบคายหรือมีลักษณะที่เชิญชวนให้กระทำในสิ่งที่ขัดต่อกฎหมาย
- (5) ไม่มีลักษณะเป็นการหลอกลวงประชาชนหรือก่อให้เกิดผู้ซื้อสินค้าเกิดความสับสน
- (6) ไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่น จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าตามมาตรา 44¹⁴⁶

4) ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า

¹⁴⁴ Section 17 of Trademarks Act 1995.

“A trademark is a sign used, or intended to be used, to distinguish goods or services dealt with or provided in the course of trade by a person from goods or services so dealt with or provided by any other person.”.

¹⁴⁵ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายเครื่องหมายการค้า ออสเตรเลีย, 75.

¹⁴⁶ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข, 109-110.

Trademarks Act 1995 มาตรา 41 ได้วางหลักเกณฑ์ว่าเครื่องหมายการค้าใดที่ขอรับจดทะเบียนหากไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctiveness) คือ ลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ซื้อสินค้าทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น จะต้องถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน กล่าวคือ หากเครื่องหมายการค้าไม่สามารถแยกแยะสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้จดทะเบียนนั้นจากสินค้าของบุคคลอื่นได้ เครื่องหมายการค้านั้นจะไม่ได้รับการจดทะเบียน ตามมาตรา 41 (2) ซึ่งการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าใดจะมีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่นั้น ให้พิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเครื่องหมายนั้นเองก่อน หากปรากฏว่าเครื่องหมายการค้านั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง จึงจะพิจารณาต่อไปว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้หรือไม่ ตามมาตรา 41 (3)¹⁴⁷

5) เครื่องหมายการค้าเสียง ประเทศออสเตรเลีย

(1) บทบัญญัติของกฎหมาย

บทบัญญัติ มาตรา 6 Trademarks Act 1995 ได้ให้คำนิยามของคำว่าเครื่องหมายไว้ว่า “เครื่องหมาย” หมายความรวมถึงเครื่องหมายเสียงและกลิ่นด้วย ดังนั้น ประเทศออสเตรเลีย จึงให้ความสำคัญคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย¹⁴⁸

บทบัญญัติ มาตรา 40 Trademarks Act 1995 ได้กำหนดว่าการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องถูกปฏิเสธ ถ้าหากเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมได้ กล่าวคือ ไม่สามารถแสดงหรืออธิบายความแตกต่างของเครื่องหมายที่ยื่นคำขอจดทะเบียนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นได้อย่างชัดเจน จึงไม่อาจได้รับการอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้าได้¹⁴⁹

คู่มือการใช้และพิจารณาเครื่องหมายการค้า

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, 76.

¹⁴⁸ Section 6 of Trademarks Act 1995.

Definitions

“ (1) In this Act, unless the contrary intention appears:

"sign " includes the following or any combination of the following, namely, any letter, word, name, signature, numeral, device, brand, heading, label, ticket, aspect of packaging, shape, colour, sound or scent.”.

¹⁴⁹ Section 40 of Trademarks Act 1995.

Trade mark that cannot be represented graphically

“An application for the registration of a trade mark must be rejected if the trade mark cannot be represented graphically.”.

ส่วนที่ 21 ของเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ข้อ 5.1 ย่อหน้าที่ 2¹⁵⁰

“การแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรม” ประเทศออสเตรเลียไม่เคยมีการให้ความหมายของคำนี้ไว้ แต่คำดังกล่าวนี้ ถือเป็นคำสำคัญหรือกฎเหล็กของการให้คำนิยามตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า

พจนานุกรมกรรม Macquarie ได้ให้ความหมายของคำว่า “Graphic” ไว้ว่าการแสดงออกให้เห็นเป็นภาพ โดยแสดงถึง คำ สัญลักษณ์ ตัวเลขหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเสียงดนตรีโดยการแสดงเป็นโน้ตเพลง

“Represent” หมายความว่า การแสดงให้เห็นถึง คำ สัญลักษณ์หรือสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นถึงเสียงดนตรีโดยการแสดงเป็นตัวโน้ต¹⁵¹

(2) การยื่นขอจดทะเบียน

คู่มือการพิจารณาและตรวจสอบเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure)

ส่วนที่ 21 ข้อ 6.1 (Part 21 – Non-Traditional Signs 6.1)¹⁵² กล่าวถึงวิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายเสียงว่า

- 1) ระบุในคำขอจดทะเบียนว่าจดเสียงเป็นเครื่องหมายการค้า
- 2) ต้องแสดงภาพกราฟฟิกประกอบ (Sub-Registration 4.3(7))¹⁵³ และแสดงรายละเอียดเป็นคำบรรยายของเสียงหากไม่ได้มีลักษณะเป็นเสียงดนตรี เช่น “Clip, Clop, Moo”

¹⁵⁰ Trade mark manual and procedure.

Part 21 non-tradition sign 5.1 paragraph 2

“Represented graphically” have not been defined in Australia, It is appropriate to take as their meaning the common, ordinary meaning they would be given by an ordinary person reading them – the so-called “golden rule” of statutory interpretation.

The Macquarie Dictionary gives graphical as the equivalent of graphic, and defines “Graphic” as follows: “2. Pertaining to the use of diagrams, graphs, stand for, mathematics curves, or the like; diagrammatic. 3. Pertaining to writing: graphic symbols”

“Represent” is defined as: “1. to serve to express, designate, stand for, denote, as a word, symbol, or the like; symbolize...to present musical sounds by notes.”.

¹⁵¹ Australia Government IP Australia, **Trade Mark Manual of Practice and Procedure** [Online], 15 April 2010a. Available from http://www.ipaustralia.gov.au/pdfs/trademarkmanual/trade_marks_examiners_manual.htm.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ The regulations 4.3. Representation of trade marks.

เป็นเสียงร้องของวัว คำบรรยายต้องชัดเจนและมีความแน่นอน กรณีที่เสียงที่ต้องการจดทะเบียนเป็นเสียงดนตรีให้แสดงเป็นโน้ตดนตรี (หากเหมาะสม) หรือแสดงเป็นบันไดเสียง (Score of Tune) โดยมีคำบรรยายประกอบก็ได้

3) ยื่นสำเนาเสียง ในรูปแบบ CDs DVDS MP3 หรือในรูปแบบของวัสดุที่ใช้บันทึกข้อมูลที่เหมาะสม โดยสามารถยื่นได้ภายหลังในกรณีที่เป็น

4) ผู้ตรวจสามารถเรียกร้องให้ส่งข้อมูลเพิ่มเติมได้และในกรณีที่รายละเอียดคำบรรยายไม่เพียงพอผู้ยื่นคำขออาจขอให้ยื่นเพิ่มเติมได้ ตาม Sub-Registration 4.3 (8)¹⁵⁴

ตัวอย่าง

“The Trade Mark is a Sound Mark. It Comprises the Sound of Dogs Barking to the Traditional Tune “Green Sleeves” as Rendered in the Audio Tape Accompanying the Application”¹⁵⁵ กล่าวคือ เครื่องหมายเสียง คือ เครื่องหมายการค้าโดยเครื่องหมายเสียงนั้นประกอบด้วยเสียงของสุนัขเห่าในระดับเสียงปกติ “Green Sleeves” ทำการบันทึกเสียงเพลงลงในตลับเทป

“The Trade Mark Consist of Two Steps Taken by Cow on Payment, Followed by the Sound of a Cow Mooing (Clip, Clop, Moo) as Rendered in the Recording Accompanying the Application”¹⁵⁶

เครื่องหมายการค้าประกอบไปด้วยเสียงของการส่งเสียงร้องของวัว (Clip, Clop, Moo) ทำให้เป็นสิ่งบันทึกเสียงในการยื่นคำขอจดทะเบียนเพื่อความชัดเจน

“(7) If a trade mark for which registration is sought contains or consists of a sign that is a colour, scent, shape, sound or an aspect of packaging, or any combination of those features, the application for registration of the trade mark must include a concise and accurate description of the trade mark.”.

¹⁵⁴ The regulations 4.3. Representation of trademarks.

“(8) If the Registrar reasonably believes that the description or representation of a trade mark in an application for registration of the trade mark does not:

- (a) demonstrate the nature of the trade mark sufficiently; or
- (b) show each feature of the trade mark sufficiently;

to permit proper examination of the trade mark, the Registrar may require the applicant to give to the Registrar:

- (c) a description, or further description, of the trade mark; and
- (d) a specimen of the trade mark.”.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid.

(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้

คู่มือการพิจารณาเครื่องหมายการค้า (Trade Mark Manual and Procedure (TMMP)) ข้อ 6¹⁵⁷ เสียง (เครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวกับการได้ยิน (Auditory Trade Marks))

1) ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของมันเองทำให้สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของผู้หนึ่งออกจากผู้อื่นได้

2) คำนึงถึงคำตัดสินในคดี W&G Du Cros Appn [1993] 30 RPC 660 at 662¹⁵⁸ ในการพิจารณาด้วยว่าผู้ค้ารายอื่นอาจต้องการหรือจำเป็นที่จะใช้เสียงเดียวกันนี้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึง 2 หลักเกณฑ์เป็นหลัก

(2.1) ต้องไม่มีลักษณะเป็นหน้าที่การทำงาน เช่น เสียงเครื่องยนต์ของจักรยานยนต์ สำหรับผู้ค้าจำพวกรถจักรยานยนต์ เสียงไซเรน ฯลฯ

(2.2) ไม่เป็นลักษณะทั่วไปในทางการค้าประเภทนั้นและในสังคมโดยกว้าง

3) มีการประดิษฐ์ที่เพียงพอให้เกิดลักษณะบ่งเฉพาะ เช่น

- เสียงสุนัขหอน สำหรับไวน์ เบียร์และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
- เสียงเด็กหัวเราะ สำหรับบริการที่ปรึกษาด้านภาษี
- เสียงผู้ยื่นคำขอร้องเพลงโฆษณา สำหรับสินค้าหรือบริการทั่วไป

ตัวอย่างที่มีการปรับเปลี่ยนให้มีลักษณะบ่งเฉพาะที่ไม่เพียงพอเป็นเสียงซึ่งมักใช้กันโดยทั่วไปซึ่งผู้ค้ารายอื่นอาจต้องการใช้ เช่น เสียงสำหรับ บริการรับเลี้ยงเด็กหรือการรักษาพยาบาล

ตัวอย่างที่ไม่มีการปรับเปลี่ยนให้มีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าผู้ค้าในสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันต้องการใช้ตาม Section 41 (6)¹⁵⁹ ในกรณีนี้หากสามารถแสดงในที่ยื่นจดทะเบียนว่าเสียงดังกล่าวสามารถทำให้ผู้บริโภคแยกแยะสินค้าหรือบริการของตนออกจากของผู้อื่นได้ เช่น

- เสียงกระจกแตกสำหรับบริการซ่อมกระจก
 - เสียงบางส่วนของเพลงที่โด่งดัง สำหรับบริการประเภทการแสดงดนตรีโอเปร่า¹⁶⁰
- ตัวอย่างเครื่องหมายการค้าเสียง

1) เครื่องหมายการค้าเสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์ เลขที่ทะเบียน 1016245¹⁶¹ ของบริษัท Nokia Corporation กับสินค้าในจำพวก 9 รายการสินค้าที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์

¹⁵⁷ Australia Government IP Australia, Trade Mark Manual of Practice and Procedure, 78.

¹⁵⁸ Ibid, 79.

¹⁵⁹ Ibid, 79.

¹⁶⁰ Ibid, 79.

โดยผู้จดทะเบียนแสดงให้เห็นความมีตัวตนหรือลักษณะพิเศษเฉพาะของเครื่องหมายการค้าด้วยวิธีการใช้โน้ตดนตรีและบรรทัดห้าเส้น ปรากฏตามตัวอย่างรูปที่แสดงดังนี้

ภาพที่ 3.1: เสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์ของบริษัท Nokia Corporation



ที่มา: Trademarkify. (2014b). *Australian Trademark No. 1016245*. Retrieved from http://www.trademarkify.com.au/trademark/1016245?i=-Nokia_Corporation#.U2-DLoGSwvY.

2) เครื่องหมายการค้าเสียงของบริษัท Mc Cain Foods (Australia) Pty Ltd (CAN 000629587) เลขที่จดทะเบียน 759707 มีคำบรรยายว่า A “Ping” Sound Followed by the Words “You’ve Done It Again.” สำหรับสินค้าและบริการ ผักและผลไม้แช่แข็งรวมทั้งขั้นตอนการเตรียมการนำไปแช่แข็งและสิ่งที่สามารถนำไปเป็นอาหารได้ประกอบด้วย ผัก เนื้อ ปลา สัตว์ปีก และเนื้อล่ามาได้ ขั้นตอนการแช่แข็งอาหาร รวมทั้งขั้นตอนการเตรียมการแช่แข็งของอาหารสำเร็จ พืชชา พาย การแช่แข็งขนมเค้กและผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับขนมปัง รวมทั้งการแช่แข็งขนมเค้ก¹⁶²

6) เครื่องหมายการค้ากลิ่น ประเทศออสเตรเลีย

(1) บทบัญญัติของกฎหมาย

บทบัญญัติ มาตรา 6 Trademarks Act 1995. ได้ให้คำนิยามของคำว่าเครื่องหมายไว้ว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่ารวมถึงเครื่องหมายเสียงและกลิ่นด้วย ดังนั้น ประเทศออสเตรเลียจึงให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย¹⁶³

¹⁶¹ Trademarkify, **Australian trademark no. 1016245** [Online], 11 May 2014b. Available from http://www.trademarkify.com.au/trademark/1016245?i=-Nokia_Corporation#.U2-DLoGSwvY.

¹⁶² Trademarkify, **AH Mccain “you’ve done it again” trademark** [Online], 11 May 2014a. Available from http://www.trademarkify.com.au/trademark/759707?i=AH_MCCAIN_YOU_VE_DONE_IT_AGAIN-McCain_Foods_Aust_Pty_Ltd_ACN_000629587#.U2-IFYGSwvY.

¹⁶³ Section 6 of Trademarks Act 1995.

Definitions

“ (1) In this Act, unless the contrary intention appears:

ข้อ 4.3 รูปแบบการแสดงออกของเครื่องหมายการค้า¹⁶⁴

บทบัญญัติ มาตรา 40 Trademarks Act 1995. ได้กำหนดว่าการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องถูกปฏิเสธ ถ้าหากเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมได้ กล่าวคือ ไม่สามารถแสดงหรืออธิบายความแตกต่างของเครื่องหมายที่ยื่นคำขอจดทะเบียนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นได้อย่างชัดเจน จึงไม่อาจได้รับการอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้าได้¹⁶⁵

คู่มือการใช้และพิจารณาเครื่องหมายการค้า

ส่วนที่ 10 เป็นส่วนของรายละเอียดที่ต้องการในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า¹⁶⁶

ส่วนที่ 21 ของเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ข้อ 5.1 ย่อหน้าที่ 2¹⁶⁷

“การแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรม” ประเทศออสเตรเลียไม่เคยมีการให้ความหมาย

"sign " includes the following or any combination of the following, namely, any letter, word, name, signature, numeral, device, brand, heading, label, ticket, aspect of packaging, shape, colour, sound or scent.”.

¹⁶⁴ Australia Government IP Australia, **Trade Mark Manual of Practice and Procedure**, 78.

¹⁶⁵ Section 40 of Trademarks Act 1995.

Trade mark that cannot be represented graphically

“An application for the registration of a trade mark must be rejected if the trade mark cannot be represented graphically.”.

¹⁶⁶ Australia Government IP Australia, **Trade Mark Manual of Practice and Procedure**, 78.

¹⁶⁷ Trade mark manual and procedure.

Part 21 non-tradition sign 5.1 paragraph 2

“Represented graphically” have not been defined in Australia, It is appropriate to take as their meaning the common, ordinary meaning they would be given by an ordinary person reading them – the so-called “golden rule” of statutory interpretation.

The Macquarie Dictionary gives graphical as the equivalent of graphic, and defines “Graphic” as follows: “2. Pertaining to the use of diagrams, graphs, stand for, mathematics curves, or the like; diagrammatic. 3. Pertaining to writing: graphic symbols”

“Represent” is defined as: “1. to serve to express, designate, stand for, denote, as a word, symbol, or the like; symbolize...to present musical sounds by notes.”.

ของคำนี้ไว้ แต่คำดังกล่าวนี้ ถือเป็นคำสำคัญหรือกุญแจหลักของการให้คำนิยามตามกฎหมาย เครื่องหมายการค้า

พจนานุกรมกรรม Macquarie ได้ให้ความหมายของคำว่า “Graphic” ไว้ว่าการ แสดงออกให้เห็นเป็นภาพ โดยแสดงถึง คำ สัญลักษณ์ ตัวเลขหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเสียงดนตรีโดยการแสดงเป็นโน้ตเพลง

“Represent” หมายความว่า การแสดงให้เห็นถึง คำ สัญลักษณ์หรือสัญลักษณ์ที่ แสดงให้เห็นถึงเสียงดนตรีโดยการแสดงเป็นตัวโน้ต¹⁶⁸

(2) การยื่นขอจดทะเบียน

คู่มือการพิจารณาและวิธีปฏิบัติของสำนักงานเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure)

ในส่วนของ 10 นี้เป็นส่วนของรายละเอียดหรือวิธีที่จะยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า (Part 10 – Details of Formality Requirements)¹⁶⁹

ในข้อที่ 3. เป็นการอธิบายลักษณะของเครื่องหมายการค้าโดยทั่วไปที่จะใช้เป็น เครื่องหมายที่จะนำมายื่นขอจดทะเบียน (Representation of the Trade Mark – General)

ในข้อ 3.4 เป็นการอธิบายถึงวิธีการยื่นจดทะเบียนของเครื่องหมายการค้ากลิ่น (Scent Trademarks)

1) ระบุในคำขอจดทะเบียนว่ายื่นขอจดกลิ่นเป็นเครื่องหมายการค้า¹⁷⁰

2) ระบุ (บรรยาย) ว่าลักษณะกลิ่นเป็นเช่นไร โดยต้องมีความชัดเจนแน่นอน เช่น กลิ่นของแอปเปิ้ล “The Scent of Apple Blossom” และใช้กับสินค้าหรือบริการประเภทใด เช่น กลิ่นของแอปเปิ้ลใช้กับสินค้ายางรถยนต์ “The Scent of Apple Blossom Applied to Car Tyres” ในกรณีที่รายละเอียดคำบรรยายไม่เพียงพอผู้ยื่นคำขออาจถูกเรียกให้ยื่นเพิ่มเติมได้ตาม Sub-Regulation 4.3 (8)¹⁷¹

การบรรยายลักษณะของกลิ่นนั้นมีความเพียงพอ แต่ในส่วนของ การวิเคราะห์ในเชิง เทคนิคนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอธิบายประกอบมาในคำขอยื่นจดทะเบียน เนื่องจากบุคคลทั่วไปที่ ค้นหาเครื่องหมายการค้าจากระบบจดทะเบียนไม่สามารถเข้าใจได้ การวิเคราะห์เชิงเทคนิคนั้นมีเพียง เฉพาะกลุ่มที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะกลุ่มนั้นที่เข้าใจคำอธิบายนั้นได้จึงไม่เป็นประโยชน์ต่อคนทั่วไป

¹⁶⁸ Australia Government IP Australia, **Trade Mark Manual of Practice and Procedure**, 78.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ The Regulations 4.3.(8) Representation of trademarks.

3) ตัวอย่างกลิ่น (ถ้ามี) อย่างไรก็ตามแม้ไม่ยื่นพร้อมคำขอจดทะเบียน อาจต้องยื่นภายหลังในขั้นตอนการตรวจสอบ¹⁷²

(3) ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้

คู่มือการพิจารณาและวิธีปฏิบัติของสำนักงานเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure)

ในส่วนที่ 21 ข้อ 7 ได้มีการกล่าวถึงเครื่องหมายการค้ากลิ่น (Non-Tradition Sign 7. Scent Trademarks.)¹⁷³

ในข้อที่ 7.1 ได้มีการกล่าวถึงลักษณะการนำเสนอและการบรรยายเครื่องหมายการค้ากลิ่น (Presentations and Descriptions of Scent Trade Marks) ไว้ว่า

1) ต้องแสดงลักษณะของกลิ่นที่ยื่นขอจดทะเบียน

(1.1) กลิ่นมีลักษณะเช่นไร

(1.2) จะใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นอย่างไร เช่น

มีคำบรรยายสินค้าว่า “The Trade Mark is a Scent Mark. It Consists of the Smell of Roses Applied to Plastic Storage Boxes for Domestic Purpose” กล่าวคือ เครื่องหมายกลิ่น คือ เครื่องหมายการค้า ซึ่งประกอบไปด้วยกลิ่นของดอกกุหลาบที่นำไปใช้กับสินค้ากล่องพลาสติก

มีคำบรรยายสินค้าว่า “The Mark Comprises the Strong Smell of Bitter Beer Applied to the Flights of Darts” กล่าวคือ เครื่องหมายซึ่งประกอบไปด้วยกลิ่นรุนแรงของเบียร์ที่มีรสชาติขมนำไปใช้กับสินค้าลูกดอก

ซึ่งการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนนั้น จะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะสามารถทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจและสามารถระบุแหล่งที่มาของเครื่องหมายได้ว่าสินค้าที่นำมายื่นขอจดทะเบียนนั้นมาจากแหล่งใด ซึ่งหากมีการนำวิธีการวิเคราะห์ทางเทคนิคหรือทางระบบจุ่มกือเล็กทรอนิกส์ (Electronics Nose) คือ มีการใช้เครื่องมือที่มีความทันสมัยที่ใช้สำหรับตรวจสอบกลิ่นว่ากลิ่นนั้นเป็นกลิ่นใด เช่น Infrared Spectroscope, Fractional and Molecule Distillation Nuclear Magnetic Resonance การใช้วิธีดังที่ได้ยกตัวอย่างมานั้นไม่

¹⁷² Australia Government IP Australia, Trade Mark Manual of Practice and Procedure, 78.

¹⁷³ Ibid, 83.

ถือว่าการแสดงลักษณะของกลิ่นที่สามารถนำมาจดทะเบียนได้¹⁷⁴ การแสดงให้เห็นถึงรูปธรรมของเครื่องหมายที่นำมาขึ้นของจดทะเบียนนั้นต้องมีความกระชับ ชัดเจน

2) ไม่ใช่กลิ่นที่ผู้ค้ารายอื่นต้องการหรือมีความจำเป็นต้องใช้กลิ่นดังกล่าวนั้นในทางการค้าโดยทั่วไป โดยผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้นมิได้ตั้งใจโดยสุจริตที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าหรือบริการที่จดทะเบียนไว้ แต่มีสาเหตุมาจากพฤติการณ์พิเศษในทางการค้า¹⁷⁵

3) ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของผู้ค้ารายหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของผู้ค้าอีกรายหนึ่งได้¹⁷⁶

ลักษณะของกลิ่นที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

คู่มือการพิจารณาและวิธีปฏิบัติของสำนักงานเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure)

ในส่วนที่ 21 ข้อที่ 7.2.1 จะเป็นการกล่าวถึงลักษณะของเครื่องหมายกลิ่น (Part 21 – Non-Traditional Signs 7.2.1)¹⁷⁷ กล่าวคือ

(1) กลิ่นธรรมชาติของผลิตภัณฑ์นั้นเป็นสินค้าที่มีกลิ่นในตัวเองหรือจากธรรมชาติของสินค้า ดังนั้น กลิ่นจึงโยงให้นึกถึงตัวสินค้า ไม่ใช่แหล่งที่มาของสินค้า สินค้าประเภท เครื่องหอม, น้ำหอม, น้ำมันหอมระเหยสำหรับเครื่องหอมหรือสำหรับทำอาหาร ตัวอย่างกลิ่น เช่น กลิ่นช็อคโกแลตหรือวนิลาสำหรับผลิตภัณฑ์เบเกอรี่¹⁷⁸

(2) กลิ่นที่ใช้ในการกลบกลิ่นของผลิตภัณฑ์ในกรณีนี้ ถือว่ากลิ่นนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นหน้าที่การทำงานของสินค้าและไม่มีลักษณะที่สามารถเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ อีกทั้งยังใช้เป็นการทั่วไปในทางการค้าปกติ ตัวอย่างกลิ่น เช่น กลิ่นมะนาวใช้ในอุตสาหกรรมน้ำยาฟอกสีผ้า ผลิตภัณฑ์ซักผ้ากลิ่นลาเวนเดอร์ใช้ในสินค้าประเภทพรม¹⁷⁹

(3) กลิ่นที่ใช้ในทางการค้าทั่วไปของประเภทสินค้าหรือบริการนั้น ที่ไม่เป็นหน้าที่ในการทำงาน เป็นแต่เป็นสิ่งตกแต่งเพิ่มเติมดึงดูดผู้บริโภค สินค้าประเภทนี้ผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายไม่มองว่ากลิ่นดังกล่าวเป็นสิ่งแสดงแหล่งที่มาของสินค้า เช่น กลิ่นมะนาวซึ่งมีการใช้เป็นน้ำยาล้างจานมาเป็นระยะเวลายาวนาน¹⁸⁰

¹⁷⁴ Ibid, 83.

¹⁷⁵ Ibid, 83.

¹⁷⁶ Ibid, 83.

¹⁷⁷ Ibid, 83.

¹⁷⁸ Ibid, 83.

¹⁷⁹ Ibid, 83.

¹⁸⁰ Ibid, 83.

ลักษณะของกลิ่นที่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะ

ต้องประกอบไปด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) ไม่ใช่ลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้าหรือกล่าวคือเป็นสิ่งที่แยกจากสินค้า
- (2) ไม่ใช่กลิ่นที่ใช้กันโดยทั่วไป (คาดหมายได้ว่าใช้กัน) ของสินค้าประเภทนั้น
- (3) กลิ่นนั้นถูกใช้เพื่อเป็นสิ่งระบุแหล่งที่มาของสินค้า เช่น กลิ่นผลไม้สำหรับน้ำมันเครื่อง กลิ่นเบียร์ สำหรับลูกดอก¹⁸¹

ตัวอย่างเครื่องหมายการค้ากลิ่น

- 1) เครื่องหมายการค้ากลิ่นมะนาวของบริษัท D J Tobacco Co., Ltd. คำขอเลขที่ 936188 ใช้กับสินค้าประเภทบุหรี่ (The Trade Mark Comprises the Smell of Lemon for Tobacco.)¹⁸²
- 2) เครื่องหมายการค้ากลิ่นกาแฟ คำขอเลขที่ 821444 ใช้สำหรับสินค้าเครื่องสำอาง (The Trade Mark Comprises the Scent of COFFEE Fragrance for Self Tan Lotions and Hair Lotions, Sun-Preparation.) กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าประกอบไปด้วยกลิ่นหอมของกาแฟ ใช้สำหรับครีมบำรุงผิว ครีมบำรุงผมและเป็นครีมกันแดด¹⁸³

จากการศึกษาบทนี้ทำให้ทราบว่ามีความหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาใดบ้างที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นและทำให้ทราบว่ากฎหมายภายในแต่ละประเทศนั้นได้มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นอย่างไร โดยมีบทบัญญัติกฎหมายให้คุ้มครองเครื่องหมายทั้งสองด้วย พร้อมอีกทั้งมีตัวอย่างเครื่องหมายที่ทั้งได้รับการอนุญาตและไม่ได้รับอนุญาต ให้ความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นประกอบ ดังนั้น จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศจะสามารถทำให้ผู้วิจัยทราบลักษณะการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้เพื่อนำมาปรับใช้กับการพิจารณาความเหมาะสมของร่างพระราชบัญญัติของประเทศไทยที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบัน ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

¹⁸¹ Ibid, 83.

¹⁸² Trademarkify, **Australia trademark no.936188** [Online], 12 May 2014c. Available from http://www.trademarkify.com.au/trademark/936188?i=-D_J_Tobacco_Co_Ltd#.U3BvloGSwwY.

¹⁸³ Clarke, B., & Kapnoullas, S., **The new forms of registrable marks: market uptake in first five year** [Online], 12 May 2014. Available from <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2001/4.pdf>.

บทที่ 4

การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ศึกษาร่างพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...

เครื่องหมายการค้า (Trademark) มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจเพราะเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถจดจำสินค้าได้ง่ายและทำให้ผู้ผลิตสามารถโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าได้ง่ายเช่นเดียวกัน เครื่องหมายการค้าที่ดีนั้นต้องสามารถบอกได้ทันทีว่าเป็นสินค้าหรือบริการอะไรทันทีที่ได้พบเห็น เครื่องหมายการค้าจะต้องบ่งชี้ลักษณะความแตกต่างของสินค้าและบริการของบุคคลหรือบริษัทหนึ่ง ๆ ออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลหรือบริษัทอื่น โดยอาจอยู่ในรูปของสัญลักษณ์ เครื่องหมายตัวอักษร ตัวเลข กลุ่มของสีหรือทั้งหมดประกอบกันขึ้นเป็นรูปเฉพาะ โดยจะต้องไม่เป็นการลอกเลียนหรือซ้ำซ้อนกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

จากการศึกษาบทที่ผ่านมาทำให้ทราบได้ว่าเครื่องหมายการค้าในปัจจุบันนั้นกฎหมายนานาประเทศไม่ได้มีการให้ความคุ้มครองอยู่เฉพาะเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยสายตาเท่านั้น แต่ให้ความคุ้มครองไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาอีกด้วย เช่น เครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายกลิ่น เป็นต้น และในปัจจุบันประเทศไทยได้มีความพยายามในการแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เสนอโดยคณะรัฐมนตรีชุดที่มีนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรีและที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ ในคราวประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 24 ปีที่ 1 ครั้งที่ 10 และครั้งที่ 12 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เมื่อวันที่ 24 มกราคม พ.ศ. 2555 และวันพุธที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555 และจากการศึกษาระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 24 ปีที่ 3 ครั้งที่ 22 (สมัยสามัญทั่วไป) วันพุธที่ 6 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 ในเรื่องการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ซึ่งวุฒิสภาลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบแล้ว ที่ประชุมวุฒิสภาได้พิจารณาและลงมติรับร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไว้พิจารณา ในคราวประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 4 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันอังคารที่ 8 มกราคม พ.ศ. 2556 และตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาและเมื่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาเสร็จแล้ว จึงได้เสนอต่อวุฒิสภาพิจารณาและในคราวประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 14 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันอังคารที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2556 ที่ประชุมได้ลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

ในมาตรา 2¹ วุฒิสภาได้เพิ่มเติมกำหนดเวลาการบังคับใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกลืน โดยให้กฎหมายมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนด 2 ปีนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมาตรา 29² เป็นการแก้ไขถ้อยคำให้ถูกต้อง ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ วุฒิสภาส่งคืนสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2556 และเมื่อมีการปิดการอภิปรายที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภาแล้วได้ตั้งกรรมาธิการร่วมกันพิจารณาต่อไปและเนื่องด้วยในขณะที่ผู้วิจัยทำการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มีเหตุการณ์ที่เป็นปัญหาทางด้านการเมืองร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงยังไม่มีควมคืบหน้า³

ซึ่งสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... นี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืน คือ แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ดังต่อไปนี้⁴

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” เพื่อกำหนดให้ความหมายถึงกลืนและเสียงด้วย (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4) เพื่อขยายความคุ้มครองให้เครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนสามารถ

¹ มาตรา 2 แห่งร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

“พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่บทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกลืนให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสองปีนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป”.

² มาตรา 29 แห่งร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

“ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 29/1 ของส่วนที่ 5 การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ในหมวด 1 เครื่องหมายการค้า แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

มาตรา 29/1 ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าย่อมไม่ระงับไปเพราะเหตุการโอนหรือการรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่มีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้านั้น”.

³ ระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร, ระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 24 ปีที่ 3 ครั้งที่ 22 (สมัยสามัญทั่วไป) วันพุธที่ 6 พฤศจิกายน 2556 [Online], 1 กรกฎาคม 2557. แหล่งที่มา <https://edoc.parliament.go.th/Meeting/MeetingViewer.aspx?id=140>.

⁴ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบแล้ว) [Online], 7 กุมภาพันธ์ 2556. แหล่งที่มา http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sn/2556/apl2556-002.pdf.

นำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ (ร่างมาตรา 3)⁵

2) กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของภาพ รูปร่างหรือรูปทรง กลิ่นและเสียง (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสอง) เพื่อให้มีความชัดเจนว่าลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นลักษณะบ่งเฉพาะและเพื่อให้สอดคล้องกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในระดับสากล (ร่างมาตรา 5)⁶

3) แก้ไขเพิ่มเติมให้เครื่องหมายการค้าทุกประเภทสามารถได้มาซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะโดยการจำหน่าย เผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลาย (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสาม) (ร่างมาตรา 6)⁷

4.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ประเทศไทยจึงได้มีความพยายามที่จะแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความทันสมัยและเป็นสากลมากขึ้น โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามคำว่า

⁵ มาตรา 3 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

“ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ กลิ่น เสียงหรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”.

⁶ มาตรา 5 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

“ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2543 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะ...

(1) กลิ่นอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรงหรือกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

(2) เสียงอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงหรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้นหรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น”.

⁷ มาตรา 6 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

“ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) ถึง (2) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณา สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่าเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ”.

“เครื่องหมาย” โดยทำการเพิ่มเติมลักษณะของเสียงและกลิ่นเป็นเครื่องหมายด้วย แต่เนื่องด้วยเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา มีหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาในการรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ครอบคลุมถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย ซึ่งการที่เสียงและกลิ่นจะเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

4.1.1 ต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้า

ตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาตรา 4 วรรคสองได้กำหนดนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้ คือ “เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”⁸ จากบทนิยามดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าสิ่งที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นจะต้องประกอบไปด้วย

4.1.1.1 ต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาตรา 4⁹ ในส่วนของนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างรวมกัน” จะเห็นได้ว่าได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะเครื่องหมายที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเท่านั้น มิได้ให้ความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายเสียงและกลิ่นด้วย จึงส่งผลให้ประเทศไทยต้องมีการแก้ไขนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” เพิ่มเติมตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ที่กำลังพิจารณาอยู่โดยมีใจความว่า “มาตรา 3 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

“ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ กลิ่น เสียงหรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”¹⁰

ดังนั้น หากร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... นี้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ นิยามของคำว่า เครื่องหมาย ย่อมให้หมายรวมถึงเสียงและกลิ่นด้วย

⁸ มาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

⁹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

¹⁰ มาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

4.1.1.2 ต้องใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวกับสินค้า

เครื่องหมายที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น เจ้าของเครื่องหมายจะต้องมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายนั้นกับสินค้าหรือบริการของตน โดยการติดตรึงสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายของตนลงไว้บนสินค้าหรือบริการนั้น เพื่อแสดงความเป็นเจ้าของในสินค้าหรือบริการนั้น อีกทั้งใช้เครื่องหมายนั้นเป็นการหวังกันไม่ให้บุคคลอื่นคิดที่จะใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายของตนเพื่อแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายและยังทำให้ผู้บริโภคที่พบเห็นเครื่องหมายหรือเคยบริโภคสินค้านั้นสามารถจำได้ว่าเครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นมีแหล่งที่มาจากแหล่งใด และมีคุณภาพอย่างไร เพื่อแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของตนออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นได้¹¹

ในส่วนของเครื่องหมายเสียงและกลิ่นนั้นจากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... น่าจะสามารถทำได้โดยนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการใช้ในลักษณะเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาได้เช่นเดียวกัน แต่ในเรื่องของลักษณะบ่งเฉพาะมีอาจนำไปใช้กับเสียงและกลิ่นได้เพราะลักษณะบ่งเฉพาะที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ ซึ่งจะอธิบายโดยละเอียดต่อไป ซึ่งการที่ประเทศไทยมีความพยายามที่จะนำเสียงและกลิ่นมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้านั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือที่ผ่านมาในประเทศไทยก็มีการใช้เครื่องหมายเสียงมาโดยตลอดและบุคคลทั่วไปก็สามารถจดจำและแยกแยะสินค้านั้นออกจากสินค้าประเภทอื่นได้ เช่น เสียงรถไถศกรีมวอลล์ เสียงเปิดรายการของช่องโทรทัศน์ต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งหากมีการใช้เสียงและกลิ่นเป็นเครื่องหมายการค้าได้ก็จะเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ แต่ก็ยังมีข้อเสีย คือ ประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในเรื่องของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์ ลักษณะบ่งเฉพาะ เจ้าหน้าที่ การพิสูจน์ความแตกต่างของเครื่องหมายดังกล่าว เป็นต้น

4.1.1.3 แสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านี้แตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

เครื่องหมายที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น เครื่องหมายนั้นจะต้องมีลักษณะที่โดดเด่นมากพอที่จะสามารถทำให้ผู้บริโภคสินค้าหรือบริการหรือบุคคลโดยทั่วไปแยกแยะความแตกต่างของสินค้านั้นออกจากสินค้าหรือบริการของรายอื่นได้

¹¹ ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2555), 36-37.

ซึ่งกรณีเสียงนั้น เสียงดังกล่าวจะต้องไม่ใช่เพียงเสียงธรรมดาสามัญที่บุคคลทั่วไปเข้าใจหรือเป็นเพียงท่วงทำนองที่ไม่มีลักษณะที่โดดเด่นหรือมีลักษณะที่มีความยาวที่มากเกินไปจนส่งผลให้บุคคลโดยทั่วไปไม่สามารถที่จะจดจำหรือแยกความแตกต่างขอสินค้านั้นออกจากสินค้าอื่นได้ ฉะนั้นเสียงดังกล่าวต้องมีความสะดุดหู กระชับไม่ยาวมากเกินไป มีความโดดเด่นและมีความคิดสร้างสรรค์ที่แปลกใหม่เพื่อหาลักษณะเฉพาะของเสียงนั้น

ส่วนของกลิ่นที่นำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้านั้น หากว่ากลิ่นนั้นเป็นกลิ่นที่มีอยู่ตามธรรมชาติและนำมาปรับใช้กับสินค้าหรือบริการที่โดยสภาพไม่มีกลิ่นโดยตัวเอง กลิ่นดังกล่าวย่อมสามารถแยกแยะความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการของคนอื่นได้ ซึ่งสินค้าหรือบริการเหล่านี้จะต้องไม่มีส่วนผสมอันเป็นที่มาของกลิ่นด้วย

4.1.2 เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาตรา 7¹² วรรคหนึ่ง ได้อธิบายความหมายของลักษณะบ่งเฉพาะไว้ว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ถ้ากล่าวถึงเครื่องหมายเสียงและกลิ่นแล้วหากผู้ที่ต้องการขอจดทะเบียนเสียงและกลิ่นเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เสียงและกลิ่นดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคหนึ่งนี้ กล่าวคือ เครื่องหมายเสียงและกลิ่นที่จะมีลักษณะบ่งเฉพาะได้นั้น เครื่องหมายนั้นจะต้องสามารถทำให้บุคคลโดยทั่วไปสามารถที่จะแยกสินค้าของตนออกจากสินค้าของบุคคลอื่นได้ ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 7 วรรคหนึ่งที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้

¹² มาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

ในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง¹³ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 นี้เป็นลักษณะบังเฉพาะในตัวเอง กล่าวคือ ลักษณะบังเฉพาะที่มีอยู่ตั้งแต่สร้างเครื่องหมายนั้นขึ้นมา กล่าวคือ เครื่องหมายการค้านั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับตัวสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายนั้น เช่น คำว่า Samsung ซึ่งนำมาปรับใช้กับสินค้าประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้าต่าง ๆ มีความหมายว่า “สามดาว”¹⁴ ทำให้เห็นได้ว่า คำดังกล่าวนี้ไม่ได้มีการบรรยายหรือแสดงถึงคุณภาพของสินค้า ซึ่งเป็นคำในภาษาเกาหลีและคำว่า Samsung เมื่อมีการนำมาใช้ในประเทศไทยจึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าเลยเพราะเป็นคำในภาษาต่างประเทศ คนไทยโดยทั่วไปไม่มีความเข้าใจในความหมายของคำดังกล่าวนี้ แต่ถ้าหาก ใช้คำว่า รสดี ปรับใช้กับสินค้าประเภทอาหาร ซึ่งในกรณีนี้คำดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้อันเนื่องมาจากคำนี้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าประเภทอาหารโดยตรงเพราะเป็นการแสดงให้เห็นว่าสินค้าประเภทนี้มีรสชาติของอาหารที่อร่อย เป็นต้น ซึ่งในมาตรา 7 วรรคสอง (1) - (6) นี้ในแต่ละข้อต่างไม่เกี่ยวข้องกัน หมายความว่า แม้เครื่องหมายการค้าใดจะไม่เข้าข่ายมีลักษณะบังเฉพาะในข้อใด เครื่องหมายนั้นก็อาจเข้าข่ายมีลักษณะบังเฉพาะในข้ออื่นได้

ในส่วนของมาตรา 5¹⁵ (แก้ไขมาตรา 7 วรรคสอง) ตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... บัญญัติว่า

¹³ มาตรา 7 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่า มีลักษณะบังเฉพาะ

(1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(2) คำหรือข้อความอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงและไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(3) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ หรือตัวหนังสือ ตัวเลข หรือคำที่ประดิษฐ์ขึ้น

(4) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียนหรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว

(5) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามี แล้ว

(6) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น”.

¹⁴ วีชระ หิรัญโสทร, *วิวัฒนาการสำคัญมากกว่าที่จะมาเป็น Samsung* [Online], 4 ธันวาคม 2557. แหล่งที่มา <http://news.siamphone.com/news-15121.html>.

¹⁵ มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

“ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2543 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามิได้มีลักษณะบ่งเฉพาะ

(1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(2) คำหรือข้อความอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงและไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(3) คำประดิษฐ์

(4) ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์

(5) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ

(6) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียน หรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว

(7) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้อนุญาตจากบุคคลนั้นแล้วหรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดานและคู่สมรสของบุคคลนั้นแล้ว

(8) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น

(9) ภาพอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงและไม่เป็นภาพแผนที่หรือภาพแสดงสถานที่ทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(10) รูปร่างหรือรูปทรงอันไม่เป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้านั้นเองหรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิคของสินค้านั้นหรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่ทำให้สินค้านั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้น

(11) กลิ่นอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงหรือกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

(12) เสียงอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงหรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้นหรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น”

จากบทบัญญัติร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...มีความประสงค์ ยกเลิกมาตรา 7 วรรคสองที่บังคับใช้ในปัจจุบันและให้ใช้ข้อความดังกล่าวข้างต้นแทนคือ (1) - (12) แทน (1) - (6) เดิม โดยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงค่อนข้างมากเพราะมีทั้งการแยกลักษณะบางลักษณะออก

จากข้อเดียวกันเพื่อให้มีความชัดเจนมากขึ้นและยังมีการเพิ่มเติมลักษณะบ่งเฉพาะใหม่ขึ้นด้วย เช่น ลักษณะของรูปร่างรูปทรง กลิ่น เสียง ภาพแผนที่ เป็นต้น

4.1.2.1 ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายกลิ่น

ในส่วนของลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายกลิ่นนั้น ตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ได้บัญญัติว่า “(11) กลิ่นอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง หรือกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น” สามารถแยกอธิบายได้ดังนี้คือ

(1) ความหมายของลักษณะสินค้า

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ก็ไม่ได้มีการนิยามความหมายคำว่าลักษณะสินค้าไว้ แต่ถ้าหากพิจารณาความหมายของคำว่า “ลักษณะ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ซึ่งได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า คือ สมบัติเฉพาะตัว เช่น น้ำมีลักษณะเป็นของเหลว ลูกบิลเลียดมีลักษณะกลม ลูกเต๋ามีลักษณะเหลี่ยม¹⁶ และเมื่อพิจารณาการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ยื่นต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาพบว่าได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตรวจสอบและสั่งการของพนักงานเจ้าหน้าที่และนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า ในด้านการตรวจสอบและการคัดค้านเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ในกรณีการพิจารณาประเด็นคำหรือข้อความอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงและไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดมีลักษณะการพิจารณา คือ¹⁷

คำหรือข้อความอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง จะต้องมิลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) เป็นคำหรือข้อความที่มีความหมายหรือคำแปล รวมทั้งคำที่เขียนขึ้นตามสำเนียงเรียกขานของคำในภาษาอื่น (คำทับศัพท์) ที่มีความหมายหรือคำแปล
- 2) ความหมายของคำหรือข้อความ ไม่ได้เล็งถึงลักษณะของสินค้าโดยตรง (เล็งถึงลักษณะของสินค้า หมายถึง การสื่อความหมายหรือบรรยายถึงรูปลักษณะของสินค้า)
- 3) ความหมายของคำหรือข้อความไม่ได้เล็งถึงคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง (เล็งถึงคุณสมบัติของสินค้า หมายถึง การแสดงถึงสรรพคุณหรือการใช้งานของสินค้า) ...

¹⁶ บริษัท สนุก ออนไลน์ จำกัด, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน [Online], 21 พฤษภาคม 2557. แหล่งที่มา <http://dictionary.sanook.com/search/dict-th-th-royal-institute>.

¹⁷ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2539 [Online], 9 เมษายน 2540. แหล่งที่มา http://www.ipthailand.go.th/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=572&Itemid=237.

เมื่อได้พิจารณาในประเด็นข้อ 2) แล้วก็พบว่าได้มีการให้ความหมายเกี่ยวกับลักษณะของสินค้าไว้คือการสื่อความหมายหรือบรรยายถึงรูปลักษณะของสินค้า ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากทั้งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ประกอบกับคำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 ก็จะทำให้พบว่าความหมายของลักษณะสินค้านั้น คือ รูปลักษณะภายนอกของสินค้าที่สามารถสัมผัสได้ทางประสาทสัมผัสต่าง ๆ¹⁸ ซึ่งน่าจะเป็นหลักที่เพียงพอที่จะใช้การพิจารณาถึงลักษณะของสินค้าในการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะในกรณีดังกล่าว

ซึ่งเมื่อนำหลักการพิจารณาความหมายของคำว่า “ลักษณะ” ดังกล่าวข้างต้นนำมาพิจารณาประกอบกับเครื่องหมายกลิ่นแล้ว สามารถอธิบายได้ว่า ลักษณะของสินค้าที่มีกลิ่นเป็นเครื่องหมายนั้น น่าจะหมายถึงตัวของสินค้าหรือบริการประเภทหนึ่ง ๆ โดยที่ตัวสินค้านั้นสามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่าหรือสามารถสื่อความหมายถึงตัวสินค้าได้โดยมีส่วนของกลิ่นเป็นส่วนประกอบสำคัญในตัวสินค้านั้นเพื่อทำให้สินค้าหรือบริการนั้นแตกต่างจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นได้ เช่น สินค้าประเภทยางรถยนต์¹⁹ เป็นสินค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาได้ สามารถทราบลักษณะของสินค้านี้ได้ คือ ลักษณะของสินค้าที่มีลักษณะที่เป็นวงกลม ผิวสัมผัสมีลักษณะขรุขระหรือที่เรียกว่าดอกยาง เมื่อนำกลิ่นของดอกกุหลาบไปเป็นกลิ่นของสินค้าประเภทนี้ ทำให้สินค้านี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากสินค้าอื่น ๆ เป็นต้น ดังนั้น ลักษณะของสินค้าน่าจะหมายถึงรูปลักษณะภายนอกของสินค้านั้นที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตามเปล่าได้หรือสื่อความหมายถึงตัวสินค้าและสามารถสัมผัสได้

(2) ความหมายของคุณสมบัติของสินค้า

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ก็ไม่ได้มีการนิยามความหมายของคำดังกล่าวไว้ แต่ถ้าหากพิจารณาความหมายของคำว่า “คุณสมบัติ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ซึ่งได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า คือ คุณงามความดี คุณลักษณะประจำตัวของบุคคล²⁰ และจากคำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้าก็ได้มีการระบุในเรื่อง “การเล็งถึงคุณสมบัติของสินค้า” ไว้ในข้อ 1) และ 3) ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น หมายถึง การแสดงถึงสรรพคุณหรือการใช้งานของสินค้า

จากการวิเคราะห์คำว่า “การเล็งถึงคุณสมบัติของสินค้า” ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 และจากคำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า ก็ทำให้พบว่าคุณสมบัติของ

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, 95.

¹⁹ Schaal, C., *The Registration of Smell Trademarks in Europe: Another EU Harmonisation Challenge* [Online], 12 May 2014. Available from <http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>.

²⁰ บริษัท สุนัข ออนไลน์ จำกัด, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน, 95.

สินค้า หมายถึงการแสดงถึงลักษณะในด้านการใช้งาน (Function) สรรพคุณ ซึ่งการเห็นว่าเป็นคุณสมบัติของสินค้าจากการได้เริ่มมีการใช้งานเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการนั้น ๆ²¹

เมื่อพิจารณาจากความหมายคำว่า “คุณสมบัติของสินค้า” ดังกล่าวข้างต้นนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายกอล์ฟ สามารถอธิบายได้ว่าคุณสมบัติของสินค้า น่าจะหมายถึงหน้าที่ของการทำงานของสินค้านั้น ๆ ว่าสินค้านั้นมีลักษณะของการทำงานอย่างไรหรือเรียกง่าย ๆ ว่าสินค้านั้นใช้งานทำอะไร เมื่อได้มีการนำกอล์ฟชนิดหนึ่งมาใช้กับสินค้าประเภทนี้ทำให้สินค้าหรือบริการนั้นแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นได้ เช่น ลูกเทนนิส มีลักษณะที่กลม เป็นต้น โดยคุณสมบัติของสินค้าประเภทนี้ คือ ใช้เล่นคู่กับไม้ตีเทนนิส เป็นอุปกรณ์ในการเล่นกีฬาประเภทหนึ่งที่ใช้เล่นกลางแจ้งเพื่อให้เกิดการโต้ตอบกันของคู่แข่งกันโดยการตีลูกเทนนิสนี้โต้ตอบกันไปมาและเมื่อนำเอากอล์ฟของญาติตัดใหม่มาใช้กับสินค้าลูกเทนนิสนี้ ทำให้สินค้าลูกเทนนิสนี้มีความแตกต่างไปจากสินค้าลูกเทนนิสของบุคคลอื่นได้เพราะโดยปกติแล้ว สินค้าประเภทนี้ไม่มีกอล์ฟ เมื่อนำกอล์ฟมาประยุกต์ใช้ย่อมเกิดความแตกต่างทำให้บุคคลโดยทั่วไปสามารถแยกแยะความแตกต่างได้เพราะทำให้บุคคลที่ซื้อลูกเทนนิสที่มีกอล์ฟของญาติตัดใหม่ไปเล่น จะมีความรู้สึกสดชื่นเหมือนได้เล่นในสนามหญ้าจริง ๆ เป็นต้น ดังนั้น คุณสมบัติของสินค้า น่าจะหมายถึงหน้าที่ในการใช้งานของสินค้านั้น

(3) ความหมายของคำว่า “โดยตรง”

การพิจารณาคำที่ถือว่าถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง แนวในการแบ่งแยกระหว่างการรับจดทะเบียนได้หรือไม่ ประเด็นอยู่ที่ว่า “ถึงโดยตรง” หรือไม่ ในบางกรณีก็เป็นการยากที่จะอธิบายและชี้ขาดว่าคำใดถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง แต่เมื่อเราพิจารณาจากคำว่า “โดยตรง” แล้วมีความหมายว่า เมื่อสาธารณชนพบเห็นเครื่องหมายนั้นแล้วต้องทำให้สาธารณชนทราบหรือเข้าใจในลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยทันที โดยไม่ต้องอาศัยจินตนาการหรือความพยายามเชื่อมโยงความหมายนั้น ๆ ให้เข้ากับสินค้าเพราะถ้าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยใช้เหตุผลจากการเชื่อมโยงความหมายหรือจินตนาการให้เข้ากับสินค้าก็จะพบว่าเครื่องหมายการค้าทุกอย่างก็คงจะไม่ได้รับการจดทะเบียนอย่างแน่นอน ซึ่งหลักการในเรื่อง “โดยตรง” ถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ

เมื่อพิจารณาคำว่า “โดยตรง” ข้างต้นสามารถเข้าใจได้ว่า เมื่อบุคคลโดยทั่วไปพบเห็นสินค้าประเภทนี้สามารถเข้าใจได้เลยว่าสินค้าประเภทนี้มีรูปลักษณะของสินค้าอย่างไร เช่น

²¹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2539, 95.

ลักษณะเป็นรูปทรงกลม ทรงรี ทรงสี่เหลี่ยม เป็นต้น และสินค้าประเภทนี้มีคุณสมบัติอย่างไร เช่น ใช้กวาดพื้น ใช้ดูบ้าน ใช้กับสินค้าประเภทรถยนต์ ใช้กับการเล่นกีฬา เป็นต้น กล่าวคือ บุคคลสามารถเข้าใจได้ในทันทีว่าสินค้านั้นใช้ทำอะไร โดยไม่ต้องใช้เวลาในการคิดมากนัก เช่น เมื่อเราเดินไปซื้อสินค้าในห้างสรรพสินค้าหนึ่ง เราเดินผ่านร้านค้าร้านหนึ่ง มีสินค้าหลาย ๆ ประเภท เมื่อเราเห็นเราก็สามารถทราบได้เลยว่าสินค้าชนิดหนึ่ง ๆ นั้นใช้ทำอะไรได้บ้าง สามารถแยกการใช้งานของสินค้าแต่ละประเภทได้อย่างชัดเจน เป็นต้น

(4) กลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

เนื่องด้วยกลิ่นเป็นลักษณะของเครื่องหมายรูปแบบใหม่ที่กฎหมายไทยยังไม่ได้มีบัญญัติให้ความคุ้มครอง จึงไม่สามารถทราบได้ว่ากลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น มีความหมายหรือลักษณะที่ชัดเจนอย่างไร แต่จากการศึกษาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... สามารถเข้าใจได้ว่า คำว่า “กลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น” หมายความว่า โดยธรรมชาติของสินค้านั้นแล้วเป็นสินค้าที่โดยสภาพมีกลิ่นเช่นนั้นอยู่แล้วหรือกล่าวง่าย ๆ ว่าโดยธรรมชาติของสินค้านั้นต้องมีกลิ่น เช่น กลิ่นสบู่ กลิ่นน้ำหอม กลิ่นโคลน กลิ่นน้ำหอมปรับอากาศ เป็นต้น ดังนั้น กลิ่นที่จะสามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ต้องไม่ใช่กลิ่นที่โดยสภาพเป็นกลิ่นของสินค้านั้นอยู่แล้ว เช่น กลิ่นมะนาวนำไปใช้กับสินค้าประเภทน้ำยาล้างจาน โดยส่วนมากสินค้าประเภทน้ำยาล้างจานจะมีส่วนผสมของกลิ่นมะนาวอยู่ด้วย จึงไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เป็นต้น²²

ดังนั้น ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายกลิ่นที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้จะต้องมีลักษณะดังนี้

(1) ต้องเป็นกลิ่นที่ไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง กล่าวคือ การจะนำกลิ่นใด ๆ ไปใช้กับสินค้าใดเพื่อเป็นเครื่องหมายการค้า นั้นจะต้องไม่ใช่กลิ่นที่เกี่ยวข้องกับลักษณะภายนอกของสินค้าหรือการใช้งานของสินค้านั้นโดยตรง เช่น กลิ่นหอมของดอกไม้ไม่สามารถนำไปใช้กับงานบริการจัดดอกไม้ได้เพราะกลิ่นดอกไม้ย่อมเป็นการเล็งโดยตรงถึงลักษณะของกลิ่นนั้นเพราะเมื่อบุคคลโดยทั่วไปได้กลิ่นดอกไม้แม้ไม่เห็นตัวของดอกไม้ก็ตามแต่ก็สามารถระบุได้ว่ากลิ่นนั้น คือ กลิ่นของดอกไม้อะไร นี้ถึงลักษณะของดอกไม้ที่ได้อย่างชัดเจนจากประสบการณ์ที่เคยเห็นหรือสัมผัสมา เช่น กลิ่นกุหลาบและกลิ่นดอกไม้ที่นิยมเป็นการเล็งโดยตรงถึงคุณสมบัติของดอกไม้ กล่าวคือ เมื่อบุคคลได้กลิ่นดอกไม้ย่อมทราบได้ทันทีว่ากลิ่นนั้นมีการใช้งานตัวกลิ่นอย่างไร คือ ใช้ในการจัดช่อดอกไม้ การจัดใส่แจกันเพื่อเป็นของขวัญตามวาระและโอกาสหรือ

²² นันทวิ คาคตะเน, สรุปผลการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... [Online], 1 มีนาคม 2555 แหล่งที่มา http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/ext_logo/ewt_dl_link.php?nid=37&filename=index.

เพื่อตกแต่งเพิ่มความสดชื่นไว้ในอาคาร บ้าน เรือนหรือนำไปแปลงสภาพใช้กับสินค้าประเภทอื่น ๆ แต่ ก็ยังคงต้องใช้กลิ่นหอมของดอกไม้เป็นองค์ประกอบหลัก เช่น น้ำหอม น้ำหอมปรับอากาศ เป็นต้น²³

(2) ต้องเป็นกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้า นั้น ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น คือ โดยธรรมชาติของสินค้า นั้นแล้วเป็นสินค้าที่โดยสภาพมีกลิ่นเช่นนั้นอยู่แล้ว เช่น กลิ่นน้ำยาล้างจาน บางสูตรซึ่งมีส่วนผสมของกลิ่นมะนาวเพราะโดยธรรมชาติของสินค้าประเภทนี้ส่วนมากผลิตภัณฑ์บน ท้องตลาดต่างก็ใช้ส่วนผสมของกลิ่นหรือสกัดกลิ่นของมะนาวลงไปใ้ในน้ำยาล้างจานเพราะว่ามะนาว นั้นสามารถดับกลิ่นคาวของกลิ่นอาหารที่ไม่พึงประสงค์ได้ ตัวของน้ำมะนาวมีสารความเปรี้ยวสามารถ ทำความสะอาดภาชนะนั้นสะอาดและน้ำมะนาวช่วยในการถนอมมือในขณะที่ล้างจานได้ด้วย ดังนั้น สินค้า น้ำยาล้างจานจึงต้องมีกลิ่นของมะนาวเป็นองค์ประกอบหลักจึงเป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้า ชนิดนี้ จึงไม่สามารถนำกลิ่นมะนาวมาขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าประเภทนี้ได้ หากแต่มีการนำเอากลิ่นของมะนาวไปปรับใช้กับสินค้าประเภทอื่นที่ไม่ได้เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของ สินค้า นั้นก็สามารถทำได้ เช่น นำกลิ่นมะนาวปรับใช้กับยางรถจักรยานยนต์ ใช้กับแปรงสีฟัน เป็นต้น

ดังนั้น กลิ่นที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้จะต้องมีลักษณะบ่ง เฉพาะโดยจะต้องไม่เป็นกลิ่นตามลักษณะ 2 ประการดังกล่าวข้างต้น มิฉะนั้น อาจถูกปฏิเสธคำขอ จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เพราะขาดลักษณะบ่งเฉพาะ อันเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการยื่น ขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า²⁴

4.1.2.2 ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายเสียง

ในส่วนของคุณลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายเสียงนั้น ตามร่างพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ได้บัญญัติว่า “(12) เสียงอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติ ของสินค้า นั้นโดยตรงหรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้า นั้นหรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการ ทำงานของสินค้า นั้น” สามารถแยกอธิบายได้ดังนี้ คือ

(1) ความหมายของคุณลักษณะสินค้า

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ก็ไม่ได้มีการนิยาม ความหมายคำว่าลักษณะสินค้าไว้เช่นเดียวกันกับความหมายของคุณลักษณะสินค้าของเครื่องหมายกลิ่น ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้นตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525²⁵ และตามคำสั่งกรม ทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและการคัดค้านเครื่องหมาย

²³ เรื่องเดียวกัน, 98.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, 98.

²⁵ บริษัท สุก ออนไลน์ จำกัด, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน, 95.

การคำ พ.ศ. 2539²⁶ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลักษณะของสินค้า” ไว้ว่ารูปลักษณะภายนอกของสินค้าที่สามารถสัมผัสได้ทางประสาทสัมผัสต่าง ๆ หรือสามารถสื่อความหมายถึงตัวสินค้านั้นได้ ดังนั้น ลักษณะของสินค้าจึงหมายถึงลักษณะภายนอกของสินค้าที่เราพบเห็นได้ด้วยตาและลักษณะของสินค้ายังสามารถสื่อถึงตัวสินค้านั้นได้ว่าสินค้านั้นมีการทำงานอย่างไร เช่น ไม้กวาดหยากไย่ ลักษณะของสินค้าคือ มีด้ามจับที่มีความยาว ทำจากไม้ไผ่หรือในปัจจุบันมีการทำมาจากพลาสติกด้วย และส่วนปลายด้ามมีไม้เส้นเล็ก ๆ หลายเส้นประกอบเข้าด้วยกัน โดยเมื่อผู้เห็นสินค้าชนิดนี้ก็จะสามารถทราบได้ทันทีว่าสินค้านี้ใช้ทำอะไร คือ ใช้ปัดฝุ่นที่อยู่สูงหรือปัดใยแมงมุม เป็นต้น

เมื่อนำความหมายดังกล่าวข้างต้นนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายเสียง สามารถอธิบายได้ว่า ลักษณะสินค้าของเครื่องหมายเสียงนั้น น่าจะหมายถึงลักษณะของเสียงต่าง ๆ ที่มีอยู่ทั่วไป ไม่ว่าจะเกิดจากเสียงที่เกิดจากธรรมชาติหรือเสียงที่เกิดการประดิษฐ์ขึ้นมาและนำมาใช้กับสินค้าหรือบริการเพื่อทำให้เกิดความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น โดยลักษณะของสินค้านั้นไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นสินค้าประเภทใด กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นของใช้สอย อุปกรณ์ต่าง ๆ อาหาร เป็นต้น และไม่ได้จำกัดรูปลักษณะภายนอกที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย เช่น อาจเป็นลักษณะที่เป็นของแข็ง ของเหลว เป็นต้น ดังนั้น ลักษณะสินค้าของเครื่องหมายเสียง คือ สินค้าหรือบริการที่ต้องการใช้เสียงต่าง ๆ เพื่อให้บุคคลโดยทั่วไปทราบว่าเสียงนั้นเป็นเสียงของสินค้าหรือบริการของตน โดยลักษณะเสียงอย่างไรที่สามารถจดทะเบียนได้จะกล่าวต่อไป

(2) ความหมายของคุณสมบัติของสินค้า

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ก็ไม่ได้มีการนิยามความหมายของคำดังกล่าวไว้ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นเช่นเดียวกับความหมายของคุณสมบัติของสินค้าของเครื่องหมายอื่น แต่ถ้าหากพิจารณาความหมายของคำว่า “คุณสมบัติ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525²⁷ และจากคำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้าก็ได้มีการระบุในเรื่อง “การเล็งถึงคุณสมบัติของสินค้า” ไว้ข้อ 1) และ 3) ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น คุณสมบัติของสินค้า หมายถึงการแสดงถึงสรรพคุณหรือการใช้งานของสินค้า จากการวิเคราะห์ การให้ความหมายดังกล่าว ก็ทำให้พบว่าคุณสมบัติของสินค้า หมายถึงการแสดงถึงเอกลักษณ์ในด้านการใช้งาน (Function) สรรพคุณ ซึ่งการเห็นว่าเป็นคุณสมบัติของสินค้าดูจากการได้เริ่มมีการใช้งานเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการนั้น ๆ²⁸

²⁶ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2539, 95.

²⁷ บริษัท สนุก ออนไลน์ จำกัด, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน, 95.

²⁸ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2539, 95.

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นของคำว่า “คุณสมบัติของสินค้า” ของเครื่องหมายเสียง หมายความว่าเมื่อมีการนำเสียงไปปรับใช้กับสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ส่งผลให้สินค้าหรือบริการเหล่านั้นมีการใช้งานอย่างไรหรือเสียงนั้นเอื้อประโยชน์อย่างไรกับสินค้าหรือบริการเหล่านั้น เช่น การนำเสียงคำรามของสิงโตไปใช้ในสินค้าประเภทสื่อภาพยนตร์ คุณสมบัติของสินค้านี้ ทำให้ผู้ที่รับชมภาพยนตร์ที่ทราบว่าภาพยนตร์เรื่องนี้บุคคลใดหรือบริษัทใดเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในภาพยนตร์เรื่องนี้ หรือบุคคลใดหรือบริษัทใดเป็นผู้สร้างภาพยนตร์เรื่องนี้ขึ้นมาเพราะเมื่อมีภาพยนตร์เรื่องใดที่เปิดเสียงสิงโตคำรามก่อนที่จะเข้าชมภาพยนตร์เรื่องนั้น ๆ ผู้ชมภาพยนตร์ก็สามารถทราบได้ทันที ดังนั้น เสียงนี้จึงสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เพราะเป็นเสียงที่ไม่ได้เล็งถึงคุณสมบัติของสินค้าเป็นต้น

(3) ความหมายของคำว่า “โดยตรง”

ความหมายของคำว่า “โดยตรง” มีความหมายเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายกลิ่น ดังได้กล่าวไว้ข้างต้น การที่จะพิจารณาว่าเสียงใดจะมีลักษณะ “โดยตรง” หรือไม่นั้น ควรจะพิจารณาว่าเมื่อสาธารณชนพบเห็นเครื่องหมายนั้นแล้วต้องทำให้สาธารณชนทราบหรือเข้าใจในลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยทันที โดยไม่ต้องอาศัยจินตนาการหรือความพยายามเชื่อมโยงความหมายนั้น ๆ ให้เข้ากับสินค้าเพราะถ้าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยใช้เหตุผลจากการเชื่อมโยงความหมายหรือจินตนาการให้เข้ากับสินค้าก็จะพบว่าเครื่องหมายการค้าทุกอย่างก็คงจะไม่ได้รับการจดทะเบียนอย่างแน่นอน ซึ่งหลักการในเรื่อง “โดยตรง” ถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญเพราะการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าใดได้มีการเล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรงหรือไม่²⁹

เมื่อนำความหมายดังกล่าวข้างต้นมาใช้กับเครื่องหมายเสียงแล้ว คำว่า “โดยตรง” หมายความว่า เสียงที่นำมาใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นสามารถทำให้สาธารณชนทั่วไปสามารถเข้าใจได้ในทันทีว่าเสียงนั้นเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่นำเสียงนั้นไปใช้ โดยไม่ต้องใช้เวลาในการคิดนาน เช่น หากมีการนำเสียงร้องของวัว ที่ร้อง “มอ มอ มอ มอ” ไปใช้กับการจำหน่ายสินค้านมสด บุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจได้ว่าเสียงวัวนี้จะต้องเป็นการจำหน่ายสินค้าที่เกี่ยวข้องกับวัว ซึ่งเสียงดังกล่าวไม่สามารถจะนำไปจดทะเบียนสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ทำจากวัวได้เพราะเป็นเสียงที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง

(4) เสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

ในการพิจารณาว่าเสียงใดเป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้นหรือไม่ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายเสียง

²⁹ เดวิท พุ่มชนะโชคชัย, เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้และการตีความตามกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), 47-49.

ดังนั้น จึงไม่มีบทบัญญัติใดที่จะให้ความหมายของคำดังกล่าวได้ แต่จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เสียงที่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้า น่าจะหมายความว่า โดยธรรมชาติของสินค้านั้นไม่มีเสียงแต่สินค้านั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับเสียงนั้นอยู่อันเนื่องมาจาก ส่วนผสมหรือวัตถุดิบของสินค้านั้น เช่น จำหน่ายสินค้าประเภทเนื้อวัว โดยธรรมชาติของสินค้านี้ ไม่สามารถมีเสียงได้ แต่หากมีการนำเสียงร้องของวัวที่ร้องว่า “มอ มอ” มาใช้กับสินค้าประเภทเนื้อวัวนี้ ก็จะช่วยให้คนที่ได้ยินเสียงสามารถทราบและจดจำได้ว่าเสียงร้องแบบนี้เป็นสินค้าของร้านใดหรือขายสินค้าประเภทใด ดังนั้น เสียงดังกล่าวเป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้นเพราะเนื้อวัวทำมาจากวัว และเสียงร้องของวัวร้อง “มอ มอ” ดังนั้น เสียงดังกล่าวจึงไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เป็นต้น³⁰

(5) เสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น

การพิจารณาว่าเสียงใดเป็นเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้นหรือไม่ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายเสียง ดังนั้น จึงไม่มีบทบัญญัติใดที่จะให้ความหมายของคำดังกล่าวได้ แต่จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้า น่าจะหมายความว่า ในการที่จะนำเสียงใดมาใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นได้ สินค้าหรือบริการนั้นจะต้องไม่เป็นที่มาหรือทำให้เกิดเสียงดังกล่าวที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายเสียง เช่น เสียงของเครื่องยนตร์รถจักรยานยนต์ นำมาใช้สำหรับการจำหน่ายรถจักรยานยนต์นั้น ซึ่งสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนว่า เสียงของเครื่องยนตร์รถจักรยานยนต์ทุก ๆ คันจะต้องมีเสียงที่มีลักษณะคล้าย ๆ กัน เพียงแค่จะมีระดับที่สูงต่ำต่างกันเพียงเล็กน้อยและเสียงเครื่องยนตร์รถจักรยานยนต์ก็เป็นเสียงของการทำงานของรถจักรยานยนต์โดยตรงจึงเป็นเสียงที่ไม่สามารถนำไปยื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้เพราะกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ประสงค์ที่จะให้บุคคลใดครอบครองเสียงหนึ่งเสียงใดเป็นการเฉพาะได้เพราะเสียงนั้นเป็นเสียงโดยทั่วไปที่บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะใช้ได้ เป็นต้น³¹

เมื่อพิจารณาความหมายของคำต่าง ๆ ในบทบัญญัติข้อ (12) ในส่วนของลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียง ตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... สามารถเข้าใจได้ว่าลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้ คือ

(1) ต้องเป็นเสียงอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง กล่าวคือ เสียงที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายเสียงได้นั้น คือ เสียงนั้นจะต้องไม่แสดงให้เห็นถึงรูปลักษณ์ภายนอกของสินค้าและไม่แสดงให้เห็นถึงการใช้งานของสินค้านั้นได้ในทันทีที่ได้ยินเสียงดังกล่าว เช่น

³⁰ นันทวิ คาคตะเน, สรุปผลการประชุมคณะกรรมการวิชาการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... , 99.

³¹ เรื่องเดียวกัน.

เมื่อเราได้ยินเสียงของวัวร์ร้อง “มอ มอ” ก็สามารถเข้าใจลักษณะภายนอกของสินค้านั้นได้ทันทีว่าสินค้านั้นน่าจะมีลักษณะเป็นของเหลวหรือเป็นของแข็งหรือกึ่งของเหลวได้ เช่น นมสด เนื้อวัวหรือสินค้าประเภทอาหารที่ทำมาจากวัว เป็นต้น เช่นนี้แล้วหากเราสามารถเข้าใจได้ทันทีว่าเสียงนั้นเป็นเสียงของผลิตภัณฑ์ใด ก็ถือว่าสินค้าหรือบริการนั้นขาดลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่สามารถนำไปยื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายเสียงได้

(2) ต้องไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น กล่าวคือ โดยธรรมชาติของสินค้านั้นไม่มีเสียงแต่สินค้านั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับเสียงนั้นอยู่อันเนื่องมาจากส่วนผสมหรือวัตถุดิบของสินค้านั้น ดังตัวอย่างข้อข้างต้น เสียงของวัวร์ร้อง “มอ มอ” ที่นำมาใช้ในการจำหน่ายเนื้อวัว โดยเสียงดังกล่าวเป็นเสียงโดยธรรมชาติของการร้องวัวร์ซึ่งการร้องของวัวร์มีความเกี่ยวข้องกับการจำหน่ายเนื้อวัวเพราะฉะนั้นเสียงการร้องของวัวร์ดังกล่าว ไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้เพราะขาดลักษณะบ่งเฉพาะในตัวสินค้าเพราะการร้องของวัวร์เป็นธรรมดาของวัวร์ทั่วไป จึงไม่สามารถให้บุคคลใดครอบครองเสียงนั้นได้

(3) ต้องเป็นเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น กล่าวคือ ในการที่จะนำเสียงใดมาใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นได้ สินค้าหรือบริการนั้นจะต้องไม่เป็นที่มาหรือทำให้เกิดเสียงดังกล่าวที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายเสียง เช่น เสียงของเครื่องยนตร์จักรยานยนต์ใช้สำหรับการจำหน่ายรถจักรยานยนต์ เสียงดังกล่าวเกิดจากการทำงานของเครื่องยนตร์ของรถจักรยานยนต์ เป็นเสียงที่เกิดจากสินค้านั้นโดยตรง จึงขาดลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

ตามบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “ชื่อ คำ หรือข้อความที่ไม่มีลักษณะตาม (1) หรือ (2) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้วก็ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ”³²

เป็นมาตราที่บัญญัติถึงลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ กล่าวคือ ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ จะเกิดขึ้นภายหลังด้วยการใช้ระยะเวลาหนึ่ง โดยในขณะที่สร้างเครื่องหมายการค้าขึ้นขึ้นมา ยังไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะด้วยตนเอง หมายความว่าเครื่องหมายการค้าขึ้นขึ้นมาตั้งแต่ต้น แต่เกิดลักษณะบ่งเฉพาะมาด้วยการใช้เครื่องหมายการค้าขึ้นโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถพิสูจน์ให้นายทะเบียนประจักษ์ได้ว่าประชาชนผู้บริโภคบริโภครู้ว่าเครื่องหมายนั้นเป็นเครื่องหมายที่สามารถแยกแยะสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าขึ้นจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นได้โดยผ่าน

³² มาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

การใช้เครื่องหมายการค้าอย่างจริงจังมาเป็นระยะเวลาหนึ่งอย่างต่อเนื่อง ซึ่งอาจเรียกเครื่องหมายการค้าประเภทนี้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีความหมายที่สอง (Secondary Meaning)³³

แต่เนื่องจากตามบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ไม่ได้คุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายการค้ากลิ่นและเสียงด้วย ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... จึงได้มีการบัญญัติลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ขึ้นใหม่ในมาตรา 6 บัญญัติว่า “ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) ถึง (12) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามามีลักษณะบ่งเฉพาะ”³⁴

ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นได้มีการเปลี่ยนแปลงลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้แตกต่างไปจากเดิมโดยให้ขยายความคุ้มครองรวมถึงเสียง กลิ่น รูปร่างรูปทรงด้วย ส่วนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ผู้ทวิวิจัยมีความเห็นว่าสามารถใช้หลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและการพิสูจน์การมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ตามบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันได้ ดังที่เคยได้กล่าวไว้ในบทที่ 2

ดังนั้น เมื่อนำความในบทบัญญัติมาตรา 6 ตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มาปรับใช้กับเครื่องหมายกลิ่นและเสียง สามารถอธิบายได้ว่า หากกลิ่นและเสียงที่ได้ใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นได้มีการใช้มาเป็นระยะเวลาหนึ่งจนเกิดความแพร่หลายหรือได้มีการโฆษณากลิ่นหรือเสียงนั้นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานานพอสมควรจนทำให้สาธารณชนโดยทั่วไป รู้ เข้าใจและจดจำสินค้าหรือบริการที่มีการใช้กลิ่นหรือเสียงนั้นได้ว่าสินค้าหรือบริการที่มีการใช้กลิ่นหรือเสียงนั้นมีความแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นได้และสามารถพิสูจน์ได้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีกำหนดแล้ว กลิ่นและเสียงนั้นย่อมสามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าลักษณะอื่น ๆ ด้วย

ดังนั้น เมื่อศึกษาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายกลิ่นและเครื่องหมายเสียงดังกล่าวข้างต้นแล้ว สามารถทำให้เข้าใจได้ว่าเสียงใดหรือกลิ่นใดที่มีลักษณะบ่งเฉพาะหรือขาดลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว ในการที่บุคคลใดต้องการที่จะนำเสียงหรือกลิ่นไปยื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าจึงต้องพยายามหาเอกลักษณ์หรือลักษณะบ่งเฉพาะของเสียงและกลิ่นให้กับสินค้า

³³ ศักดิ์ชาย สุนทรนาถิรมย์, ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข, 39.

³⁴ มาตรา 6 แห่งร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

ของตนเองเพื่อให้บุคคลทั่วไปสามารถจดจำและแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของตนและสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นได้

4.1.3 เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้าม

นอกจากเครื่องหมายการค้าได้นั้นจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะตามบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เครื่องหมายการค้านั้นยังไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากปรากฏว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะต้องห้ามไม่ให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8³⁵ ซึ่งมีทั้งหมด 13 ประการ โดยบางข้อก็มีลักษณะที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด ส่วนในบางข้อก็ต้องห้ามภายในเงื่อนไขที่กำหนดและบางข้อต้องห้ามผู้อื่นจะให้นำมาขอจดทะเบียนแต่ไม่ห้ามเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นจะนำไปจดทะเบียนเองได้ ดังนั้น หากเครื่องหมายการค้าใดเป็นเครื่องหมายที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จึงไม่สามารถนำมายื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

³⁵ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน

- (1) ตราแผ่นดิน พระราชลัญจกร ลัญจกรในราชการ ตราจักรี ตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตราประจำตำแหน่ง ตราประจำกระทรวง ทบวง กรม หรือตราประจำจังหวัด
- (2) ธงชาติของประเทศไทย ธงพระอิสริยยศ หรือธงราชการ
- (3) พระบรมฉายาลักษณ์ พระนามาภิไธย พระปรมาภิไธยย่อ พระนามาภิไธยย่อ หรือนามพระราชวงศ์
- (4) พระบรมฉายาลักษณ์ หรือพระบรมสาทิสลักษณ์ของพระมหากษัตริย์ พระราชินี หรือรัชทายาท
- (5) ชื่อ คำ ข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์
- (6) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำชาติของรัฐต่างประเทศ ธงหรือเครื่องหมายขององค์การระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการและเครื่องหมายควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือชื่อและชื่อย่อของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น
- (7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือกาเงินิวา
- (8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรองประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาลไทย ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐของประเทศไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้ขอจดทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายเช่นนั้น เป็นรางวัลสำหรับสินค้านั้น และใช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้า แต่ทั้งนี้ต้องระบุปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย
- (9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนบาย
- (10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม
- (11) เครื่องหมายที่คล้ายกับ (1) (2) (3) (4) (5) (6) หรือ (7)
- (12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยकरणัน
- (13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”.

จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มิได้มีการบัญญัติลักษณะของเครื่องหมายการค้าก๊ลิ้นและเสียงที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายไว้ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายก๊ลิ้นหรือเสียงที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายเป็นอย่างไร ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรนำเอาบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาใช้บังคับโดยอนุโลมได้

4.1.3.1 การพิจารณาเครื่องหมายการค้าก๊ลิ้นที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตาม

กฎหมาย

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ได้กำหนดว่าลักษณะของเครื่องหมายที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน กล่าวคือ ตามบทบัญญัติมาตรา 8 (9)³⁶ บัญญัติว่า “เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย” สามารถเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้สามารถนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าก๊ลิ้นได้ หากพิจารณาความหมายน่าจะหมายถึงก๊ลิ้นเหม็นเน่าของสิ่งต่าง ๆ หรือก๊ลิ้นที่กระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศ เป็นต้น เป็นก๊ลิ้นที่ไม่เหมาะสมกับความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชนและรัฐประศาสนโยบายของรัฐ โดยการนำก๊ลิ้นมาปรับใช้กับสินค้าหรือบริการนั้น ๆ โดยมุ่งจะใช้ก๊ลิ้นนั้นเป็นเครื่องหมายการค้า

ตัวอย่างเช่น

(1) การนำก๊ลิ้นทางเคมีที่มีผลต่อระบบประสาทหรือระบบต่าง ๆ ในร่างกายนำมาปรับใช้กับสินค้าหรือบริการ เมื่อผู้บริโภคหรือบุคคลโดยทั่วไปได้สูดดมก๊ลิ้นเคมีดังกล่าวเข้าไปในระยะเวลาที่ยาวนานอาจเกิดผลกระทบต่อสุขภาพได้ ก๊ลิ้นดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดอันตรายต่อความสงบของสังคม จึงเป็นก๊ลิ้นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

(2) มีการนำเอากลิ่นของบุหรี่ยุโรปไปปรับใช้กับสินประเภทลูกอมเพื่อทำให้บุคคลที่ชอบสูบบุหรี่สามารถได้กลิ่นบุหรี่ยุโรปเหมือนได้สูบบุหรี่ตลอดเวลาในสถานที่ต่าง ๆ ที่ไม่สามารถสูบบุหรี่ได้ ซึ่งกลิ่นของสินค้านี้ดังกล่าวเป็นก๊ลิ้นที่ไม่เหมาะสมกับเยาวชน หากเยาวชนไปซื้อมาบริโภคอาจทำให้เกิดการติดก๊ลิ้นดังกล่าวและมีความต้องการอยากจะลองสูบบุหรี่ได้ ถือว่าเป็นก๊ลิ้นที่ไม่เหมาะสมกับความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชนและรัฐประศาสนโยบายของรัฐ จึงเป็นก๊ลิ้นที่ต้องห้ามตามกฎหมายไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

จากการพิจารณาเครื่องหมายการค้าก๊ลิ้นที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้นทำให้ทราบได้ว่าเครื่องหมายการค้าก๊ลิ้นนั้นเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ดังนั้น ในการที่จะกำหนดว่าลักษณะของก๊ลิ้น

³⁶ มาตรา 8(9) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

ใด ๆ จะเป็นกลั่นที่มีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายได้นั้น ย่อมเป็นการยากที่จะระบุลงไปได้อย่างชัดเจน

4.1.3.2 การพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตาม

กฎหมาย

ในการพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ต้องอาศัยบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 เช่นเดียวกับกับเครื่องหมายกลั่น โดยเฉพาะมาตรา 8 (5) (9) และ (10) สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยอนุโลมกับเครื่องหมายเสียง ซึ่งมีรายละเอียดในการวิเคราะห์ดังนี้

ตามบทบัญญัติมาตรา 8 (5)³⁷ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “ชื่อ คำ ข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์” เมื่อนำเอาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง อาจหมายถึง เสียงอันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์ เช่น เพลงสรรเสริญพระบารมี เพลงมหาฤกษ์ เพลงมหาชัย ดังนั้น เสียงดังกล่าวนี้จึงเป็นเสียงที่ต้องห้ามตามกฎหมายไม่สามารถนำเอาไปขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้และอาจหมายรวมถึงเสียงของถ้อยคำที่เปล่งออกมาของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือพระราชวงศ์ด้วย³⁸

ตามบทบัญญัติมาตรา 8 (9)³⁹ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย” เมื่อนำเอาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง อาจหมายถึงเสียงที่ไม่เหมาะสมกับสังคมหากมีการนำเสียงที่ต้องห้ามตามกฎหมายไปใช้สินค้าหรือบริการเป็นเครื่องหมายการค้าเสียง เช่น เสียงที่เสียดสีของสังคม เพลงที่ทางราชการห้ามเผยแพร่ เสียงที่มีความสยอของขวัญ เสียงที่ก่อให้เกิดความรู้สึกทางเพศสัมพันธ์ ถ้อยคำที่หยาบคาย รวมถึงถ้อยคำที่สื่อไปในทางลามกหรือขณะที่มีเพศสัมพันธ์กัน เป็นต้น เสียงดังกล่าวจึงเป็นเสียงที่ต้องห้ามตามกฎหมายไม่สามารถนำเอาไปขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้⁴⁰

ตามบทบัญญัติมาตรา 8 (10)⁴¹ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป

³⁷ มาตรา 8(5) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

³⁸ อติชวัน ธรรมพนิชวัฒน์, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลั่น รสชาติ (การศึกษาค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), 85-88.

³⁹ มาตรา 8(9) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

⁴⁰ อติชวัน ธรรมพนิชวัฒน์, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลั่น รสชาติ, 107.

⁴¹ มาตรา 8(10) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดหรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม” เมื่อนำเอาบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง อาจหมายถึงเสียงที่มีความเหมือนกับเสียงที่มีชื่อเสียงและมีความแพร่หลาย หากจะพิจารณาว่าเสียงใดเป็นเสียงที่มีชื่อเสียงหรือไม่นั้น น่าจะพิจารณาว่าสาธารณชนส่วนมากรู้จักเพลงดังกล่าวหรือไม่ หากสาธารณชนส่วนมากรู้จักเพลงดังกล่าวก็ถือว่าเสียงนั้นมีชื่อเสียง ส่วนคำว่าแพร่หลายทั่วไปนั้นเพียงแค่นั้นจะถือว่าเสียงนั้นมีความแพร่หลายทั่วไป น่าจะหมายความว่าเสียงดังกล่าวไม่น่าจะแพร่หลายเพียงแค่นั้นในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น น่าจะหมายความรวมถึงความแพร่หลายทั่วโลกเพราะในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารมีความทันสมัยเป็นอย่างมากเนื่องด้วยมีระบบอินเทอร์เน็ตที่สามารถทำให้บุคคลทั่วโลกติดต่อสื่อสารกันได้ แต่ควรพิจารณาตามความเป็นจริงของแต่ละเสียงเป็นการเฉพาะเพราะบางเสียงอาจไม่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปก็ได้ เช่น เพลงที่มีการจำหน่ายเฉพาะในประเทศอังกฤษเพียงประเทศเดียว จะนำมาขอยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้หรือไม่ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าในปัจจุบัน ถึงแม้ระบบอินเทอร์เน็ตจะสามารถทำให้บุคคลใดก็ตามสามารถรับฟังเพลงดังกล่าวได้ แต่บทเพลงดังกล่าวอาจไม่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป สาธารณชนส่วนมากไม่รู้จักเพลงดังกล่าวอาจจะมีแค่บุคคลเพียงกลุ่ม ๆ หนึ่งฟังก็ได้ ดังนั้น เพลงดังกล่าวนั้นจึงไม่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป สามารถนำขอมมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้ แต่หากเสียงนั้นมีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปย่อมไม่สามารถนำไปยื่นขอจดทะเบียนได้ เช่น เสียงเพลงหรือเสียงดนตรีของโมสาร์ท (Mozart) หรือเพลงสากลต่าง ๆ ที่มีการจำหน่ายไปทั่วโลก เสียงดังกล่าวถือว่าเป็นที่รู้จักกันทั่วโลกจึงถือว่าเป็นชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ต้องห้ามตามกฎหมาย เป็นต้น⁴²

4.1.4 ไม่เป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มิได้มีการบัญญัติถึงหลักในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าและเสียงที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้วไว้ จึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าและเสียงโดยอนุโลม บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 ในกรณีที่เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้น นายทะเบียนเห็นว่า

(1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรือ

(2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า

ถ้าเป็นการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวกเดียวกัน หรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน ห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียน”⁴³

⁴² อติชวัน ธรรมพินิจวัฒน์, การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ, 107.

⁴³ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นสามารถนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายกลิ้งและเสียงได้ดังนี้

4.1.4.1 การพิจารณาเครื่องหมายการค้ากลิ้งที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ากลิ้งที่บุคคลอื่นจดทะเบียนแล้ว

จากบทบัญญัติมาตรา 13 ข้างต้น กล่าวคือ เครื่องหมายการค้ากลิ้งที่เป็นเครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว น่าจะหมายความว่า กลิ้งที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องการนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ากลิ้งนั้นเหมือนหรือคล้ายกับกลิ้งที่มีบุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว จนทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิด จึงต้องห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียน แต่เนื่องด้วยประเทศไทยยังไม่มีการใช้บังคับเครื่องหมายการค้ากลิ้ง จึงยังคงไม่มีเครื่องหมายการค้ากลิ้งที่ได้ทำการจดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว ดังนั้น การยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ้งในระยะแรกจึงยังไม่น่าจะมีปัญหามากนักในการพิสูจน์ความเหมือนหรือความคล้ายของเครื่องหมาย แต่หากสาธารณชนต้องการนำกลิ้งมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตนและต้องการที่จะนำเครื่องหมายการค้ากลิ้งของตนมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในเวลาต่อมากลับขึ้น ก็จะทำให้เกิดปัญหาในการพิสูจน์ความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้ากลิ้ง ก็ต้องพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้ากลิ้งใหม่นั้นมีความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ากลิ้งที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ แต่ปัญหาว่าจะทำการพิสูจน์อย่างไรนั้น คงจะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตามิได้ อาจจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า อาจมีการใช้เครื่องมือที่มีความทันสมัยที่ใช้ตรวจสอบแยกความแตกต่างของกลิ้งต่าง ๆ หรือกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ้งนั้นบรรยายลักษณะของกลิ้งของตนประกอบมาด้วยก็ได้ ซึ่งวิธีการที่จะยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ้งนั้น จากการศึกษาผลสรุปของการประชุมคณะกรรมการสิทธิวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2555 ได้มีการเสนอว่าควรใช้วิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังนี้⁴⁴

1) การบรรยายลักษณะของกลิ้งในคำขอจดทะเบียน

การบรรยายลักษณะของกลิ้งในคำขอจดทะเบียน ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ้งจะต้องบรรยายลักษณะของกลิ้งว่ากลิ้งนั้นเป็นกลิ้งอะไร มีส่วนประกอบหรือส่วนผสมของวัตถุดิบอะไรบ้างถึงจะได้กลิ้ง ๆ นี้ พร้อมทั้งบรรยายในคำขอจดทะเบียนด้วยว่ากลิ้งดังกล่าวนี้ไปใช้กับสินค้าหรือบริการประเภทใด โดยในการบรรยายลักษณะของกลิ้งในคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายให้มีลักษณะที่สามารถเข้าใจได้ง่ายและกลิ้งนั้นจะต้องมีเอกลักษณ์หรือมีลักษณะบ่งเฉพาะของตนเอง เมื่อบุคคลใดได้กลิ้งดังกล่าวจะสามารถจดจำและสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของตนออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นได้ ต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนต่อนายทะเบียนด้วย

ตัวอย่างการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายการค้ากลิ้งในต่างประเทศ เช่น

⁴⁴ นันทวุฒิ คาคคเน, สรุปผลการประชุมคณะกรรมการสิทธิวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... , 99.

(1) “เครื่องหมาย คือ กลิ่นน้ำมันจากดอกกุหลาบ (the Mark Consists of a Rose Oil Scent or Fragrance)” ใช้กับงานบริการโฆษณาและการตลาด เป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนเมื่อวันที่ 14 กันยายน ค.ศ. 2010 ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁵

(2) “เครื่องหมาย คือ กลิ่นหอมเข้มข้นของสารสกัดจากชะมด วานิลลา กุหลาบ และลาเวนเดอร์ (The Mark Consists of a High Fragrance Primarily Consisting of Musk, Vanilla, Rose and Lavender)” ใช้กับสินค้าประเภทครีมนวดผม น้ำยาปรับแต่งทรงผม เป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน ค.ศ. 2011 ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁶

(3) “เครื่องหมาย คือ กลิ่นยูคาลิปตัสพันธุ์ราติอาต้า (the Mark Consists of a Eucalyptus Radiata Scent of the Goods)” ใช้กับสินค้าประเภทฐานตั้งลูกกอล์ฟ เป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ของประเทศออสเตรเลีย⁴⁷

(4) “เครื่องหมาย คือ กลิ่นหอมของดอกกุหลาบ (the Trade Mark is a Floral Fragrance/Smell Reminiscent of Roses as Applied to Tyres)” ใช้สำหรับสินค้าประเภทยางรถยนต์ เป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนเมื่อวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1996 ของประเทศอังกฤษ⁴⁸

(5) “เครื่องหมาย คือ กลิ่นหญ้าตัดใหม่ (the Smell of Fresh Cut Grass)” ใช้สำหรับสินค้าประเภทลูกเทนนิส เป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1996 ของกลุ่มประเทศเบเนลักซ์⁴⁹

2) การส่งตัวอย่างกลิ่น

การส่งตัวอย่างกลิ่น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า คือ การนำตัวอย่างของกลิ่นที่ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต้องการจะใช้เป็นกลิ่นที่นำไปใช้กับสินค้าหรือบริการของตนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง โดยการส่งตัวอย่างกลิ่นนั้นไว้ให้กับนายทะเบียนเพื่อเก็บไว้ใช้ในการตรวจสอบความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายกลิ่นนั้นกับเครื่องหมายการค้ากลิ่นของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่จะมีการยื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่นในอนาคต⁵⁰

จากการศึกษาวิธีการยื่นจดทะเบียนดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ การบรรยายลักษณะของกลิ่นและการส่งตัวอย่างของกลิ่น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าวิธีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายกลิ่นดังกล่าวข้างต้นยังคงมีปัญหาอยู่บางประการ กล่าวคือ

การบรรยายลักษณะของกลิ่นนั้นจะต้องบรรยายลักษณะของกลิ่นนั้นมาน้อยเพียงใด ถ้าหากว่ากลิ่นดังกล่าวที่ยื่นในภายหลังนั้นมีความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายกลิ่นที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนแล้วหรือหากกลิ่นมีความใกล้เคียงกันมากแต่การบรรยายมีความแตกต่างกัน นายทะเบียนจะตัดสินอย่างไร ฉะนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าจะใช้เพียงคำบรรยายเพียงอย่างเดียวในการ

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, 109.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, 109.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, 109.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, 109.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, 109.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, 109.

พิสูจน์ความเหมือนหรือคล้ายของกลิ่นจึงไม่ชัดเจนเพียงพอ จึงควรใช้วิธีการอื่นประกอบไปด้วย คือ การส่งตัวอย่างกลิ่นประกอบกับคำบรรยายลักษณะของกลิ่นเพราะในส่วนของกลิ่นส่งตัวอย่างกลิ่นเพียงอย่างเดียวก็มีข้อเสีย กล่าวคือ กลิ่นเป็นสารชนิดหนึ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า กลิ่นสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตามสภาพแวดล้อม กล่าวคือ อุณหภูมิ สภาพอากาศ วิธีการเก็บรักษา เพราะหากสภาพแวดล้อมต่าง ๆ เหล่านี้มีความแตกต่างกัน กลิ่นก็จะแตกต่างกันไปหรือกลิ่นนั้นสามารถหายไปได้ ฉะนั้น หากใช้วิธีนี้จะไม่สามารถควบคุมกลิ่นหรือเก็บรักษากลิ่นได้ถาวร จึงควรใช้วิธีการบรรยายลักษณะของกลิ่นประกอบกับการส่งตัวอย่างของกลิ่นร่วมด้วยในการยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่น

4.1.4.2 การพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าเสียงที่บุคคลอื่นจดทะเบียนแล้ว

จากบทบัญญัติมาตรา 13 ข้างต้น กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว เมื่อนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง น่าจะหมายความว่า เสียงที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องการนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงนั้นเหมือนหรือคล้ายกับเสียงที่มีบุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว จนทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิด จึงต้องห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายกลิ่นและด้วยปัญหาเดียวกันกับเครื่องหมายการค้ากลิ่น กล่าวคือ ประเทศไทยยังไม่มีตัวอย่างของเครื่องหมายกลิ่นที่ได้รับอนุญาตให้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ถ้าหากร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มีการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายในอนาคต ในช่วงแรก ๆ ย่อมไม่เกิดปัญหามากนักแต่หากต่อมา มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงมากขึ้น ปัญหาในการพิสูจน์ความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายเสียงก็จะเกิดขึ้น จากการศึกษาผลสรุปของการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2555 ได้มีการเสนอว่าควรใช้วิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายเสียงดังนี้⁵¹

1) บรรยายลักษณะของเสียงในคำขอจดทะเบียน

การบรรยายลักษณะของเสียงในคำขอจดทะเบียน ผู้วิจัยมีความเห็นว่า คือ การที่ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายเสียงจะต้องทำการบรรยายลักษณะของเสียงที่จะนำมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองว่ามีลักษณะอย่างไร เพื่อแสดงให้เห็นว่าเครื่องหมายเสียงของตนมีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายเสียงของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรือแสดงเอกลักษณ์หรือลักษณะบ่งเฉพาะของเสียงที่นำมายื่นขอจดทะเบียน ด้วยวิธีการเขียนออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรแทนถ้อยคำในเสียงนั้น ๆ โดยจะต้องบรรยายให้มีความละเอียดและชัดเจนด้วย

ตัวอย่างการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายการค้าเสียงในต่างประเทศ เช่น

(1) “เครื่องหมาย คือ คำพูดว่า ฮี ซา มิ ซุ พร้อมกับตัวโน้ต ฮี เอและเอฟ ชาร์ป 2 ตัว บนกุญแจ ดีเมเจอร์ (the Mark Consists of the Spoken Words HI SA MI TSU

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, 109.

Superimposed Over Musical Sounds in the Key of D Major, the Melody Notes, E, A, E and 2 F Sharp Notes)” เป็นคำขอจดทะเบียนที่ยื่นต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาของฮ่องกง

(2) “เครื่องหมาย คือ เสียงคนพูดว่า “ดีท ดีท ดีท ดีท” ด้วยเสียงแหลมสูง โดยคำว่า “ดีท” ครั้งสุดท้ายเสียงสูงกว่า ดังกว่าและลากยาวกว่าคำว่า “ดีท” 3 ครั้งแรก (the Marks Consist of a Sound. The Mark Consists of a Person Speaking in a Very High-Pitched Voice, Saying “DEET! DEET! DEET! DEET!” with the Final Word Being at a Higher Pitch, Louder, and Held for a Longer Period Than the First Three)” ใช้กับบริการด้านความบันเทิงบนอินเทอร์เน็ต เป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนเมื่อวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 2011 ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁵²

2) การแสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียง (Sonogram)

คลื่นเสียง คือ เสียงที่เกิดจากการสั่นสะเทือนของวัตถุ ซึ่งสามารถทำให้วัตถุสั่นด้วยวิธีการ ตีต สี ดี เป่าได้และเมื่อแหล่งกำเนิดเสียงเกิดการสั่นสะเทือน จะทำให้โมเลกุลอากาศสั่นตามไปด้วยความถี่เท่ากับการสั่นของแหล่งกำเนิดเสียง เกิดเป็นช่วงอัดช่วงขยายของโมเลกุลของอากาศ ซึ่งพลังงานของการสั่นจะแผ่ออกไปรอบ ๆ แหล่งกำเนิดเสียง ดังนั้น คลื่นเสียงจึงเป็นคลื่นเสียงตามยาว เพราะโมเลกุลของอากาศจะสั่นในทิศทางเดียวกันกับทิศทางที่เสียงเคลื่อนที่ไป ความดังของเสียงขึ้นอยู่กับช่วงกว้างของการสั่น (แอมพลิจูด) ถ้าแอมพลิจูดมากเสียงจะดังมาก การเปลี่ยนความดันอากาศนี้สามารถเคลื่อนที่ไปข้างหน้า จนถึงหูของผู้ฟังจนทำให้ได้ยินเสียง⁵³

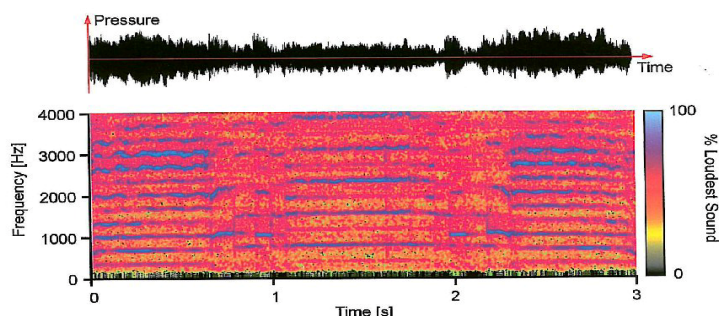
ดังนั้น การแสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียง (Sonogram) คือ การแสดงลักษณะของกราฟของคลื่นเสียงที่ใช้เครื่องมือช่วยในการแปลคลื่นเสียงนั้นออกมา โดยการแสดงออกมาอยู่ในรูปของกราฟเสียง เช่น การแสดงเครื่องหมายเสียงโห่ของทหารขานในคำขอที่ยื่นจดทะเบียนต่อ OHIM ในปี ค.ศ. 2007⁵⁴

⁵² เรื่องเดียวกัน, 111.

⁵³ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคล, การสั่นและคลื่นเสียง [Online], 29 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www.rmutphysics.com/physics/oldfront/89/sound.html>.

⁵⁴ นันทวุฒิ คาคคเน, สรุปผลการประชุมคณะกรรมการวิชาการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... , 99.

ภาพที่ 4.1: แสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียงเป็นเครื่องหมายเสียงโห่ของทหารชาน



ที่มา: นันทวี คาคะเน. (2555). *สรุปผลการประชุมคณะกรรมการวิชาการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...* สืบค้นจาก http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/ext_logo/ewt_dl_link.php?nid=37&filename=index.

3) แสดงลักษณะของเสียงโดยใช้ตัวโน้ต

ตัวโน้ตดนตรี เป็นระบบการบันทึกเสียงดนตรีที่มีมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 11 โดยกีโด เดอร์ อเรซโซ (Guido D' Arrezzo, 995-1050) เป็นบาทหลวงชาวอิตาลี ต่อมาได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งสมบูรณ์อย่างที่เรพบเห็นและใช้กันอยู่ในปัจจุบัน ตัวโน้ตสามารถบอกหรือสื่อให้นักดนตรีทราบถึงความสั้น ความยาว เสียงสูงและเสียงต่ำของระดับเสียงได้หรือสรุปง่าย ๆ โน้ตดนตรี คือ ภาษาเขียนทางดนตรี⁵⁵

ดังนั้น การแสดงลักษณะของเสียงดนตรีจึงเป็นการแสดงออกของเสียงดนตรีที่มีระดับเสียงที่มีความสูงต่ำ มีความสั้นและยาวของเสียง โดยผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงจะต้องแสดงระดับของเสียงดนตรีที่จะนำมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตนโดยให้เห็นเป็นภาพประกอบกับคำขอยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เช่น คำขอจดทะเบียนที่ยื่นจดทะเบียนต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาฮ่องกง⁵⁶

⁵⁵ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, *ตัวโน้ตดนตรีหรือสัญลักษณ์ที่ใช้แทนเสียงดนตรี* [Online], 29 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www.student.chula.ac.th/~53373162/AreaNote.htm>.

⁵⁶ นันทวี คาคะเน, *สรุปผลการประชุมคณะกรรมการวิชาการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...*, 99.

ภาพที่ 4.2: คำขอจดทะเบียนที่ยื่นจดทะเบียนต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาฮ่องกง



ที่มา: Smart-Biggar. (2014). A “Colorful” approach to non-traditional trademarks.

Retrieved from http://www.smart-biggar.ca/en/articles_detail.cfm?news_id=223.

4) การส่งตัวอย่างเสียงโดยบันทึกไว้ในซีดีหรือไฟล์เสียง

หากจะกล่าวถึงการบันทึกเสียงไว้ในซีดีหรืออยู่ในรูปของไฟล์เสียงนั้น น่าจะหมายความว่า เป็นการส่งตัวอย่างของเสียงที่จะนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการที่ต้องการยื่นจดทะเบียน เป็นเครื่องหมายการค้าเสียง เพื่อใช้ในการประกอบการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายเสียงของบุคคลอื่นที่ได้มีการจดทะเบียนไว้แล้ว โดยในการฟังเสียงที่ยื่นจดทะเบียนดังกล่าวอาจจะต้องใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ช่วยในการเปิดไฟล์เสียงหรือซีดีนั้น เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องเล่นแผ่นซีดี เป็นต้น ฉะนั้น จึงต้องทำการศึกษาลักษณะของซีดีหรือลักษณะของไฟล์เสียง เพื่อจะได้เข้าใจและจะได้เลือกได้ถูกต้องว่าควรจะบันทึกเสียงลงในสิ่งบันทึกเสียงรูปแบบใด

เสียงที่บันทึกไว้ในซีดี เป็นวิวัฒนาการของใช้หน่วยความจำรอง ใช้ในการเก็บข้อมูลจำนวนมาก การเก็บข้อมูลบนแผ่นซีดีใช้หลักการทางแสง ช่วงแรกแผ่นซีดีสามารถอ่านได้อย่างเดียว เรียกกันว่า ซีดีรอม (CD-ROM) เป็นข้อมูลที่บันทึกจะถูกบันทึกมาจากโรงงานผู้ผลิต เหมือนการบันทึกเพลงหรือภาพยนตร์ ข้อเด่นของแผ่นซีดี คือ ราคาถูก จุข้อมูลได้มาก สามารถเก็บข้อมูลหรือโปรแกรมได้มากกว่า 750 เมกะไบต์ต่อแผ่น ซึ่งในปัจจุบันเทคโนโลยีการผลิตแผ่นซีดีได้มีการพัฒนามากขึ้นจนสามารถเขียนข้อมูลบนแผ่นซีดีได้เหมือนฮาร์ดดิสก์ เรียกว่า ออปติคัลดิสก์ (Optical Disk) แผ่นซีดี (CD-ROM) แผ่นซีดี ย่อมาจาก คอมแพ็คดิสก์ (Compact Disc) คือ แผ่นออปติคัลเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ซึ่งแผ่นซีดีที่นิยมใช้มี 3 ชนิด ได้แก่⁵⁷

⁵⁷ Thaigoodview, แผ่นซีดี (Compact Disc: CD) [Online], 17 มิถุนายน 2557. แหล่งที่มา <http://www.thaigoodview.com/library/contest2553/type1/tech03/16/CD%20.html>.

(1) แผ่นซีดีรอม (CD-ROM) เป็นหน่วยความจำอ่านได้อย่างเดียว ด้วยแผ่นแบบนี้สามารถทำการเก็บข้อมูลจากคอมพิวเตอร์ได้จำนวนมากได้ เมื่อบันทึกข้อมูลลงไปครั้งแรกแล้วเราไม่สามารถแก้ไขข้อมูลได้อีก⁵⁸

ภาพที่ 4.3: แผ่นซีดีรอม (CD-ROM)



ที่มา: Gaimpietro, D. V. (2014). *My first linux CD-ROM: SLS 1.02*. Retrieved from http://www.digiampietro.com/content/i_and_linux/my_first_linux_cd_rom.html.

(2) แผ่นซีดีอาร์ (CD-R) คือ ซีดีเปล่าที่ผู้ใช้สามารถเขียนเองได้และกลายเป็นมาตรฐานในการแลกเปลี่ยนจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์และเพลงต่าง ๆ⁵⁹

ภาพที่ 4.4: แผ่นซีดีอาร์ (CD-R)



ที่มา: Soshinetwork. (2014). *115112 CD-R sony*. Retrieved from <http://www.sohinetwork.com/?subsection=product-display&product=00101>.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, 114.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, 114.

(3) แผ่นซีดีอาร์ดับบลิว (CD-RW) คือ แผ่นซีดีเปล่าที่ผู้ใช้สามารถเขียนและลบได้หลายครั้ง เพื่อจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ วิดีโอและเพลงต่าง ๆ ⁶⁰

ภาพที่ 4.5: แผ่นซีดีอาร์ดับบลิว (CD-RW)



ที่มา: Aung-maisard. (2557). *ความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์*. สืบค้นจาก <http://aung-maisard.blogspot.com/2010/11/5-cd-romcd-rwd-rw.html>.

และเสียงที่อยู่ในรูปของไฟล์เสียงประเภทต่าง ๆ ซึ่งมีหลายประเภทเราควรจะศึกษาในแต่ละประเภทให้เข้าใจเพื่อจะได้เลือกใช้งานให้เหมาะสมกับงานเราได้ ไฟล์เสียงบางชนิดอาจใช้กับบางโปรแกรมเท่านั้นหรือบางชนิดอาจใช้งานได้กับหลาย ๆ โปรแกรม ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้⁶¹

(1) MIDI (.mid) ย่อมาจาก Musical Instrument Digital Interface เป็นไฟล์ที่ไม่สามารถบันทึกเสียงร้องได้เพราะเป็นไฟล์ที่เก็บคำสั่งที่ส่งไปให้อุปกรณ์ดนตรีแสดงเสียงออกมาตามข้อมูลที่อยู่ข้างในได้ ทำให้อุปกรณ์ดนตรีที่ต่างกัน เมื่อได้ทำงานกับไฟล์ Midi อันเดียวกัน อาจทำให้เสียงออกมาไม่เหมือนกันก็ได้ แต่ไฟล์แบบนี้เป็นที่นิยมมากเพราะมีขนาดเล็กและแก้ไขได้ง่าย⁶²

(2) WAVE (.wav) เป็นไฟล์เสียงที่ได้มาจากการบันทึกเสียง แล้วเก็บไว้ในระบบดิจิทัล ทำให้สามารถนำไฟล์เหล่านี้มาประยุกต์ใช้งานต่าง ๆ ต่อไปได้อีกไม่ว่าจะเป็นการปรับแต่งเสียง ผสมเสียงหรือเปลี่ยนไปเป็นไฟล์เสียงประเภทอื่น ๆ ได้ (เมื่อทำงานร่วมกับ Software) ไฟล์

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, 114.

⁶¹ Jintamusicsschool, *ชนิดของไฟล์เสียงในระบบคอมพิวเตอร์* [Online], 17 มิถุนายน 2557. แหล่งที่มา <http://blog.eduzones.com/ditsapol/14099>.

⁶² เรื่องเดียวกัน.

ประเภทนี้มีขนาดใหญ่เพราะสามารถเก็บความละเอียดไว้ได้มาเท่าที่เราต้องการโดยไม่มีที่บีบอัดข้อมูล เป็นไฟล์เสียงประเภทหนึ่งที่มักพบในวงดนตรีมาก⁶³

(3) CD Audio (.cda) เป็นไฟล์เสียงที่บันทึกลงแผ่นซีดี ใช้เล่นกับเครื่องเสียงทั่วไป ไฟล์ประเภทนี้มีความคมชัดของสัญญาณมากเพราะไม่มีที่บีบอัดข้อมูล โดยปกติคอมพิวเตอร์ไม่สามารถอ่านไฟล์นี้ได้โดยตรง ต้องเล่นผ่านอุปกรณ์อื่น ๆ เช่น เครื่องเสียง ซีดีรอม หรือ Software บางชนิด⁶⁴

(4) MP3 (.mp3) เป็นที่นิยมมากในหมู่นักฟังเพลงทั่วไปในปัจจุบันเพราะเป็นไฟล์เสียงที่ถูกบีบอัดให้เล็กลงจากสัญญาณเสียงจริงได้ถึง 10 เท่า โดยเราสามารถเลือกความละเอียดของการเข้ารหัสได้ ทำให้คุณภาพเสียงของไฟล์ประเภทนี้ที่บีบอัดข้อมูลไม่มากนัก มีคุณภาพดี เป็นที่นิยมในการส่งไฟล์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต⁶⁵

จากรูปแบบของเสียงที่ถูกบันทึกไว้ในแผ่นซีดีและเสียงที่อยู่ในรูปของไฟล์เสียงประเภทต่าง ๆ ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นสามารถทำให้ผู้ที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงสามารถเข้าใจและเลือกรูปแบบที่เหมาะสมกับเสียงที่จะนำมาใช้ในการประกอบการพิจารณาการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้

4.2 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนตามกฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทย

4.2.1 ลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

จากการศึกษาลักษณะกฎหมายเครื่องหมายการค้าโดยทั่วไปของทั้ง 3 ประเทศ กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย นั้นต่างก็มีบทบัญญัติทางกฎหมายในส่วนของกาหนดบทนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” และ “เครื่องหมายการค้า” ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันกับประเทศไทย กล่าวคือ เครื่องหมายใดจะมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ เครื่องหมายดังกล่าวนี้จะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าก่อน ซึ่งบทนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ในแต่ละประเทศต่างก็มีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศนั้น บางประเทศอาจมีการกำหนดรูปแบบของเครื่องหมายไว้โดยชัดเจน เช่น คำ ตัวเลข รูปร่างรูปทรง ภาพ ลายมือชื่อ เป็นต้น ส่วนในบางประเทศอาจกำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ เท่านั้น เช่น

⁶³ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, 116.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, 116.

ประเทศสหรัฐอเมริกา ให้คำนิยามของเครื่องหมายไว้ว่า “เครื่องหมาย” คือ คำ หรือสัญลักษณ์ใดที่ใช้ในทางธุรกิจเพื่อระบุผลิตภัณฑ์หรือบริการและแยกผลิตภัณฑ์หรือบริการให้เห็นถึงความแตกต่างจากผลิตภัณฑ์หรือบริการอื่นได้ เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาบทนิยามของคำว่าเครื่องหมายหรือคำว่า เครื่องหมายการค้าของทั้งสามประเทศรวมถึงประเทศไทยแล้ว สิ่งที่พบว่าคล้ายกัน ก็คือ เครื่องหมายที่จะใช้หรือมีเจตนาที่จะใช้กับสินค้าหรือบริการนั้น ต้องสามารถทำให้บุคคลโดยทั่วไปแยกแยะความแตกต่างระหว่างเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าหรือบริการอื่นได้ แต่ในบทนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ของประเทศไทยนั้นมิได้ให้ความสำคัญคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาด้วย เช่น เครื่องหมายเสียงและกลิ่น ซึ่งในปัจจุบันทั้งสามประเทศดังกล่าวนี้ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น และมีตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นที่ได้รับอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้าด้วย

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทนิยามของกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของต่างประเทศทั้งสามประเทศแล้วสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดบทนิยามเครื่องหมายเสียงและกลิ่นเอาไว้ใน Section 2 (f) of the Principal Register⁶⁶ กล่าวคือ ต้องมีการพิสูจน์หน้าที่เกี่ยวกับการทำงานของเครื่องหมายการค้าเสียงหรือกลิ่นเป็นสำคัญและใน Chapter 37§2.52 of the Code of Federal Regulations.⁶⁷ กำหนดเอาไว้ว่าเครื่องหมายนั้นจะต้องสามารถแสดงออกให้เห็นเป็นภาพได้ โดยจะต้องมีการบรรยายหรืออธิบายเครื่องหมายให้มีความชัดเจนลงไว้ในคำขอยื่นจดทะเบียน ซึ่งก็มีความสอดคล้องกับบทนิยามเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศอังกฤษ⁶⁸ และประเทศออสเตรเลีย⁶⁹ กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นนั้นจะต้องสามารถแสดงออกได้อย่างเป็น

⁶⁶ Section 2(f) of the principal register.

“Required to establish that a scent or fragrance functions as a mark is substantial.”.

⁶⁷ “Chapter 37 §2.52 of the code of federal regulations.

“types of drawings and format for drawings. A drawing depicts the mark sought to be registered. The drawing must show only one mark. The applicant must include a clear drawing of the mark when the application is filed. There are two types of drawings: ...

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

⁶⁸ Section 1(1) The Trade Mark Act 1994.

“trade mark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings. A trade mark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letter, numerals or the shape of goods or their packaging.”.

⁶⁹ Section 40 of Trademarks Act 1995.

รูปธรรมชัดเจนและเครื่องหมายการค้านั้นจะต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้

ฉะนั้น ถ้าหากประเทศไทยมีความต้องการที่จะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของบทนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ให้หมายความรวมถึง “เสียง” และ “กลิ่น” ด้วย โดยทำการศึกษบทนิยามเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศต่างๆ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย ซึ่งในขณะที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาประเทศไทยก็มีความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้ขยายความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วยดังได้อธิบายไปแล้วข้างต้น แต่ก็มีได้มีการกำหนดบทนิยามของคำว่าเครื่องหมายการค้า “เสียง” และ “กลิ่น” เอาไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทนิยามเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดบทนิยามที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์กับประเทศไทย เนื่องด้วยมีบทบัญญัติในส่วนของบทนิยามที่มีความชัดเจน โดยการแยกบทบัญญัติเอาไว้ต่างหากจากบทนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” อีกทั้งยังสามารถเข้าใจได้โดยง่าย

ในประการต่อมา คือ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น จากการพิจารณากฎหมายเครื่องหมายการค้าของทั้งสามประเทศแล้วมีลักษณะของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่คล้ายกัน ประการแรก คือ เครื่องหมายนั้นจะต้องเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่ว่าจะ เป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherent Distinctiveness) หรือลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดมาจากการใช้ (Factual Distinctiveness) โดยทั้งสามประเทศดังกล่าวต่างก็ได้ให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์ของการมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกันกับประเทศไทยเพราะลักษณะบ่งเฉพาะถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่จะทำให้เครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะที่แตกต่างหรือมีเอกลักษณ์ที่ไม่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าอื่น ๆ และยังส่งผลให้ผู้บริโภคหรือบุคคลโดยทั่วไปสามารถทราบและแยกแยะความแตกต่างระหว่างเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าหรือบริการอันอื่นได้ ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะของประเทศไทยนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7⁷⁰ แห่งพระราชบัญญัติ

Trade mark that cannot be represented graphically

“An application for the registration of a trade mark must be rejected if the trade mark cannot be represented graphically.”

⁷⁰ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น

เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ

เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 แต่บทบัญญัติดังกล่าวนี้มิได้ให้ความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วยการศึกษาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศไทยนั้นได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 5⁷¹ และ 6⁷² ตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีความต้องการขยายความคุ้มครองให้หมายรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย

(1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(2) คำหรือข้อความอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่ใช่วางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(3) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ หรือตัวหนังสือ ตัวเลข หรือคำที่ประดิษฐ์ขึ้น

(4) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียน หรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว

(5) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามี แล้ว

(6) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น”

ชื่อ คำ หรือข้อความที่ไม่มีลักษณะตาม (1) หรือ (2) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้วก็ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ”.

⁷¹ มาตรา 5 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

“ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2543 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ...

(1) กลิ่นอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

(12) เสียงอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น”.

⁷² มาตรา 6 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

“ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) ถึง (12) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ”.

จากการศึกษาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของทั้งสามประเทศแล้ว สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ดังนี้ คือ

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงเอาไว้ว่า เสียงที่จะสามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะได้นั้น เสียงนั้นจะต้องไม่ใช่เสียงที่เกิดจากการใช้ การดำเนินการหรือ เป็นวัตถุประสงค์หรือมีลักษณะเกี่ยวกับหน้าที่การทำงานและให้หมายความรวมถึงลักษณะบ่งเฉพาะที่ได้มาจากการใช้ด้วย ส่วนประเทศอังกฤษกำหนดเอาไว้ว่าเสียงที่สามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะได้นั้น เสียงนั้นจะต้องไม่ใช่เสียงที่สื่อความหมายหรือบรรยายให้เห็นลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าตามที่ ยื่นขอจดทะเบียน ต้องไม่ใช่เสียงที่ผู้ประกอบการสินค้าหรือบริการโดยทั่วไปต้องใช้เสียงดังกล่าวนั้น เสียงนั้นจะต้องไม่มีความยาวมากเกินไปและการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะนั้นจะพิจารณาโดยรวม แม้เสียงนั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่หากพิจารณาคำพูดประกอบ ทำให้มีลักษณะบ่งเฉพาะได้ และประเทศออสเตรเลียกำหนดเอาไว้ว่า เสียงนั้นจะต้องไม่มีลักษณะเป็นหน้าที่การทำงานของสินค้า ไม่เป็นเสียงที่มีลักษณะโดยทั่วไปในทางการค้าประเภทนั้นและในสังคมโดยกว้าง ซึ่งเมื่อพิจารณา ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของทั้งสามประเทศแล้ว เห็นได้ว่ามีลักษณะที่ แตกต่างกันเพียงเล็กน้อย แต่สิ่งที่คล้ายกัน ก็คือ เสียงนั้นจะต้องไม่ได้เกิดจากหน้าที่การใช้งานของ สินค้าโดยตรงและเสียงนั้นจะต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของ บุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้

ส่วนลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้นทั้งสามประเทศได้กำหนดไว้ดังนี้ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดไว้ว่า กลิ่นนั้นไม่ได้ใช้เพื่อเป็นหน้าที่ที่เกี่ยวกับการทำงาน จะต้องมีการ แสดงหลักฐานที่เพียงพอว่ากลิ่นนั้นเป็นส่วนสำคัญในการเป็นเครื่องหมายการค้า และสินค้านั้นจะต้อง เป็นสินค้าที่ไม่ได้ขายกลิ่นเป็นวัตถุประสงค์หลักของสินค้าโดยปกติและประการสุดท้ายจะต้องไม่เป็น กลิ่นที่ตอบสนองความชอบส่วนบุคคลด้วย ประเทศอังกฤษมีการกำหนดเอาไว้ว่า กลิ่นที่จะนำมาเป็น เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการนั้น สินค้านั้นจะต้องไม่เป็นสินค้าที่มีกลิ่นหรือมีวัตถุประสงค์ที่ จะให้มีกลิ่นเพื่อสร้างความพึงพอใจและให้หมายความรวมถึงลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดมาจากการใช้โดย แพร์หลายด้วย ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้นกำหนดว่ากลิ่นนั้นจะต้องไม่ใช่กลิ่นที่ผู้ค้ารายอื่นต้องการ หรือจำเป็นต้องใช้ในทางการค้าโดยทั่วไป ไม่ใช่กลิ่นที่มีลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้า ซึ่งจากการ กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้ากลิ่นของทั้งสามประเทศแล้ว สามารถเห็นได้ว่าการ กำหนดที่แตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมของสังคมของแต่ละประเทศ เนื่องจากเครื่องหมาย การค้ากลิ่นนั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา บางกลิ่นในสังคม หนึ่งอาจมีการใช้อย่างแพร่หลายแต่ในอีกสังคมหนึ่งกลิ่นนั้นอาจไม่เป็นกลิ่นที่ได้รับความนิยมก็เป็นได้ ดังนั้น จึงเป็นการยากที่แต่ละประเทศจะกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ากลิ่นให้มี

ความเหมาะสมและครอบคลุมมากที่สุด เพื่อใช้ในการแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการที่ใช้
 กลิ่นหนึ่งออกจากอีกกลิ่นหนึ่งได้

ดังนั้น จากการศึกษาลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศไทยตาม
 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ได้มีการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะ
 เครื่องหมายการค้าเสียงเอาไว้ว่า เสียงนั้นจะต้องไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้น
 โดยตรงหรือเสียงนั้นจะต้องไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การกำหนด
 ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศไทยนั้น จะต้องมีการกำหนดลักษณะบ่ง
 เฉพาะเพิ่มเติมอีกเพื่อให้การกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศไทยมี
 ความสมบูรณ์แบบมากยิ่งขึ้น โดยอาจกำหนดเพิ่มเติมตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของ
 ประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลียว่า เสียงนั้นจะต้องไม่ใช่เสียงที่ผู้ประกอบการหรือผู้ค้ารายอื่น
 มีความต้องการหรือจำเป็นจะต้องใช้ในทางการค้าโดยทั่วไป กล่าวคือ การที่จะนำเสียงใดมาขึ้นขอจด
 ทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้นั้นผู้ยื่นขอจดทะเบียนจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าเสียง
 ดังกล่าวนั้นผู้ประกอบการค้ารายอื่น ๆ ในสังคมโดยกว้างมีความจำเป็นจะต้องใช้เสียงดังกล่าวนั้น
 เช่นเดียวกันหรือไม่ หากผู้ประกอบการค้ารายอื่น ๆ มีความจำเป็นจะต้องใช้เสียงนั้นเช่นเดียวกัน ก็ถือ
 ว่า เสียงนั้นขาดลักษณะบ่งเฉพาะเพราะการที่จะยอมให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีสิทธิผูกขาดในเสียงใด
 เสียงหนึ่งได้นั้นควรจะคำนึงถึงส่วนรวมด้วยว่าสังคมโดยกว้างมีความจำเป็นจะต้องใช้เสียงนั้น
 หรือไม่ ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงใน
 ส่วนนี้ด้วย

ส่วนกรณีลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้นตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมาย
 การค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... กำหนดเอาไว้ว่า กลิ่นนั้นจะต้องไม่ใช่กลิ่นที่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติ
 ของสินค้าโดยตรงหรือกลิ่นนั้นต้องเป็นกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น จากการศึกษา
 ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้ากลิ่นของทั้งสามประเทศแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประเทศไทย
 ควรกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้ากลิ่นเพิ่มเติมเช่นเดียวกับกรณีลักษณะบ่งเฉพาะ
 เครื่องหมายการค้าเสียงดังที่กล่าวไปข้างต้น คือ กลิ่นนั้นจะต้องไม่ใช่กลิ่นที่ผู้ประกอบการหรือผู้ค้า
 รายอื่นต้องการหรือจำเป็นจะต้องใช้ในทางการค้าโดยทั่วไปโดยมีความสอดคล้องกับกฎหมาย
 เครื่องหมายการค้าของประเทศออสเตรเลีย

ฉะนั้น หากประเทศไทยต้องการขยายการให้ความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายการค้าเสียง
 และกลิ่นแล้ว ควรจะต้องมีการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะที่มีความเหมาะสมและครอบคลุมมากที่สุด
 โดยทำการศึกษาและหาแนวทางในการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น
 จากกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นและจะต้องคำนึงถึงประโยชน์
 ของผู้ประกอบการ ผู้ค้ารายอื่นและประชาชนส่วนมากด้วย

ประการที่สอง คือ เครื่องหมายนั้นจะต้องไม่เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ซึ่งในแต่ละประเทศต่างก็มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่มีความแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมของจารีตประเพณี สภาพสังคมและวัฒนธรรมเพราะในบางประเทศข้อห้ามหนึ่งอาจจะถือว่าสามารถทำได้แต่อีกประเทศหนึ่งอาจจะเห็นว่าไม่เหมาะสมก็ได้ เช่น มาตรา 1052⁷³ แห่ง The Lanham Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องไม่เป็นชื่อหรือสัญลักษณ์ขององค์กรระหว่างประเทศ ต้องไม่เป็นเครื่องหมายที่ประกอบด้วยสิ่งที่ผิดศีลธรรมอันดี เป็นต้น ซึ่งประเทศไทยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 8⁷⁴ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ซึ่งทั้งสามประเทศรวมถึงประเทศไทยก็ได้มีการตราบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าเสียงหรือกลิ่นใดเป็นเสียงหรือกลิ่นที่ต้องห้ามตามกฎหมายเพราะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะกำหนดว่าสิ่งใดถูกต้องหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าอาจต้องมีการปรับใช้ลักษณะที่ต้องห้ามตาม

⁷³ §1052 USC 15 (Section 2 of the Lanham Act).

⁷⁴ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน

(1) ตราแผ่นดิน พระราชลัญจกร ลัญจกรในราชการ ตราจักรี

ตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตราประจำตำแหน่ง ตราประจำกระทรวง ทบวง กรม หรือตราประจำจังหวัด

(2) ธงชาติของประเทศไทย ธงพระอิสริยยศ หรือธงราชการ

(3) พระบรมฉายาลักษณ์ พระนามาภิไธย พระปรมาภิไธยย่อ พระนามาภิไธยย่อ หรือนามพระราชวงศ์

(4) พระบรมฉายาลักษณ์ หรือพระบรมสาทิสลักษณ์ของพระมหากษัตริย์ พระราชินี หรือรัชทายาท

(5) ชื่อ คำ ข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระ

ราชวงศ์

(6) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำชาติของรัฐต่างประเทศ ธงหรือเครื่องหมายขององค์การระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการและเครื่องหมายควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือชื่อและชื่อย่อของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น

(7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือกาเงินิวา

(8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรองประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาลไทย ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐของประเทศไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้จดทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายเช่นนั้น เป็นรางวัลสำหรับสินค้านั้น และใช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้านั้น แต่ทั้งนี้ต้องระบุปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย

(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสน์นโยบาย

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม

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

(12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”.

กฎหมายโดยทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศมาปรับใช้โดยอนุโลม ซึ่งลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายโดยทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย เช่น มาตรา 8 (9)⁷⁵ บัญญัติว่า “เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนบาย” กรณีกลืนอาจจะเป็นกลืนของยาเสพติด กลืนสารเคมีที่มีผลต่อร่างกายในระยะยาว เป็นต้น ฉะนั้น เสียงและกลืนที่มีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศใด ย่อมไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ในประเทศนั้น

ประการสุดท้าย คือ เครื่องหมายการค้าานั้นจะต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้วจนทำให้ประชาชนโดยทั่วไปเกิดความสับสนหลงผิดในเครื่องหมายการค้า นั้นเพราะเมื่อเครื่องหมายการค้าใดมีความเป็นไปได้ว่าจะทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดและทำให้เกิดความเสียหายกับเจ้าของเครื่องหมายการค้าเดิมที่ได้ทำการจดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว ย่อมไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 13⁷⁶ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กรณีเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนนั้นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย รวมถึงประเทศไทย ก็ได้มีการบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกับกรณีเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายดังที่กล่าวไปข้างต้น ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ควรนำหลักในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกันโดยทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของแต่ละประเทศมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนโดยอนุโลม

4.2.2 ลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืน

จากการศึกษาทบทวนบทบัญญัติทางกฎหมายของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย ต่างได้มีการอธิบายถึงลักษณะของเครื่องหมายเสียงและกลืนที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ในเบื้องต้นที่คล้ายกันว่าเครื่องหมายนั้นจะต้องสามารถแสดงออกได้อย่างเป็นรูปธรรม กล่าวคือ สามารถอธิบายบรรยายและแสดงออกให้เห็นเป็นภาพประกอบอย่างชัดเจนของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนที่จะนำไปจดทะเบียนและบรรยายว่าเสียงและกลืนนั้นมีลักษณะเป็นอย่างไร ประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือ

⁷⁵ มาตรา 8(9) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนบาย”.

⁷⁶ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

“ภายใต้บังคับมาตรา 27 ในกรณีที่เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้น นายทะเบียนเห็นว่า

(1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรือ

(2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้า หรือแหล่งกำเนิดของสินค้า

ถ้าเป็นการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวกเดียวกัน หรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน ห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียน”.

บริการประเภทใด โดยทำการระบุในคำขอยื่นจดทะเบียนด้วยว่าเครื่องหมายการค้าที่ต้องการจดทะเบียนนี้ เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาประเภทเสียงหรือกลิ่นให้ระบุไว้โดยชัดเจน มิฉะนั้นอาจถูกพิจารณาอย่างรูปแบบเครื่องหมายการค้าทั่วไปได้ ซึ่งการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายนั้นต้องมีความชัดเจน มีความแน่นอน มีลักษณะพิเศษโดยตัวเอง เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย สามารถเข้าใจได้ง่าย มีสภาพที่อยู่ได้นานและไม่เปลี่ยนสภาพได้ง่าย บรรยายได้เพียงพอที่จะทำให้ผู้บริโภคทราบถึงแหล่งที่มาและความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากอีกบุคคลหนึ่งได้ ในส่วนของประเทศไทยนั้นจากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นเอาไว้โดยเฉพาะอย่างเช่นทั้งสามประเทศ มีแต่เพียงบทบัญญัติในส่วนของคำนิยามและลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นเท่านั้น

หลักเกณฑ์ในการยื่นขอจดทะเบียนหรือลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดเอาไว้ว่าเครื่องหมายเสียงที่จะนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายเสียงนั้นจะต้องเป็นเสียงดนตรีที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ เป็นงานที่ไม่มีบุคคลใดเป็นเจ้าของเสียงดนตรีนั้นอยู่ก่อนแล้วตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เสียงนั้นอาจจะเป็นเสียงดนตรีที่ไม่มีคำพูดใด ๆ หรือคำพูดที่มีดนตรีประกอบก็ได้ โดยผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องทำการส่งโน้ตเพลงเพื่อเติมคำบรรยายด้วยและมีการจัดทำสำเนาเป็นตัวอย่างไฟล์เสียงหรือไฟล์ภาพวิดีโอเพื่อใช้ในการตรวจสอบความชัดเจนของคำบรรยาย โดยอาจอยู่ในรูปของแผ่นซีดี ไฟล์เสียง ตลับเทปบันทึกเสียงหรือสิ่งอื่นใดที่เหมาะสม

กรณีเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้นผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนไม่ต้องยื่นภาพประกอบ แต่จะต้องมีหลักฐานสนับสนุนมากเพียงพอที่จะแสดงว่ากลิ่นนั้นทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้

2) ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษกำหนดว่าการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงนั้นอาจทำเป็นชั้นบันได รูปกุญแจ ตัวโน้ต เครื่องหมายหยุด โดยเป็นการแสดงความสัมพันธ์ระหว่างกัน ซึ่งการแสดงลักษณะข้างต้นนี้ทำให้ทราบจังหวะและเสียงสูงเสียงต่ำของเสียงดนตรีได้เป็นอย่างดีและต้องมีการระบุจังหวะเสียงสูงเสียงต่ำประกอบด้วย ไม่ใช่เสียงที่ผู้ประกอบการสินค้าหรือบริการโดยทั่วไปต้องการใช้โดยไม่มีเจตนาที่ไม่เหมาะสม การพิจารณาดนตรีสากลนั้นเสียงดนตรีจะต้องไม่มีความยาวจนเกินไป เนื่องจากความยาวของเสียงที่มากจนเกินไปอาจทำให้เสียงนั้นไม่สามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้

ส่วนเครื่องหมายการค้ากลั่นนั้นให้ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาตามที่ศาลแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Justice (ECJ)) ได้ให้แนวทางในการพิจารณาถึงวิธีการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายการค้ากลั่นไว้ว่าจะต้อง ชัดเจน มีความแน่นอน เป็นลักษณะพิเศษโดยตัวเอง เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย สามารถเข้าใจได้ง่าย มีสภาพที่อยู่ยงคงทนและไม่เปลี่ยนแปลง⁷⁷ และในทางปฏิบัติแนวทางในการพิจารณาดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นไปได้ยาก เนื่องด้วยมีความเข้มงวดมากเกินไป ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลั่นไม่สามารถแสดงออกเป็นรูปธรรมให้ครบทั้ง 7 ประการได้

3) ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียกำหนดเอาไว้ว่าการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงนั้นจะต้องมีการแสดงภาพกราฟฟิกประกอบการยื่นคำขอทะเบียนและทำการแสดงรายละเอียดเป็นคำบรรยายของเสียง หากไม่ได้มีลักษณะเป็นเสียงดนตรี คำบรรยายจะต้องมีลักษณะที่มีความชัดเจนและมีความแน่นอนหากรายละเอียดในคำบรรยายผู้ตรวจคำขอจดทะเบียนเห็นว่าไม่เพียงพอที่สามารถขอเพิ่มเติมได้ในภายหลังและหากเป็นกรณีที่เสียงที่ต้องการจดทะเบียนเป็นเสียงดนตรีให้แสดงเป็นโน้ตดนตรีหรือแสดงเป็นบันไดเสียง (Score of Tune) โดยมีคำบรรยายประกอบก็ได้ โดยมีการทำสำเนาเสียงให้อยู่ในรูปแบบของ แผ่นซีดี ดีวีดีหรือในรูปแบบอื่นที่เหมาะสมก็ได้

กรณีเครื่องหมายการค้ากลั่นนั้น จะต้องบรรยายว่าลักษณะของกลั่นเป็นเช่นใดโดยจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนและใช้กับสินค้าประเภทใด ถ้าหากในการบรรยายลักษณะเสียงที่นำมายื่นขอจดทะเบียนนั้นมีการบรรยายรายละเอียดที่ไม่เพียงพอ อาจจะถูกนายทะเบียนขอรายละเอียดการบรรยายเพิ่มเติมได้ โดยการยื่นคำบรรยายเสียงนั้นอาจทำได้โดยการยื่นมาพร้อมกับคำขอจดทะเบียนหรือยื่นในภายหลังในขั้นตรวจสอบก็ได้และอาจมีการส่งตัวอย่างกลั่นประกอบด้วย

4) ประเทศไทย

นอกจากเครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น เครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นจะต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการยื่นจดทะเบียนด้วยเพื่อให้ผู้ที่ต้องการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสามารถทราบลักษณะโดยทั่วไปของการยื่นจดทะเบียนได้ถูกต้อง ซึ่งประเทศไทยได้มีการตราบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะอย่างเช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย แต่จากการศึกษาเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...⁷⁸ ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงไว้ว่า

⁷⁷ Intellectual Property Office, *Manual of Trade Marks Practice-Chapter3-Examination and Practice* [Online], 17 April 2014a. Available from <http://www.ipo.gov.uk/tmmanual-chap3-archive.pdf>.

⁷⁸ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบแล้ว), 88.

1) จะต้องบรรยายลักษณะของเสียงในคำขอจดทะเบียน ต้องบรรยายว่าเสียงมีลักษณะเป็นอย่างไร ใช้กับสินค้าหรือบริการอะไร เพื่อแสดงให้เห็นนายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายเสียงของตนมีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายเสียงของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว ด้วยวิธีการเขียนออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรแทนถ้อยคำในเสียงนั้น ๆ โดยจะต้องบรรยายให้มีความละเอียดและชัดเจน

2) การแสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียง (Sonogram) เป็นการแสดงลักษณะของกราฟของคลื่นเสียงที่ใช้เครื่องมือช่วยในการแปลคลื่นเสียงนั้นออกมา โดยการแสดงออกมาอยู่ในรูปของกราฟเสียง

3) แสดงลักษณะของเสียงโดยใช้ตัวโน้ต เป็นการแสดงออกของเสียงดนตรีที่มีระดับเสียงที่มีความสูงต่ำ มีความสั้นและยาวของเสียง โดยผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงจะต้องแสดงระดับของเสียงดนตรีที่จะนำมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตนโดยให้เห็นเป็นภาพประกอบกับคำขอยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย

4) การส่งตัวอย่างเสียงโดยบันทึกไว้ในซีดีหรือไฟล์เสียง เป็นการส่งตัวอย่างของเสียงที่จะนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการที่ต้องการยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียง เพื่อใช้ในการประกอบการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายเสียงของบุคคลอื่นที่ได้มีการจดทะเบียนไว้แล้ว โดยในการฟังเสียงที่ยื่นจดทะเบียนดังกล่าวอาจจะต้องใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ช่วยในการเปิดไฟล์เสียงหรือซีดีนั้น เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องเล่นแผ่นซีดี เป็นต้น ซึ่งผู้ที่ต้องการยื่นขอจดทะเบียนจะบันทึกเสียงไว้ในรูปแบบของสิ่งบันทึกใดก็ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมกับเสียงนั้น ๆ

ส่วนกรณีเครื่องหมายการค้ากลั่นนั้นจะต้องทำการบรรยายลักษณะของกลั่นในคำขอจดทะเบียน พร้อมทั้งส่งตัวอย่างกลั่นที่ต้องการยื่นจดทะเบียนมาประกอบด้วย

จากการศึกษาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มิได้มีบทบัญญัติในการกำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นเอาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในการกำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นด้วยเพราะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ฉะนั้น จึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ในการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเดิมมาใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นได้ ซึ่งจากการศึกษาเอกสารประกอบการพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ผู้วิจัยมีความเห็นว่ากำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนดังที่กล่าวไปข้างต้นนั้นมีความเหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว เนื่องด้วยเป็นวิธีการที่มีความสอดคล้องกับวิธีการยื่นจดทะเบียนของต่างประเทศแล้ว

ดังนั้น จากการศึกษาลักษณะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทยแล้ว ทำให้ทราบว่าหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าเสียงและกลั่นที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์เฉพาะ อันเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะเป็นสิ่งที่ทำให้เครื่องหมายการค้าแต่ละเครื่องหมายมีความแตกต่างกัน ทำให้บุคคลโดยทั่วไปสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการที่มีแหล่งกำเนิดหรือแหล่งที่มาที่ต่างกันได้และเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตานี้มีลักษณะหรือรูปแบบที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าเดิม ฉะนั้น จะใช้หลักเกณฑ์เดิมในการพิจารณาไม่ได้ ซึ่งในแต่ละประเทศต่างก็มีหลักเกณฑ์หรือรูปแบบในการยื่นจดทะเบียนที่แตกต่างกัน

ไปตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศนั้น เช่น กรณีเครื่องหมายการค้าเสียง ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดเอาไว้ว่าจะต้องเป็นเสียงดนตรีไม่ได้รับการคุ้มครองอยู่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ส่วนประเทศอังกฤษไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนอย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีโอกาสให้มีการคัดค้านได้ด้วย ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้นไม่มีการกล่าวหรือกำหนดถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เลย เป็นต้น หากประเทศไทยมีความต้องการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ประเทศไทยจะต้องทำการศึกษากฎการให้ความคุ้มครองหลักเกณฑ์ต่าง ๆ จากประเทศที่ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าประเภทนี้แล้ว เพื่อจะได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับประเทศไทยและพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดที่จะได้รับด้วย

และเพื่อให้เกิดความเข้าใจในการคิดวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ผู้วิจัยจึงได้ทำตารางเปรียบเทียบนิยามโดยทั่วไป นิยามเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ และการยื่นขอจดทะเบียน เพื่อให้เห็นเป็นภาพประกอบที่มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นดังนี้



ตารางที่ 4.1: การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
1. นิยาม เครื่องหมายการค้า โดยทั่วไป	<p>The Lanham Act มาตรา 45 (15 U.S. Code 1127)</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายถึง รวมถึง ถ้อยคำใด ๆ ชื่อ สัญลักษณ์ หรืออุปกรณ์ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกัน และ</p> <ol style="list-style-type: none"> ใช้โดยบุคคล หรือ บุคคลซึ่งมีเจตนาที่สุจริตมุ่งประสงค์จะใช้ในทางการค้าและจดทะเบียนตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อที่จะใช้เป็นที่หมายในการสังเกตว่าเครื่องหมายที่จะใช้กับสินค้าของตนแตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าของบุคคลอื่นและเพื่อบ่งชี้ว่าเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าเหล่านี้มีแหล่งกำเนิดมาจากแหล่งเดียวกัน” 	<p>Section 1(1) of The Trade Marks Act 1994</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายถึง สัญลักษณ์ใด ๆ ที่สามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจนและสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตรายหนึ่งกับผู้ผลิตรายอื่น เครื่องหมายการค้าอาจประกอบไปด้วยคำ (รวมถึงชื่อบุคคล) แบบผลิตภัณฑ์ตัวอักษร ตัวเลขหรือรูปร่างรูปทรงของวัตถุ หรือสีของสินค้า”</p>	<p>Section 6 of Trademarks Act 1995</p> <p>“เครื่องหมาย” (Sign) ตัวหนังสือ คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวเลข ภาพ ประติมากรรม หวีข้อ ฉลาก ตั๋ว บรรจุ ภัณฑ์ รูปร่าง สี เสียง กลิ่น หรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน”</p> <p>Section 17 of Trademarks Act 1995</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า “เครื่องหมายการค้า หมายถึง สัญลักษณ์ที่ใช้หรือที่มีเจตนาจะใช้ เพื่อแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้ในทางการค้าของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการที่ใช้ในทางการค้าอีกบุคคลหนึ่ง”</p>	<p>มาตรา 4 พระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534</p> <p>“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำหรือข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้ อย่างไม่อย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน”</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
2. นิยาม เครื่องหมายการค้า เสียง	<p>Chapter 37§2.52 of the Code of Federal Regulations</p> <p>“- รูปแบบที่แสดงออกให้เห็นเป็นภาพประกอบกับเครื่องหมายที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น</p> <p>1. เครื่องหมายนั้นจะต้องแสดงให้เห็นในฐานะเป็นเครื่องหมายเพียงเครื่องหมายเดียว</p> <p>2. ผู้ที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายหรืออธิบายเครื่องหมายให้มีความชัดเจนลงไปในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า</p> <p>- รูปแบบของการแสดงออกให้เห็นเป็นภาพของเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่นและเครื่องหมายอื่น ๆ ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา</p>	<p>Section 1(1) of The Trade Mark Act 1994</p> <p>“In this Act a “Trademark” means any Sign Capable of being Represented Graphically which is Capable of Distinguishing Goods or Services of One Undertaking from those of other Undertakings. A Trademark may, in Particular, Consist of Words (Including Personal Names), Designs, Letters, Numerals or the Shape of Goods or their Packaging”</p> <p>- คดี Shield, C-283/01 ศาล European Court of Justice (ECJ) ตัดสินว่าเสียงนั้นสามารถแสดง</p>	<p>Section 6 of Trademarks Act 1995</p> <p>“เครื่องหมาย” (Sign) ตัวหนังสือ คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวเลข ภาพ ประติมากรรม ตรา หัวข้อ ฉลาก ตัว บรรจุ ภัณฑ์ รูปร่าง สี เสียง กลิ่น หรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน”</p> <p>Section 40 of Trademarks Act 1995</p> <p>“กำหนดว่าการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องถูกปฏิเสธ ถ้าหากเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมได้ กล่าวคือ ไม่สามารถแสดงหรืออธิบายความแตกต่างของเครื่องหมายที่ยื่นคำขอจดทะเบียนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น</p>	<p>มาตรา 3 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...)</p> <p>พ.ศ. ...</p> <p>“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงของวัตถุ กลิ่น เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”</p>

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
2. นิยาม เครื่องหมายการค้า เสียง (ต่อ)	<p>1. ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนไม่ต้องบรรยายรูปแบบของเครื่องหมายได้ ถ้ามีการบรรยายรูปแบบที่สมบูรณ์เพียงพอแล้ว</p> <p>2. ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายลักษณะหรือรูปแบบของเครื่องหมายของตนมาประกอบการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย”</p>	<p>ลักษณะกราฟฟิกได้และสามารถทำให้ผู้บริโภคทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ได้ โดยกำหนดไว้ว่า</p> <p>“The Representation must be Clear, Precise, Self-Contained, Easily Accessible, Intelligible, Durable and Objective. It is Sufficient that the Sign is Easily Intelligible, Even if not Immediately”</p>	<p>ได้อย่างชัดเจน จึงไม่อาจได้รับการอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้าได้”</p> <p>Trademark Manual and Procedure Part 21 Non-Tradition Sign 5.1 Paragraph 2</p> <p>“การแสดงผลออกอย่างเป็นรูปธรรม” หมายความว่า การแสดงให้เห็นถึง คำ สัญลักษณ์ หรือสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นถึงเสียงดนตรีโดยการแสดงเป็นตัวโน้ต”</p>	
3. ลักษณะของ เครื่องหมายที่ สามารถจดทะเบียน ได้	<p>1. ต้องเป็นดนตรีกรรมที่ไม่ได้รับการคุ้มครองอยู่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์</p>	<p>ข้อ 16.4.2 ของคู่มือการจดทะเบียน ได้กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctive Character)</p>	<p>ข้อ 6 คู่มือการพิจารณาเครื่องหมายการค้า (Trade Mark Manual and Procedure (TMMP))</p>	<p>มาตรา 5(12) ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>	<p>- EMI Catalogue Partnership V. Hill, Holliday, Conors, Cosmopulos Inc., 228 F.3d 56, 56 USPQ2d 1270 (2d Cir. 2000)</p> <p>2. เสียงที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้ในคดี General Electric Broadcasting Co., Inc., 199 USPQ 560, 563 (TTBA) ให้ความหมายรวมทั้ง</p> <p>(1) เสียงดนตรี Musical Tone โดยไม่มีคำพูดใด ๆ</p> <p>(2) คำพูดที่มีดนตรีประกอบ</p> <p>3. ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ เมื่อได้ยินเสียงนั้นแล้วสามารถทำให้ผู้ฟังระบุว่าเป็นสินค้าหรือบริการนั้นมาจากที่มาบางที่ได้ แม้จะไม่ทราบว่าเป็นแหล่งที่มาอันใดก็ตาม</p>	<p>ของเครื่องหมายเสียงไว้ว่า เครื่องหมายเสียงนั้นต้องไม่ใช่เสียงที่สื่อความหมายหรือบรรยายให้เห็นลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าตามที่ยื่นขอจดทะเบียน โดยได้กำหนดหลักไว้ดังนี้</p> <p>1. มีลักษณะบ่งเฉพาะ ทำให้ผู้บริโภคโดยทั่วไปสามารถทราบและนึกถึงสินค้าหรือบริการนั้น ๆ</p> <p>2. ไม่ใช่เสียงที่ผู้ประกอบการสินค้าหรือบริการโดยทั่วไปต้องการใช้โดยไม่มีเจตนาที่ไม่เหมาะสม</p> <p>3. การพิจารณาดนตรีสากลเสียงดนตรีนั้นต้องไม่มีความยาวจนเกินไป</p>	<p>1. ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของมันเอง ทำให้สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของผู้ยื่นออกจากผู้อื่นได้</p> <p>2. คำวินิจฉัยคำตัดสินในคดี W&G Du Cros Appn [1993] 30 RPC 660 at 662 ในการพิจารณาด้วยว่าผู้ค้ารายอื่นอาจต้องการหรือจำเป็นที่จะใช้เสียงเดียวกันนี้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึง 2 หลักเกณฑ์เป็นหลัก</p> <p>2.1 ต้องไม่มีลักษณะเป็นหน้าที่การทำงาน เช่น เสียงเครื่องยนต์ของจักรยายนต์ สำหรับผู้ค้าจ้าวกรรถจักรยานยนต์ เสียงไซเรน ฯลฯ</p> <p>2.2 ไม่เป็นลักษณะทั่วไปในทางการค้าประเภทนั้นและในสังคมโดยกว้าง</p>	<p>1. ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองของเครื่องหมายการค้าเสียง “เสียงอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้นหรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น”</p> <p>- ลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้สามารถแยกพิจารณาได้ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานพ.ศ. 2525 และคำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 ดังนี้</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>	<p>- ไม่ใช่เสียงที่เกิดจากการใช้ การดำเนินการหรือเป็นวัตถุประสงค์หรือมีลักษณะเกี่ยวกับหน้าที่การทำงาน เช่น เสียงนาฬิกา คดี Vertex Group LLC, 89 USPQ2d 1694, 1770 (TTAB 2009) เป็นกรณีที่น่ายทะเบียนปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเสียงเนื่องจากเสียงนั้นเป็นเสียงเตือนภัยที่มีไว้เพื่อป้องกันการลักพาตัวเด็ก ดังที่ได้เคยกล่าวไว้โดยละเอียดข้างต้นเพราะเป็นเสียงที่เกิดจากเสียงโทรศัพท์ปกติทั่วไป (Normal Operation) ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เสียงประเภทนี้ต้องแสดงว่าได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาโดยการใช้ตามมาตรา 2(f)</p>	<p>เนื่องจากความยาวของเสียงที่มากจนเกินไป อาจทำให้เสียงนั้นไม่สามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้</p> <p>4. การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะนั้นพิจารณาโดยองค์รวม แม้เสียงนั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่หากพิจารณาค่าพูดประกอบ ทำให้มีลักษณะบ่งเฉพาะ กรณีนี้รับจดทะเบียนได้</p> <p>5. กรณีเกี่ยวเนื่องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ได้นำมาใช้ในการพิจารณาในเบื้องต้น แต่เปิดไว้ให้สามารถมาคัดค้านได้</p>	<p>3. มีการประดิษฐ์ที่เพียงพอให้เกิดลักษณะบ่งเฉพาะ เช่น</p> <ul style="list-style-type: none"> - เสียงสุนัขหอน สำหรับไวน์ เบียร์ และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ - เสียงเด็กหัวเราะ สำหรับบริการที่ปรึกษาด้านภาษี - เสียงผู้ยื่นคำขอร้องเพลงโฆษณาสำหรับสินค้าหรือบริการทั่วไป <p><u>ตัวอย่างที่มีการปรับเปลี่ยนให้มีลักษณะบ่งเฉพาะที่ไม่เพียงพอเป็นเสียงซึ่งมักใช้กันโดยทั่วไป ซึ่งผู้ค้ารายอื่นอาจต้องการใช้ เช่น เสียงสำหรับ บริการรับเลี้ยงเด็ก หรือการรักษาพยาบาล</u></p>	<p>1.1 ลักษณะของสินค้า หมายถึง รูปลักษณะของสินค้าภายนอกที่สามารถมองเห็นได้ด้วยสายตา</p> <p>1.2 คุณสมบัติของสินค้า หมายถึง การแสดงถึงสรรพคุณหรือการใช้งานของสินค้า</p> <p>1.3 การเล็งโดยตรง หมายถึง เมื่อสาธารณชนพบเห็นเครื่องหมายนั้นแล้วต้องทำให้สาธารณชนทราบหรือเข้าใจในลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยทันที โดยไม่ต้องอาศัยจินตนาการหรือความพยายามเชื่อมโยงความหมายนั้น ๆ ให้เข้ากับสินค้า</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>	<p>- คดี Harley-Davidson, Inc. Attempted to Register Sound of their V-Twin Engine in 1994. เลขทะเบียน 74485223</p> <p>4. ลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้เครื่องหมายนั้น</p> <p>- คดี Ship's Bells Tolling for a Radio Broadcast. Reg. No. 1163079 In Re General Electric Broadcasting Co., Inc., 199 USPQ 560 (TTAB 1978)</p>	<p><u>ตัวอย่างเสียงที่ไม่รับจดทะเบียน</u></p> <p>- ดนตรีง่าย ๆ ที่ประกอบด้วยโน้ต 1-2 ตัว</p> <p>- เพลงที่ใช้ทั่วไปเพื่อ เช่น “Green Sleeves” เป็นเสียงรถไอศกรีม (สำหรับสินค้า Ice Cream Etc.)</p> <p>- เพลงจิงเกิ้ล (Jingles) ที่ใช้กับเครื่องเล่นในสวนสนุก (สำหรับเครื่องจักรและการบันเทิง)</p> <p>- เพลงที่โด่งดังสำหรับบริการด้านการบันเทิง รวมทั้งบริการสวนสนุก</p> <p>- เพลงกล่อมหรือเพลงสำหรับเด็ก (สำหรับสินค้าและบริการเกี่ยวกับเด็ก)</p> <p>- เพลงที่มีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่ง</p>	<p><u>ตัวอย่างที่ไม่มีการปรับเปลี่ยนให้มีลักษณะบ่งเฉพาะ</u> ซึ่งเห็นได้ชัดว่าผู้ค้าในสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันต้องการใช้ตาม Section 41(6) ในกรณีนี้หากสามารถแสดงในที่ยื่นจดทะเบียนว่าเสียงดังกล่าวสามารถทำให้ผู้บริโภคแยกแยะสินค้าหรือบริการของตนออกจากของผู้อื่นได้ เช่น</p> <p>- เสียงกระจกแตกสำหรับบริการซ่อมกระจก</p> <p>- เสียงบางส่วนของเพลงที่โด่งดังสำหรับบริการประเภทการแสดงดนตรีโอเปร่า</p>	<p>1.4 เสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หมายถึง โดยธรรมชาติของสินค้านั้นไม่มีเสียง แต่สินค้านั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับเสียงนั้นอยู่อันเนื่องมาจากส่วนผสมหรือวัตถุดิบของสินค้านั้น เช่น</p> <p>- เสียงร้องของวัว “มอมมอม” สำหรับการจำหน่ายสินค้าเนื้อวัวนมวัว</p> <p>ฉะนั้น จะต้องไม่ใช่เสียงที่โดยธรรมชาติของสินค้านั้นจะต้องมีเสียงเช่นนั้น</p> <p>1.5 เสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น หมายถึง การที่</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>		<p>กับท้องถิ่นหรือประเทศ (สำหรับสินค้าหรือบริการที่มีแหล่งกำเนิดหรือผลิตในแหล่งนั้น)</p>		<p>จะนำเสียงใดมาใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นได้ สินค้าหรือบริการนั้นจะต้องไม่เป็นที่มาหรือทำให้เกิดเสียงดังกล่าวนำมาใช้เป็นเครื่องหมายเสียง เช่น</p> <ul style="list-style-type: none"> - เสียงของเครื่องยนต์ <p>รถจักรยานยนต์นำมาใช้สำหรับการจำหน่ายรถจักรยานยนต์</p> <p>2. ลักษณะบ่งเฉพาะที่ได้มาจากการใช้ โดยการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลาย</p> <p>มาตรา 6 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)				<p>“ให้ยกเลิกความในวรรคสามของ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และ ให้ใช้ความต่อไปนี้แทน</p> <p>“เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะ ตามวรรคสอง (1) ถึง (12) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณา สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนดและพิสูจน์ ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์ นั้นแล้ว ให้ถือว่าไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ”</p> <p>- ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถนำ หลักเกณฑ์เดียวกันที่รัฐมนตรี</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)				ประกาศกำหนดที่ใช้กับเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา นำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้โดยอนุโลม
4. การยื่นขอจดทะเบียน	<p>คู่มือการตรวจสอบระบบเครื่องหมายการค้า (TMEP 807.09 “Drawing” of Sound, Scent, or Nonvisual Mark)</p> <p>1. ผู้ยื่นคำขอไม่ต้องยื่นภาพประกอบ แต่ต้องยื่นคำบรรยายรายละเอียดของเสียง โดยระบุในระบบร้องขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบอิเล็กทรอนิกส์ (TEAS) ว่าไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา “Non-Visual Mark”</p>	<p>ข้อ 16.4.1 ของคู่มือการจดทะเบียน โดยได้กำหนดหลักที่แสดงออกให้เห็นถึงความมีรูปธรรม (Graphical Representation) ไว้ดังนี้</p> <p>1. เสียงต้องแสดงเครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนเป็นลักษณะที่เป็นรูปธรรมได้อย่างชัดเจน (Representing Graphically)</p> <p>2. ระบุชัดเจนว่าเป็นเครื่องหมาย</p>	<p>ส่วนที่ 21 ข้อ 6.1 (Part 21 – Non-Traditional Signs 6.1) ของคู่มือการพิจารณาและตรวจสอบเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure) กล่าวถึงวิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายเสียงว่า</p> <p>1. ระบุในคำขอจดทะเบียนว่าจดเสียงเป็นเครื่องหมายการค้า</p> <p>2. ต้องแสดงภาพกราฟิก</p>	<p>ผลสรุปของการประชุมคณะกรรมการสิทธิวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2555 ได้มีการเสนอว่าควรใช้วิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงดังนี้</p> <p>1. บรรยายลักษณะของเสียงในคำขอจดทะเบียน</p> <p>- ต้องบรรยายว่าเสียงมีลักษณะ</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>4. การยื่นขอจดทะเบียน (ต่อ)</p>	<p>2. จัดทำสำเนา Audio หรือ Video ตาม 37 C.F.R § 2.61(b) เพื่อให้การบรรยายรายละเอียดเครื่องหมายมีความชัดเจนขึ้นและเพื่อตรวจสอบว่าถูกต้องตรงกับคำบรรยาย (to Supplement and Clarify Description) ซึ่งในนี้บรรจุเพียงเครื่องหมายที่ต้องการขอจดทะเบียนเท่านั้น</p> <p>2.1 หากยื่นขอจดทะเบียนธรรมดา ต้องทำในรูปแบบ CDs หรือ DVDs วีดีโอเทป หรือ เทปบันทึกเสียง ในรูปแบบ .wav, mp3, .mpg, .avi โดยระบุว่าเพื่อเสริมการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายที่ขอจดทะเบียน</p>	<p>“เสียง” มิฉะนั้นคำขอจดทะเบียนจะถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นอักษร หรือ ลักษณะอื่น (เช่น เป็นรูปโน้ตดนตรี)</p> <p>3. การแสดงลักษณะของเสียงที่ขอจดทะเบียน เครื่องหมายการค้า นั้นต้องสามารถเข้าใจได้ง่าย แต่ไม่จำเป็นต้องเข้าใจทันที (Immediate) ซึ่งให้แสดงโดยใช้สัญลักษณ์ต่อไปนี้</p> <ul style="list-style-type: none"> - ชั้นบันไดเสียง (Musical Stave) - กุญแจ (a Clef) - ตัวโน้ต (Musical Notes) - เครื่องหมายหยุด (Rests) <p>โดยแสดงความสัมพันธ์กับ Shape Flats Naturals (การเน้นเสียงดนตรี</p>	<p>ประกอบ (Sub-Registration 4.3(7)) และแสดงรายละเอียดเป็นคำบรรยายของเสียงหากไม่ได้มีลักษณะเป็นเสียงดนตรี เช่น</p> <p>“Clip, Clop, Moo” เป็นเสียงร้องของวัว คำบรรยายต้องชัดเจนและมีความแน่นอน กรณีที่เสียงที่ต้องการจดทะเบียนเป็นเสียงดนตรี ให้แสดงเป็นโน้ตดนตรี (หากเหมาะสม) หรือแสดงเป็นบันไดเสียง (Score of Tune) โดยมีคำบรรยายประกอบก็ได้</p> <p>3. ยื่นสำเนาเสียง ในรูปแบบ CDs DVDS MP3 หรือในรูปแบบของวัสดุที่ใช้บันทึกข้อมูลที่เหมาะสม</p>	<p>เป็นอย่างไร</p> <ul style="list-style-type: none"> - ใช้กับสินค้าหรือบริการอะไร - เพื่อแสดงให้เห็นนายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายเสียงของตนมีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายเสียงของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว - ด้วยวิธีการเขียนออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรแทนถ้อยคำในเสียงนั้น ๆ - โดยจะต้องบรรยายให้มีความละเอียดและชัดเจน <p>2. การแสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียง (Sonogram) เป็นการแสดงลักษณะของกราฟของคลื่นเสียงที่ใช้เครื่องมือช่วยในการแปลคลื่นเสียงนั้นออกมา โดยการแสดง</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
4. การยื่นขอจดทะเบียน (ต่อ)	<p>2.2 หากยื่นผ่านระบบร้องขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบอิเล็กทรอนิกส์ (Trademark Electronic Application System (TEAS)) ต้องส่งเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบ .jpg ไปที่ TEAS@uspto.gov ตาม 37 C.F.R § 2.56 (d) ซึ่งมีการยกตัวอย่างของการส่งไฟล์ในรูปแบบต่าง ๆ กล่าวคือ มีการยอมรับให้มีการส่งเสียงนั้นในรูปแบบของ Audio, Video ตลับเทป บันทึกเสียง แผ่นซีดี หรือ สิ่งอื่นใดที่เหมาะสม</p> <p>3. ตามคู่มือการตรวจสอบระบบเครื่องหมายการค้า (Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP) 807.03 (f)</p>	<p>โดยบังเอิญ (Accidentals)) การแสดงลักษณะข้างต้นทำให้สามารถทราบ จังหวะ (Timing) และเสียงสูงเสียงต่ำ (Pinch Intelligible) ได้เป็นอย่างดี (ตามข้อ 4)</p> <p>4. ต้องระบุจังหวะ (Timing) และเสียงสูงต่ำ (Pinch)</p>	<p>โดยสามารถยื่นได้ภายหลังในกรณีที่เป็น</p> <p>4. ผู้ตรวจสามารถเรียกร้องให้ส่งข้อมูลเพิ่มเติมได้และในกรณีที่รายละเอียดคำบรรยายไม่เพียงพอผู้ยื่นคำขออาจขอให้ยื่นเพิ่มเติมได้ตาม Sub-Registration 4.3 (8)</p>	<p>ออกมาอยู่ในรูปของกราฟเสียง</p> <p>3. แสดงลักษณะของเสียงโดยใช้ตัวโน้ต</p> <ul style="list-style-type: none"> - เป็นการแสดงออกของเสียงดนตรีที่มีระดับเสียงที่มีความสูงต่ำ มีความสั้นและยาวของเสียง - โดยผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงจะต้องแสดงระดับของเสียงดนตรีที่จะนำมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตนโดยให้เห็นเป็นภาพประกอบกับคำขอยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย <p>4. การส่งตัวอย่างเสียงโดยบันทึกไว้ในซีดีหรือไฟล์เสียง เป็นการส่งตัวอย่างของเสียงที่จะนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการที่ต้องการยื่นจดทะเบียนเป็น</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>4. การยื่นขอจดทะเบียน (ต่อ)</p>	<p>Specimens for Sound Marks) การยื่นตัวอย่างเสียง เพื่อแสดงว่าเสียงนั้นสามารถทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถบอกแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการได้ (แตกต่างจากสำเนาใน ข้อ 2) โดยต้องแสดงว่าใช้เสียงนั้นกับสินค้าหรือบริการอย่างไร</p> <p>3.1 หากยื่นขอจดทะเบียนธรรมดา ต้องทำในรูปแบบ CDs หรือ DVDs วีดีโอเทป หรือ เทปบันทึกเสียง ในรูปแบบ .wav, mp3, .mpg, .avi โดยระบุว่าเป็นตัวอย่างและส่งให้ผู้ตรวจเท่านั้นตาม Chapter 37 § 2.56 (d) (3) of the Code of Federal Regulations.</p> <p>3.2 หากยื่นผ่านระบบร้องขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแบบ</p>			<p>เครื่องหมายการค้าเสียงเพื่อใช้ในการประกอบการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายเสียงของบุคคลอื่นที่ได้มีการจดทะเบียนไว้แล้ว โดยในการฟังเสียงที่ยื่นจดทะเบียนดังกล่าวอาจต้องใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ช่วยในการเปิดไฟล์เสียงหรือซีดีนั้น เช่น</p> <ul style="list-style-type: none"> - เครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องเล่นแผ่นซีดี เป็นต้น <p>ซึ่งผู้ที่ต้องการยื่นขอจดทะเบียนจะบันทึกเสียงไว้ในรูปแบบของสิ่งบันทึกใดก็ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมกับเสียงนั้น ๆ</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>4. การยื่นขอจดทะเบียน (ต่อ)</p>	<p>อิเล็กทรอนิกส์ (Trademark Electronic Application System (TEAS)) ต้องส่งเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบ .wav, mp3, .mpg, .avi ไปที่ TEAS@uspto.gov ภายหลังจากที่ส่งแบบขอจดทะเบียนแล้ว โดยระบุชี้แจงว่าในคำร้องว่าเพื่อร้องขอสิ่งใดที่ต้องการได้รับความคุ้มครอง ตัวอย่างเช่น “the Application Filed Under Serial No. <...>” ทั้งนี้ ควรส่งเป็นชื่อไฟล์ .jpg หรือ .pdf และระบุในช่องตัวอย่างว่าจะส่งไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ไปที่อีเมลดังกล่าวภายหลัง</p> <p>4. รหัสของรูปแบบการแสดงให้เห็นเป็นภาพประกอบกับเครื่องหมาย</p>			

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Sound Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
4. การยื่นขอจดทะเบียน (ต่อ)	เสียง กลิ่นและเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา คือ หมายเลข 6 “Mark Drawing Code 6” ตาม Chapter 37 § 2.56 of the Code of Federal Regulations. 5. กรณีที่เครื่องหมายประกอบไปด้วยทั้งเสียงคำพูดและเสียงดนตรี ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนอาจต้องส่งโน้ตเพลงเพื่อเติมคำบรรยายด้วย			

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2: การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
1. นิยาม เครื่องหมายการค้า โดยทั่วไป	<p>The Lanham Act มาตรา 45 (15 U.S. Code 1127)</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายถึง รวมถึง ถ้อยคำใด ๆ ชื่อ สัญลักษณ์ หรืออุปกรณ์ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกัน และ</p> <ol style="list-style-type: none"> ใช้โดยบุคคล หรือ บุคคลซึ่งมีเจตนาที่สุจริตมุ่งประสงค์จะใช้ในทางการค้าและจดทะเบียนตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อที่จะใช้เป็นเครื่องหมายในการสังเกตว่าเครื่องหมายที่จะใช้กับสินค้าของตนแตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าของบุคคลอื่นและเพื่อบ่งชี้ว่าเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าเหล่านี้มีแหล่งกำเนิดมาจากแหล่งเดียวกัน” 	<p>Section 1(1) of The Trade Marks Act 1994</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายถึง สัญลักษณ์ใด ๆ ที่สามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจนและสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตรายหนึ่งกับผู้ผลิตรายอื่น เครื่องหมายการค้าอาจประกอบไปด้วยคำ (รวมถึงชื่อบุคคล) แบบผลิตภัณฑ์ตัวอักษร ตัวเลขหรือรูปร่างรูปทรงของวัตถุ หรือหีบห่อของสินค้า”</p>	<p>Section 6 of Trademarks Act 1995</p> <p>“เครื่องหมาย” (Sign) ตัวหนังสือ คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวเลข ภาพประดิษฐ์ ตรา หัวข้อ ฉลาก ตัวบรรจุภัณฑ์ รูปร่าง สี เสียง กลิ่น หรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน”</p> <p>Section 17 of Trademarks Act 1995</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายการค้า หมายถึง สัญลักษณ์ที่ใช้หรือที่มีเจตนาจะใช้เพื่อแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้ในทางการค้าของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการที่ใช้</p>	<p>มาตรา 4 พระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534</p> <p>“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำหรือข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้ อย่างไม่อย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน”</p> <p>“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมาย</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
1. นิยาม เครื่องหมายการค้า โดยทั่วไป (ต่อ)			ในทางการค้าอีกบุคคลหนึ่ง”	การค่านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้ เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”
2. นิยาม เครื่องหมายการค้า กลิ่น	<p>Section 2(f) of the Principal Register</p> <p>“Required to Establish that a Scent Ore Fragrance Functions as a Mark is Substantial.”</p> <p>- ต้องมีการพิสูจน์หน้าที่เกี่ยวกับการทำงานของเครื่องหมายการค้ากลิ่นเป็นสำคัญ</p> <p>Chapter 37§2.52 of the Code of Federal Regulations</p> <p>“- รูปแบบที่จะแสดงออกให้เห็นเป็นภาพประกอบกับเครื่องหมายที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็น</p>	<p>Section 1(1) of the Trade Mark Act 1994</p> <p>“In this Act a “Trade Mark” Means any Sign Capable of being Represented Graphically which is Capable of Distinguishing Goods or Services of One Undertaking from those of other Undertakings. A Trademark may, in Particular, Consist of Words (Including Personal</p>	<p>Section 6 of Trademarks Act 1995</p> <p>“เครื่องหมาย” (Sign) ตัวหนังสือ คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวเลข ภาพประดิษฐ์ ตรา หัวข้อ ฉลาก ตัวบรรจุภัณฑ์ รูปร่าง สี เสียง กลิ่น หรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน”</p> <p>Section 40 of Trademarks Act 1995</p> <p>“กำหนดว่าการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องถูกปฏิเสธถ้าหากเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรม</p>	<p>มาตรา 3 ร่างพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...</p> <p>“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงของวัตถุ กลิ่น เสียง หรือ สิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง รวมกัน”</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>2. นิยาม เครื่องหมายการค้า กลิ่น (ต่อ)</p>	<p>เครื่องหมายการค้าได้นั้น</p> <ol style="list-style-type: none"> เครื่องหมายนั้นจะต้องแสดงให้เห็นในฐานะเป็นเครื่องหมายเพียงเครื่องหมายเดียว ผู้ที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายหรืออธิบายเครื่องหมายให้มีความชัดเจนลงไป คำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า - รูปแบบของการแสดงออกให้เห็นเป็นภาพของเครื่องหมายการค้าเสียงกลิ่นและเครื่องหมายอื่น ๆ ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา <ol style="list-style-type: none"> ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนไม่ต้องบรรยายรูปแบบของเครื่องหมายได้ ถ้ามีการบรรยายรูปแบบที่สมบูรณ์เพียงพอแล้ว ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้อง 	<p>Names), Designs, Letters, Numerals or the Shape of Goods or their Packaging.”</p>	<p>ได้ กล่าวคือ ไม่สามารถแสดงหรืออธิบายความแตกต่างของเครื่องหมายที่ยื่นคำขอจดทะเบียนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นได้อย่างชัดเจน จึงไม่อาจได้รับการอนุญาตให้เป็นเครื่องหมายการค้าได้”</p> <p>Trademark Manual and Procedure Part 21 Non-Tradition Sign 5.1 Paragraph 2</p> <p>“การแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรม” หมายความว่า การแสดงให้เห็นถึง คำ สัญลักษณ์ หรือสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นถึงเสียงดนตรีโดยการแสดงเป็นตัวโน้ต”</p>	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
2. นิยามเครื่องหมายการค้ากลิ่น (ต่อ)	บรรยายลักษณะหรือรูปแบบของเครื่องหมายของตนมาประกอบการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย”			
3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้	<p>1. กลิ่นนั้นไม่ได้ใช้เพื่อเป็นหน้าที่เกี่ยวกับการทำงาน ก็อาจได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 2(f) หรือตาม Supplemental Register เช่น</p> <p> ด้ายสำหรับเย็บถักปีกร้อย In Re Clarke, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990)</p> <p>2. ต้องมีหลักฐานที่เพียงพอว่ากลิ่นนั้นเป็นส่วนสำคัญในการเป็นเครื่องหมายการค้า เช่น</p> <p> In Re Owens-corning</p>	<p>ข้อ 16.3.2 ของคู่มือการจดทะเบียน ได้กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะ (Assessing Distinctive Character) ของกลิ่นไว้ดังนี้</p> <p>1. ไม่เป็นสินค้าที่มีกลิ่นหรือมีวัตถุประสงค์ที่จะให้มีกลิ่นเพื่อสร้างความพึงพอใจ เช่น สินค้าประเภทผลิตภัณฑ์ทำความสะอาด เครื่องสำอาง น้ำยาปรับผ้านุ่ม รวมทั้งสินค้าที่ผู้ผลิตใส่กลิ่นเพื่อเป็น</p>	<p>- คู่มือการพิจารณาและวิธีปฏิบัติของสำนักงานเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure)</p> <p>ในข้อที่ 7.1 ได้มีการกล่าวถึงลักษณะการนำเสนอและการบรรยายเครื่องหมายการค้ากลิ่น (Presentations and Descriptions of Scent Trade Marks) ไว้ว่า</p> <p>1. ต้องแสดงลักษณะของกลิ่นที่ยื่นขอจดทะเบียน</p>	<p>มาตรา 5(11) ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...</p> <p>1. ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองของเครื่องหมายการค้ากลิ่น</p> <p> “กลิ่นอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง หรือกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น”</p> <p>- ลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>	<p>Fiberglas Corp., 774 F.2d 1116, 227 USPQ 417 (Fed. Cir. 1985)</p> <p>3. เป็นสินค้าที่ไม่ได้ขายกลับเป็นวัตถุประสงค์หลักของสินค้าโดยปกติ</p> <p>3.1 สินค้าที่ขายกลับโดยตรง เช่น สบู่ น้ำหอม โคลน น้ำหอมปรับอากาศ เป็นต้น ไม่สามารถรับจดทะเบียนได้อันเนื่องมาจากกลิ่นนั้นมีผลโดยตรงต่อการทำหน้าที่ของสินค้านั้นซึ่งไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะตาม TMEP 1202.13, 1202.02 (a)</p> <p>3.2 สินค้าที่ไม่ได้ขายกลับหรือโดยปกติแล้วไม่มีความเกี่ยวข้องกับกลิ่นเลย</p>	<p>สิ่งดึงดูดใจเป็นการทั่วไปแล้วในทางการค้า เช่น กระดาษ ปากกา ยางลบ</p> <p>2. เป็นกลิ่นที่มีลักษณะบ่งเฉพาะหรือได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาจากการใช้โดยแพร่หลาย จนผู้บริโภคสามารถบอกแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้นได้จากกลิ่น</p> <p>กฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษไม่ได้ระบุชัดเจนว่ารับจดทะเบียนหรือไม่รับจดทะเบียน แต่มีแนวโน้มว่าหากสามารถแสดงลักษณะของกลิ่นได้ (Graphical Representation) ก็สามารถจดทะเบียนได้</p>	<p>1.1 กลิ่นมีลักษณะเช่นไร</p> <p>1.2 จะใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นอย่างไร เช่น</p> <p>มีคำบรรยายสินค้าว่า “The Trade Mark is a Scent Mark. It Consists of the Smell of Roses Applied to Plastic Storage Boxes for Domestic Purpose”</p> <p>กล่าวคือ เครื่องหมายกลิ่นคือ เครื่องหมายการค้าซึ่งประกอบไปด้วยกลิ่นของดอกกุหลาบที่นำไปใช้กับสินค้ากล่องพลาสติก</p> <p>มีคำบรรยายสินค้าว่า “The Mark Comprises the Strong</p>	<p>กลิ่นได้สามารถแยกพิจารณาได้ ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานพ.ศ. 2525 และคำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 ดังนี้</p> <p>1.1 ลักษณะของสินค้า หมายถึง รูปลักษณะของสินค้าภายนอกที่สามารถมองเห็นได้ด้วยสายตา</p> <p>1.2 คุณสมบัติของสินค้า หมายถึง การแสดงถึงสรรพคุณหรือการใช้งานของสินค้า</p> <p>1.3 การเล็งโดยตรง หมายถึง เมื่อสาธารณชนพบเห็นเครื่องหมายนั้นแล้วต้องทำให้สาธารณชนทราบหรือ</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)	<p>4. ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ตาม TMEP 1203.02 หากกลิ่นนั้นเป็นเพียงเพื่อตอบสนองความชอบส่วนบุคคล เช่น กลิ่นลาเวนเดอร์ของสบู่ ให้นายทะเบียนปฏิเสธคำขอจดทะเบียนนั้นโดยถือว่าไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ</p> <p><u>ตัวอย่างกลิ่นที่ได้รับการจดทะเบียน</u></p> <p>1. Registration No. 3143735 ของ Smead Manufacturing Company มีคำบรรยายว่า เครื่องหมายนี้ประกอบไปด้วยกลิ่นหรือความหอมของกลิ่นวนิลลา</p>		<p>Smell of Bitter Beer Applied to the Flights of Darts” กล่าวคือ เครื่องหมายซึ่งประกอบไปด้วยกลิ่นรุนแรงของเบียร์ที่มีรสชาติขมนำไปใช้กับสินค้าลูกดอก</p> <p>ซึ่งการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนนั้นจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะสามารถทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจและสามารถระบุแหล่งที่มาของเครื่องหมายได้ว่าสินค้าที่นำมายื่นขอจดทะเบียนนั้นมาจากแหล่งใด</p> <p>หากมีการนำวิธีการวิเคราะห์ทางเทคนิคหรือทางระบบจุ่มก</p>	<p>เข้าใจในลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยทันที โดยไม่ต้องอาศัยจินตนาการหรือความพยายามเชื่อมโยงความหมายนั้น ๆ ให้เข้ากับสินค้า</p> <p>1.4 กลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หมายถึง โดยธรรมชาติของสินค้านั้นแล้วเป็นสินค้าที่โดยสภาพมีกลิ่นเช่นนั้นอยู่แล้ว เช่น</p> <p>กลิ่นสบู่ กลิ่นน้ำหอม กลิ่นโคลน กลิ่นน้ำหอมปรับอากาศ</p> <p>ฉะนั้น จะต้องไม่ใช่กลิ่นที่โดยธรรมชาติของสินค้านั้นจะต้องมีกลิ่น</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>	<p>“The Mark Consists of a Vanilla Scent or fragrance” ใช้กับสินค้าที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์ที่ใช้ในสำนักงาน ไฟล์เอกสาร แฟ้มเอกสาร (Office Supplies, Namely, File Folders, Hanging Folders, Paper Expanding Files.)</p> <p>2. Registration No. 1639128 ของ Clarke มีคำบรรยายว่า ผู้ที่ใช้เส้นด้ายที่ใช้เป็นเครื่องหมายนี้จะได้รับผลกระทบเป็นอย่างมากเพราะจะได้รับความสดชื่น กลิ่นหอมของดอกไม้และทำให้นึกถึงหรือเตือนความจำเกี่ยวกับกลิ่นหอมของดอกไม้</p>	<p>อังกฤษ</p>	<p>อิเล็กทรอนิกส์ (Electronics Nose) คือ มีการใช้เครื่องมือที่มีความทันสมัยที่ใช้สำหรับตรวจสอบกลิ่น กลิ่นนั้นเป็นกลิ่นใด เช่น Infrared Spectroscope, Fractional and Molecule Distillation Nuclear Magnetic Resonance การใช้วิธีดังที่ได้ยกตัวอย่างมานั้นไม่ถือว่าการแสดงลักษณะของกลิ่นที่สามารถนำมาจดทะเบียนได้ การแสดงให้เห็นถึงรูปธรรมของเครื่องหมายที่นำมายื่นขอจดทะเบียนนั้นต้องมีความกระชับ ชัดเจน</p>	<p>เช่นนั้น</p> <p>2. ลักษณะบ่งเฉพาะที่ได้มาจากการใช้ โดยการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นจนแพร่หลาย</p> <p>มาตรา 6 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ..) พ.ศ.</p> <p>“ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน</p> <p>“เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) ถึง (12) หากได้มี</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)	ความจำเกี่ยวกับกลิ่นหอมของดอกไม้ด้วย “The Mark is a High Impact, Fresh, Floral Fragrance Reminiscent of Plumeria Blossoms” ใช้กับสินค้าประเภทเส้นด้าย (Sewing Thread and Embroidery Yarn.) เป็นเครื่องหมายถิ่นแรกที่ได้รับจดทะเบียนในสหรัฐอเมริกา)		2. ไม่ใช่กลิ่นที่ผู้ค้ารายอื่นต้องการหรือจำเป็นต้องใช้ในทางการค้า โดยมีเหตุจูงใจที่ไม่เหมาะสม 3. ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกสินค้าหรือบริการของผู้ค้าออกจากผู้ค้ารายอื่นได้ <u>ลักษณะของกลิ่นที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ</u> คู่มือการพิจารณาและวิธีปฏิบัติของสำนักงานเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure) ในตอนที่ 21 ข้อที่ 7.2.1 จะเป็นกรกล่าวถึงลักษณะของเครื่องหมาย	การจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ” - ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถนำหลักเกณฑ์เดียวกันที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดที่ใช้กับเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา นำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้โดยอนุโลม

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>			<p>กลิ่น (Part 21 – Non-Traditional Signs 7.2.1) กล่าวคือ</p> <p>(1) กลิ่นธรรมชาติของผลิตภัณฑ์นั้น เป็นสินค้าที่มีกลิ่นในตัวเองหรือจากธรรมชาติของสินค้า ดังนั้น กลิ่นจึงโยงให้ถึงตัวสินค้า ไม่ใช่แหล่งที่มาของสินค้า สินค้าประเภทเครื่องหอม น้ำหอม น้ำมันหอมระเหยสำหรับเครื่องหอมหรือสำหรับทำอาหาร ตัวอย่างกลิ่น เช่น กลิ่นช็อคโกแลตหรือวนิลาสำหรับผลิตภัณฑ์เบเกอรี่</p> <p>(2) กลิ่นที่ใช้ในการกลบกลิ่นของผลิตภัณฑ์ในกรณีนี้ ถือว่ากลิ่นนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นหน้าที่การ</p>	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)			<p>ทำงานของสินค้าและไม่มีลักษณะที่สามารถเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ อีกทั้งยังใช้เป็นการทั่วไปในทางการค้าปกติ ตัวอย่างกลิ่น เช่น กลิ่นมะนาวใช้ในอุตสาหกรรมน้ำยาฟอกสีผ้า ผลิตภัณฑ์ซักผ้ากลิ่นลาเวนเดอร์ใช้ในสินค้าประเภทพรม</p> <p>(3) กลิ่นที่ใช้ในทางการค้าทั่วไปของประเภทสินค้าหรือบริการนั้น ที่ไม่เป็นหน้าที่ในการทำงาน เป็นแต่เป็นสิ่งที่ตกแต่งเพิ่มเติมดึงดูดผู้บริโภค สินค้าประเภทนี้ผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายไม่มองว่ากลิ่นดังกล่าวเป็นสิ่งแสดงแหล่งที่มาของสินค้า เช่น กลิ่นมะนาวซึ่งมีการใช้เป็นน้ำยา</p>	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>			<p>อ้างอิงมาเป็นระยะเวลายาวนาน <u>ลักษณะของกลิ่นที่อาจมีลักษณะ</u> <u>บ่งเฉพาะ ต้องประกอบไปด้วย</u> <u>ลักษณะดังต่อไปนี้</u></p> <p>(1) ไม่ใช่ลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้าหรือกล่าวคือเป็นสิ่งที่แยกจากสินค้า</p> <p>(2) ไม่ใช่กลิ่นที่ใช้กันโดยทั่วไป (คาดหมายได้ว่าใช้กัน) ของสินค้าประเภทนั้น</p> <p>(3) กลิ่นนั้นถูกใช้เพื่อเป็นสิ่งระบุแหล่งที่มาของสินค้า เช่น กลิ่นผลไม้สำหรับน้ำมันเครื่อง กลิ่นเปียร์สำหรับลูกดอก</p>	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)</p>			<p><u>ตัวอย่างเครื่องหมายกลิ่น</u></p> <p>1. เครื่องหมายการค้าถิ่นมะนาวของบริษัท D J Tobacco Co., Ltd. คำขอเลขที่ 936188 ใช้กับสินค้าประเภทบุหรี่ (The Trade Mark Comprises the Smell of Lemon for Tobacco.)</p> <p>2. เครื่องหมายการค้าถิ่นกาแฟ คำขอเลขที่ 821444 ใช้สำหรับสินค้าเครื่องสำอาง (The Trade Mark Comprises the Scent of COFFEE Fragrance for Self Tan Lotions and Hair Lotions, Sun-Preparation.) กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าประกอบไปด้วยกลิ่นหอม</p>	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
3. ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนได้ (ต่อ)			ของกาแฟใช้สำหรับครีมบำรุงผิว ครีมบำรุงผมและเป็นครีมกันแดด	
4. การยื่นขอจดทะเบียน	<p>TMEP 807.09 “Drawing” of Sound, Scent, or Non-Visual Mark</p> <p>กำหนดว่ารูปแบบหรือภาพประกอบของการแสดงออกของเสียง กลิ่นหรือเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา จะต้องมิลักษณะดังนี้</p> <p>1. ผู้ยื่นคำขอไม่ต้องยื่นภาพประกอบ แต่ต้องยื่นคำบรรยายรายละเอียดของกลิ่น โดยระบุในระบบการตรวจสอบเครื่องหมาย</p>	<p>- การแสดงลักษณะของกลิ่นโดยการใช้สูตรทางเคมีคำบรรยายส่งตัวอย่างกลิ่นหรือวิธีที่กล่าวมาหลายวิธีร่วมกัน ไม่ถือว่าการแสดงลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่เพียงพอตามที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice (ECJ)) ตัดสินคดี Siekman (C – 104/01) อย่างไรก็ตามศาล ECJ ว่าหลักการของกลิ่นนั้นสามารถจดทะเบียนได้</p>	<p>- คู่มือการพิจารณาและวิธีปฏิบัติของสำนักงานเครื่องหมายการค้า (Trademarks Office Manual of Practice & Procedure)</p> <p>ในข้อ 3.4 เป็นการอธิบายถึงวิธีการยื่นจดทะเบียนของเครื่องหมายการค้ากลิ่น (Scent Trade Marks)</p> <p>1. ระบุในคำขอจดทะเบียนว่ายื่นขอจดกลิ่นเป็นเครื่องหมายการค้า</p>	<p>ผลสรุปของการประชุมคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ พุธที่ ๑๖ ที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2555 ได้มีการเสนอว่าควรใช้วิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นดังนี้</p> <p>1. บรรยายลักษณะของกลิ่นในคำขอจดทะเบียน</p> <p>- ต้องบรรยายว่ากลิ่นมีลักษณะเป็นอย่างไร</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>4. การยื่นขอจดทะเบียน (ต่อ)</p>	<p>การค้าแบบอิเล็กทรอนิกส์ (TEAS) ว่าเป็นเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา “Non-Visual Mark” ตาม 37 C.F.R. 2.52(e)</p> <p>2. ต้องมีหลักฐานสนับสนุนมากเพียงพอที่จะแสดงว่ากลิ่นนั้นทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตาม TMEP 1202.13 กล่าวคือ กลิ่นของสินค้าที่ยื่นขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายนั้นอาจได้รับการจดทะเบียนได้ ถ้าหากกลิ่นนั้นไม่ได้เกิดจากการทำหน้าที่ของกลิ่นนั่นเอง</p> <p>3. รหัสของรูปแบบการแสดงให้เห็นเป็นภาพของเครื่องหมายเสียงกลิ่นและเครื่องหมายที่ไม่สามารถ</p>	<p>แต่เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติเพราะศาลแห่งสหภาพยุโรป ECJ ได้ให้แนวทางในการพิจารณาถึงวิธีการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายการค้ากลิ่นไว้ว่าสิ่งนั้นต้องสามารถแสดงให้เห็นว่ามีลักษณะดังนี้</p> <ul style="list-style-type: none"> - ชัดเจน - มีความแน่นอน - เป็นลักษณะพิเศษโดยตัวเอง - เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย - สามารถเข้าใจได้ง่าย - มีสภาพที่ยั่งยืน - ไม่เปลี่ยนแปลง 	<p>2. ระบุ (บรรยาย) ว่าลักษณะกลิ่นเป็นเช่นไร โดยต้องมีความชัดเจนแน่นอน เช่น กลิ่นของแอปเปิ้ล “The Scent of Apple Blossom” และใช้กับสินค้าหรือบริการประเภทใด เช่น กลิ่นของแอปเปิ้ลใช้กับสินค้ายางรถยนต์ “The Scent of Apple Blossom Applied to Car Tyres” ในกรณีที่รายละเอียดคำบรรยายไม่เพียงพอผู้ยื่นคำขออาจถูกเรียกให้ยื่นเพิ่มเติมได้ตาม Sub-Regulation 4.3 (8) การบรรยายลักษณะของกลิ่นนั้นมีความเพียงพอ แต่ในส่วนของ การวิเคราะห์ในเชิงเทคนิคนั้นไม่มีความ</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ใช้กับสินค้าหรือบริการอะไร เพื่อแสดงให้เห็นนายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายกลิ่นของตนมีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายกลิ่นของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว - ด้วยวิธีการเขียนออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรแทนถ้อยคำในเสียงนั้น ๆ - โดยจะต้องบรรยายให้มีความละเอียดและชัดเจน <p>2. การส่งตัวอย่างกลิ่น หมายถึง การนำส่งตัวอย่างของกลิ่นที่ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต้องการจะใช้เป็นกลิ่นที่นำไปใช้กับสินค้าหรือบริการของตนเพื่อให้ได้รับ</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ): การเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

Scent Marks	สหรัฐอเมริกา	อังกฤษ	ออสเตรเลีย	ไทย
<p>4. การยื่นขอจดทะเบียน (ต่อ)</p>	<p>มองเห็นได้ด้วยตา คือ หมายเลข 6 “Mark Drawing Code คือ 6” (No Drawing is Possible) ตาม Chapter 37 §2.52 of the Code of Federal Regulations.</p>		<p>จำเป็นที่จะต้องอธิบายประกอบมาในคำขอยื่นจดทะเบียนเนื่องมาจากบุคคลโดยทั่วไปที่ค้นหาเครื่องหมายการค้าจากระบบจดทะเบียนไม่สามารถเข้าใจได้ การวิเคราะห์เชิงเทคนิคนั้นมีเพียงเฉพาะกลุ่มที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะกลุ่มนั้นที่เข้าใจคำอธิบายนั้นได้จึงไม่เป็นประโยชน์ต่อคนทั่วไป</p> <p>3. ตัวอย่างกลิ่น (ถ้ามี) ใดๆก็ตาม แม้ไม่ยื่นพร้อมคำขอจดทะเบียนอาจต้องยื่นภายหลังในขั้นตอนการตรวจสอบ</p>	<p>ความคุ้มครอง - เก็บกลิ่นไว้เพื่อใช้ในการตรวจสอบความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าถิ่นนั้นกับเครื่องหมายการค้าถิ่นของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วหรือเครื่องหมายการค้าถิ่นที่จะมีการยื่นจดทะเบียนในอนาคต</p>

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

รูปแบบการค้าขายในยุคปัจจุบันมีความจำเป็นที่จะต้องแสดงเครื่องหมายการค้าไว้เพื่อให้ผู้บริโภคจดจำสินค้าหรือบริการหรือมีความมั่นใจในตัวสินค้าเหล่านั้นว่ามีคุณภาพหรือได้รับการรับรองคุณภาพจากหน่วยงานที่น่าเชื่อถือหรือบุคคลที่มีชื่อเสียง ซึ่งจะส่งผลต่อการตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการดังกล่าว เป็นต้น แต่ในปัจจุบันนั้นในหลายประเทศได้มีการขยายขอบเขตความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้มีความคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย ซึ่งเครื่องหมายเหล่านี้ยังไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของไทยว่าสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ สารนิพนธ์เล่มนี้ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... เพื่อจะได้ศึกษาหลักเกณฑ์หรือลักษณะของเครื่องหมายเสียงและกลิ่นว่ามีข้อดี ข้อเสียหรือทำให้ทราบว่าประเทศไทยมีความพร้อมเพียงใดที่จะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าประเภทดังกล่าวนี้ โดยบทนี้จะเป็นการสรุปงานวิจัยทั้งหมดและมีการเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเสียงและกลิ่นของต่างประเทศในบทที่ 2 สามารถเข้าใจได้ว่าเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นนั้นมีการให้ความคุ้มครอง โดยมีสนธิสัญญา ความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreements on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection on Industrial Property) ค.ศ. 1883 ข้อตกลงกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (EU) อนุสัญญาว่าด้วยการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (Convention Establishing the World Intellectual Property Organization) สนธิสัญญากฎหมายเครื่องหมายการค้าประเทศสิงคโปร์ (Singapore Treaty on the Law of Trademarks) ข้อตกลงมาดริดเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระดับสากล (Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Agreement) และพิธีสารมาดริดเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระดับสากล (Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Protocol)

5.1.1 ลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

จากการศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย รวมไปถึงประเทศไทยแล้วแต่ละประเทศต่างก็มีการกำหนดลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้ที่แตกต่างกันออกไป หากประเทศไทยมีความต้องการขยายความคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย เครื่องหมายเสียงและกลิ่นนั้นก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย ซึ่งลักษณะโดยทั่วไปของเครื่องหมายการค้าที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้มีลักษณะที่เหมือนกันนั้น คือ เสียงหรือกลิ่นนั้นจะต้องมีลักษณะที่เป็นเครื่องหมายตามกฎหมายเครื่องหมายของแต่ละประเทศก่อนในประการแรก กล่าวคือ ในแต่ละประเทศบทบัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็จะมีกำหนดว่า ลักษณะของสิ่งใดบ้างที่สามารถใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ เช่น คำ ภาพ ข้อความ รูปร่างหรือรูปทรง เป็นต้น ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยก็ได้ให้ความคุ้มครองรวมไปถึงเสียงและกลิ่นด้วย

แต่ในขณะที่ผู้วิจัยกำลังศึกษานี้ ประเทศไทยมีความต้องการขยายความคุ้มครองไปถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วยแล้ว สังเกตได้จากที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้มีความต้องการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในสาระสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ

1) ต้องการแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 4 ในส่วนของบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ให้หมายความรวมถึงเครื่องหมายเสียงและกลิ่นด้วย เพื่อขยายความคุ้มครองให้เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นสามารถนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้

2) กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของภาพ รูปร่างหรือรูปทรง กลิ่นและเสียง แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสอง เพื่อให้มีความชัดเจนว่าลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะและเพื่อให้สอดคล้องกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในระดับสากล

3) แก้ไขเพิ่มเติมให้เครื่องหมายการค้าทุกประเภทสามารถได้มาซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะโดยการจำหน่าย เผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลาย แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสาม

ดังนั้น จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าประเทศไทยต้องการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้ขยายความคุ้มครองไปถึงเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นด้วย

ในประการต่อมาลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นได้ คือ เสียงและกลิ่นนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าตามบทนิยามของกฎหมายเครื่องหมายการค้าแต่ละประเทศ ซึ่งจากการศึกษาบทนิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ของทั้งสามประเทศรวมถึงประเทศไทยแล้วนั้น “เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายนั้นมีเจตนาใช้หรือจะใช้เครื่องหมายนั้นกับสินค้าหรือบริการของตน เพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นมีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น ดังนั้น เสียงและกลิ่นที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ผู้ใช้เสียงหรือกลิ่นนั้นจะต้องมีเจตนาโดยสุจริตที่จะใช้เสียงหรือกลิ่นนั้นโดยแท้จริง มิใช่เป็นการกีดขวางบุคคลอื่นในอันที่จะใช้เสียงหรือกลิ่นนั้นประกอบการค้าและเสียงหรือกลิ่นที่ใช้เป็นเครื่องหมายนั้นจะต้องมีเอกลักษณ์หรือลักษณะที่โดดเด่นสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างเครื่องหมายที่ใช้เสียงหรือกลิ่นกับสินค้าหรือบริการของตนออกจากเสียงหรือกลิ่นที่ใช้เป็นเครื่องหมายกับสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นด้วย

ในประการต่อมา คือ ลักษณะที่สำคัญที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงหรือกลิ่นได้ กล่าวคือ เสียงและกลิ่นนั้นจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะตามบทบัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าของทั้งสามประเทศรวมถึงประเทศไทยต่างได้มีการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะที่แตกต่างกันออกไป แต่ลักษณะบ่งเฉพาะที่มีการกำหนดเอาไว้คล้ายกัน คือ เครื่องหมายนั้นจะต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้ ซึ่งในการที่จะทำให้เครื่องหมายเสียงหรือกลิ่นมีลักษณะบ่งเฉพาะได้นั้น เสียงหรือกลิ่นนั้นจะต้องมีการออกแบบที่มากเพียงพอ มีเอกลักษณ์ที่โดดเด่นจนสามารถทำให้ประชาชนหรือบุคคลโดยทั่วไปจดจำหรือแยกแยะความแตกต่างระหว่างเครื่องหมายที่ใช้เสียงหรือกลิ่นกับสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้

ซึ่งเมื่อศึกษาลักษณะบ่งเฉพาะของกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของทั้งสามประเทศและประเทศไทยแล้วสามารถเข้าใจได้ดังนี้

เสียงที่จะสามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะได้นั้น เสียงนั้นจะต้องไม่ใช่เสียงที่เกิดจากการใช้ การดำเนินการหรือเป็นวัตถุประสงค์หรือมีลักษณะเกี่ยวกับหน้าที่การทำงานและให้หมายความรวมถึงลักษณะบ่งเฉพาะที่ได้มาจากการใช้ด้วย เสียงนั้นจะต้องไม่ใช่เสียงที่สื่อความหมายหรือบรรยายให้เห็นลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าตามที่ยื่นขอจดทะเบียน ต้องไม่ใช่เสียงที่ผู้ประกอบการสินค้าหรือบริการโดยทั่วไปต้องใช้เสียงดังกล่าวนั้น เสียงนั้นจะต้องไม่มีความยาวมากเกินไปและการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะนั้นจะพิจารณาโดยรวม แม้เสียงนั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่หากพิจารณาคำพูดประกอบ ทำให้มีลักษณะบ่งเฉพาะได้ ไม่เป็นเสียงที่มีลักษณะโดยทั่วไปในทางการค้าประเภทนั้นและในสังคมโดยกว้างและไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้า

ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงข้างต้นเห็นได้ว่าในการที่ประเทศไทยกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงในร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... “เสียงนั้นจะต้องไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรงหรือเสียงนั้นจะต้องไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น” ผู้วิจัยมีความเห็นว่า มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของต่างประเทศแล้ว แต่ควรมีการเพิ่มเติมลักษณะบ่งเฉพาะอีกประการหนึ่งตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียที่กำหนดว่า “เสียงนั้นจะต้องไม่ใช่เสียงที่ผู้ประกอบการหรือผู้ค้ารายอื่นมีความต้องการหรือจำเป็นต้องใช้ในทางการค้าโดยทั่วไป” เพราะการที่เสียงใดจะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้นั้น จะต้องคำนึงด้วยว่าเสียงนั้นเป็นเสียงที่บุคคลอื่นมีความจำเป็นต้องใช้ด้วยหรือไม่เพราะกฎหมายคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมมากกว่าจะให้บุคคลใดเพียงบุคคลหนึ่งผูกขาดหรือมีสิทธิในสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพียงบุคคลเดียว ฉะนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการเพิ่มเติมลักษณะบ่งเฉพาะส่วนนี้ด้วย

ส่วนลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ากลิ้งนั้นได้มีการกำหนดไว้ คือ กลิ้งนั้นไม่ได้ใช้เพื่อเป็นหน้าที่ที่เกี่ยวกับการทำงาน จะต้องมีการแสดงหลักฐานที่เพียงพอว่ากลิ้งนั้นเป็นส่วนสำคัญในการเป็นเครื่องหมายการค้าและสินค้านั้นจะต้องเป็นสินค้าที่ไม่ได้ขายกลิ้งเป็นวัตถุประสงค์หลักของสินค้าโดยปกติ จะต้องไม่เป็นกลิ้งที่ตอบสนองความชอบส่วนบุคคล ไม่เป็นสินค้าที่มีกลิ้งหรือมีวัตถุประสงค์ที่จะให้กลิ้งเพื่อสร้างความพึงพอใจ จะต้องไม่ใช่กลิ้งที่ผู้ค้ารายอื่นต้องการหรือจำเป็นต้องใช้ในทางการค้าโดยทั่วไป ไม่ใช่กลิ้งที่มีลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้าและให้หมายความรวมถึงลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดมาจากการใช้โดยแพร่หลายด้วย

ซึ่งจากการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้ากลิ้งข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าในการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ากลิ้งของประเทศไทยตามร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... “กลิ้งนั้นจะต้องไม่ใช่กลิ้งที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรงหรือกลิ้งนั้นเป็นกลิ้งที่ไม่เป็นกลิ้งโดยธรรมชาติของสินค้านั้น” มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ้งของต่างประเทศแล้วเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าเสียงดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นและควรมีการเพิ่มเติมลักษณะบ่งเฉพาะอีกประการหนึ่งเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าเสียง คือ “กลิ้งนั้นจะต้องไม่ใช่กลิ้งที่ผู้ประกอบการหรือผู้ค้ารายอื่นต้องการหรือจำเป็นต้องใช้ในทางการค้าโดยทั่วไป” ซึ่งมีความสอดคล้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้ากลิ้งของประเทศไทย

ลักษณะของเครื่องหมายที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ้งได้ในประการต่อมา คือ เครื่องหมายนั้นจะต้องไม่เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ซึ่งจากการศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ้งของทั้งสามประเทศรวมถึง

ประเทศไทยต่างก็ได้มีการกำหนดบทบัญญัติทางกฎหมายที่กำหนดลักษณะของเสียงหรือกลิ่นที่มีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรมีการปรับใช้ลักษณะที่ต้องห้ามตามกฎหมายโดยทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศมาปรับใช้โดยอนุโลม เนื่องด้วยลักษณะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นมีลักษณะที่มีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา จึงเป็นการยากที่จะกำหนดว่าลักษณะของเสียงหรือกลิ่นใดที่สมควรเป็นลักษณะที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ดังนั้น การปรับใช้ลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายโดยทั่วไปกับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นโดยอนุโลมจึงมีความเหมาะสมแล้ว

ลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ประการสุดท้าย คือ เครื่องหมายการค้านั้นจะต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้วจนทำให้ประชาชนโดยทั่วไปเกิดความสับสนหลงผิดในเครื่องหมายการค้า นั้น ซึ่งจากการศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้าของทั้งสามประเทศรวมถึงประเทศไทยแล้วต่างก็ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกันกับลักษณะประการก่อน ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการนำหลักในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกันโดยทั่วไปของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของแต่ละประเทศมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นโดยอนุโลมนั้นมีความเหมาะสมแล้ว

5.1.2 วิธีการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

จากการศึกษาบทบัญญัติทางกฎหมายของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย ต่างได้มีกำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนของเครื่องหมายเสียงและกลิ่นที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ในเบื้องต้นที่คล้ายกัน คือ เครื่องหมายนั้นจะต้องสามารถแสดงออกได้อย่างเป็นรูปธรรม กล่าวคือสามารถอธิบาย บรรยายและแสดงออกให้เห็นเป็นภาพประกอบอย่างชัดเจนของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นที่จะนำไปจดทะเบียนและบรรยายว่าเสียงและกลิ่นนั้นมีลักษณะเป็นอย่างไร ประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการประเภทใด โดยทำการระบุในคำขอยื่นจดทะเบียนด้วยว่าเครื่องหมายการค้าที่ต้องการจดทะเบียนนี้ เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาประเภทเสียงหรือกลิ่นให้ระบุไว้โดยชัดเจน มิฉะนั้นอาจถูกพิจารณาอย่างรูปแบบเครื่องหมายการค้าทั่วไปได้ ซึ่งการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายนั้นต้องมีความชัดเจน มีความแน่นอน มีลักษณะพิเศษโดยตัวเอง เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย สามารถเข้าใจได้ง่าย มีสภาพที่อยู่ได้นานและไม่เปลี่ยนสภาพได้ง่าย บรรยายได้เพียงพอที่จะทำให้ผู้บริโภคทราบถึงแหล่งที่มาและความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากอีกบุคคลหนึ่งได้

ซึ่งจากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มิได้มีบทบัญญัติในการกำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นเอาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้วิจัยมี

ความเห็นว่าการเพิ่มเติมนโยบายในการกำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง และกลืนด้วยเพราะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ฉะนั้นจึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ในการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแต่เดิมมาใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนได้ ซึ่งจากการศึกษาเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ผ่านมานั้นมีความเหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว เนื่องด้วยเป็นวิธีการที่มีความสอดคล้องกับวิธีการยื่นจดทะเบียนของต่างประเทศแล้ว

ดังนั้น หากประเทศไทยมีความต้องการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้ว ประเทศไทยจะต้องทำการศึกษาลักษณะหรือวิธีการต่าง ๆ จากกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนของต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการกำหนดลักษณะของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ในประเทศไทย เพื่อหาแนวทางที่มีความเหมาะสมและเป็นประโยชน์สำหรับประชาชนหรือผู้ประกอบการในประเทศไทยมากที่สุด

5.2 ข้อเสนอแนะ

ในปัจจุบันกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยยังมิได้ให้ความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา กล่าวคือ เครื่องหมายเสียงและกลืน แต่ในหลายประเทศเริ่มมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายดังกล่าวนี้แล้ว อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเครื่องหมายการค้าภายในแต่ละประเทศ ซึ่งได้ทำการกล่าวไปแล้วว่าลักษณะกฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืนของแต่ละประเทศเป็นเช่นใด ส่วนประเทศไทยนั้นได้มีความพยายามในการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าเช่นกัน เห็นได้จากร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ที่มีการขยายความคุ้มครองรวมถึงเครื่องหมายเสียงและกลืนด้วย ซึ่งปรากฏในบทบัญญัติร่างมาตรา 3¹ มาตรา 5² และมาตรา 6³ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับบทนิยามของคำว่าเครื่องหมาย ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองและการได้มาซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ของเครื่องหมายการค้าเสียงและกลืน แต่จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัตินี้ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะบางประการซึ่งสามารถแบ่งออกได้สามส่วน กล่าวคือ

¹ มาตรา 3 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

“ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ กลิ่น เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”.

² มาตรา 5 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

³ มาตรา 6 ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

5.2.1 ข้อเสนอแนะของร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...

จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วผู้วิจัยมีความเห็นในประการแรกว่าร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... นี้มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดบทนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้เพื่อต้องการขยายให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นเท่านั้น แต่ร่างพระราชบัญญัตินี้มิได้มีการกำหนดบทนิยามในส่วนของคำว่า “เสียง” และ “กลิ่น” เอาไว้ โดยเฉพาะเพื่อจะได้เป็นการขยายความเข้าใจหรือความหมายของคำทั้งสองนี้มากขึ้นเพราะเมื่อหากผู้ที่ศึกษากฎหมายหรือบุคคลโดยทั่วไปมีความต้องการทราบว่าลักษณะของเสียงหรือกลิ่นแบบใดที่สามารถนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ย่อมเกิดปัญหาขึ้นและจะได้เป็นการกำหนดมาตรฐานของคำดังกล่าวไว้ว่าเสียงหรือกลิ่นนั้นมีความหมาย ลักษณะ แคไหนเพียงใดเพราะหากมิได้มีการบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะย่อมเป็นการยากที่จะเข้าใจได้และอาจเกิดปัญหาในการตีความได้ในอนาคต ฉะนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการกำหนดบทนิยามของคำว่า “เสียง” และ “กลิ่น” เพิ่มเติมอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา⁴ และประเทศออสเตรเลีย⁵ กล่าวคือ ต้องมีการแสดงออกให้เห็นโดยชัดเจนเป็นรูปธรรมโดยแสดงออกมาโดยวิธีการบรรยายเสียงหรือกลิ่นนั้นมาโดยละเอียดชัดเจนว่าเสียงหรือกลิ่นนั้นมีลักษณะอย่างไร เกิดขึ้นได้อย่างไร มีส่วนประกอบของสิ่งใดบ้างและนำไปประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการประเภทใดและเสียงหรือกลิ่นนั้นจะต้องสามารถแสดงความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้ เพื่อใช้ประกอบกับคำขอยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

ในประการต่อมาร่างพระราชบัญญัตินี้มิได้มีการกำหนดรูปแบบของวิธีการยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเอาไว้โดยเฉพาะว่าการที่จะสามารถนำเสียงหรือกลิ่นมายื่นจดทะเบียนได้นั้น โดยพื้นฐานแล้วเสียงและกลิ่นนั้นจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ใดบ้างหรือผู้ที่ต้องการยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องเตรียมตัวหรือจะต้องปฏิบัติเช่นไรให้เครื่องหมายของตนนั้นถูกต้องตามกฎหมายเพื่อให้การยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ไม่เสียเวลาทั้งผู้ที่ยื่นคำขอจดทะเบียนและนายทะเบียนที่จะต้องทำการพิจารณาหรือทำการตรวจสอบคุณสมบัติของเครื่องหมายการค้าขึ้นให้มีความถูกต้องและครบถ้วนตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย ฉะนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้านี้ควรจะทำให้เพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้อย่างเช่นต่างประเทศ กรณีเครื่องหมายเสียงของ

⁴ Tysver, D. A., 37 CFR 2.52 types of drawings and format for drawings [Online], 29 April 2014. Available from http://www.bitlaw.com/source/37crf/2_52.html.

⁵ Section 40 of Trademarks Act 1995.

Trade mark that cannot be represented graphically

“An application for the registration of a trade mark must be rejected if the trade mark cannot be represented graphically.”.

ประเทศสหรัฐอเมริกา⁶ ประเทศอังกฤษ⁷ และประเทศออสเตรเลีย⁸ ซึ่งกำหนดไว้ว่าการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายเสียง เสียงนั้นอาจจะต้องไม่ใช่เสียงที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เป็นเสียงที่ไม่มีความยาวจนมากเกินไปจนขาดลักษณะบ่งเฉพาะ มีการทำสำเนาเสียง ให้อยู่ในรูปแบบของ แผ่นซีดี ดีวีดีหรือในรูปแบบอื่นที่เหมาะสมก็ได้ อาจบรรยายลักษณะของเสียงเป็นขั้นบันได รูป กุญแจ ตัวโน้ต เครื่องหมายหยุด โดยเป็นการแสดงความสัมพันธ์ระหว่างกัน ซึ่งการแสดงลักษณะข้างต้นนี้ทำให้ทราบจังหวะและเสียงสูงเสียงต่ำของเสียงดนตรีได้เป็นอย่างดีและต้องมีการระบุจังหวะเสียงสูงเสียงต่ำประกอบด้วย เป็นต้น

กรณีเครื่องหมายกลิ่น อาจมีการส่งตัวอย่างกลิ่นประกอบ มีการบรรยายลักษณะของกลิ่นให้มีความชัดเจนมากเพียงพอที่จะสนับสนุนการยื่นคำขอจดทะเบียน โดยต้องสามารถแสดงให้เห็นว่า มีกลิ่นมีลักษณะดังนี้ เช่น มีความชัดเจน มีความแน่นอน เป็นลักษณะพิเศษโดยตัวเอง เข้าถึงหรือตรวจสอบได้ง่าย สามารถเข้าใจได้ง่าย มีสภาพที่อยู่ยาวนานและไม่เปลี่ยนสภาพ เป็นต้น

ซึ่งจากการศึกษาเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...⁹ ก็มีการให้ความเห็นเกี่ยวกับวิธีการยื่นขอจดทะเบียนไว้เช่นกัน โดยอาจเป็นการศึกษา มาจากตัวอย่างของวิธีการยื่นจดทะเบียนจากประเทศที่ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียง และกลิ่นแล้วดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น กรณีเครื่องหมายเสียง เช่น

⁶ Chapter 37 §2.52(e) of the Code of Federal Regulations.

“Sound, scent, and non-visual marks. An applicant is not required to submit a drawing if the mark consists only of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed description of the mark.

The applicant is not required to submit a drawing if the applicant's mark consists solely of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed written description of the mark that clearly explains the sound or scent.”.

⁷ Intellectual Property Office, **Manual of Trade Marks Practice-Chapter3-Examination and Practice** [Online], 17 April 2014. Available from <http://www.ipo.gov.uk/tmmanual-chap3-archive.pdf>.

⁸ Australia Government IP Australia, **Trade Mark Manual of Practice and Procedure** [Online], 15 April 2010. Available from http://www.ipaustralia.gov.au/pdfs/trademarkmanual/trade_marks_examiners_manual.htm.

⁹ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบแล้ว)** [Online], 7 มกราคม 2556. แหล่งที่มา http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sn/2556/apl2556-002.pdf.

1) ให้มีการบรรยายลักษณะของเสียงว่ามีลักษณะอย่างไรโดยชัดเจนและมีความต้องการที่จะนำไปประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการประเภทใดด้วย

2) การแสดงลักษณะของเสียงโดยใช้คลื่นเสียง (Sonogram) เป็นการแสดงลักษณะของกราฟของคลื่นเสียงที่ใช้เครื่องมือช่วยในการแปลคลื่นเสียงนั้นออกมา โดยการแสดงออกมาในรูปของกราฟเสียง

3) แสดงลักษณะของเสียงโดยใช้ตัวโน้ต เป็นการแสดงออกของเสียงดนตรีที่มีระดับเสียงที่มีความสูงต่ำ มีความสั้นและยาวของเสียง โดยผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงจะต้องแสดงระดับของเสียงดนตรีที่จะนำมาใช้กับสินค้าหรือบริการของตนโดยแสดงให้เห็นเป็นภาพประกอบกับคำขอยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย

4) การส่งตัวอย่างเสียงโดยบันทึกไว้ในซีดีหรือไฟล์เสียง เป็นการส่งตัวอย่างของเสียงที่จะนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการที่ต้องการยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียง

ส่วนกรณีเครื่องหมายการค้าคลื่นนั้นก็อาจมีการบรรยายว่ามีลักษณะอย่างไรโดยชัดเจนและมีความต้องการที่จะนำไปประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการประเภทใดด้วย พร้อมทั้งมีการส่งตัวอย่างประกอบคำยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าคลื่น

ซึ่งสามารถเห็นได้ว่าประเทศไทยมิได้มีการกำหนดวิธีการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและคลื่นเป็นบทบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะอย่างเช่นในต่างประเทศเพราะเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตานี้ไม่สามารถที่จะนำวิธีการยื่นจดทะเบียนในรูปแบบเดิมมาปรับใช้ได้โดยอนุโลมได้เพราะลักษณะของรูปแบบของเครื่องหมายมีความแตกต่างกัน ฉะนั้น ควรมีการตราบทบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้เป็นการเพิ่มเติมไว้โดยเฉพาะ เพื่อก่อให้เกิดความสะดวกในการดำเนินการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพราะเครื่องหมายการค้าเสียงและคลื่นเป็นเครื่องหมายในรูปแบบใหม่ที่ประชาชนในประเทศไทยยังไม่มีความรู้และความเข้าใจเท่ากับชาวต่างชาติที่มีการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและคลื่นมาระยะหนึ่งแล้ว

5.2.2 ข้อเสนอแนะสำหรับปัญหาเครื่องหมายการค้าเสียงและคลื่นในประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและคลื่นของต่างประเทศและร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ผู้วิจัยมีความเห็นและข้อเสนอแนะดังนี้ คือ

1) ด้วยเหตุผลที่ประเทศไทยมีความต้องการให้กฎหมายเครื่องหมายการค้าไทยมีความทันสมัย เป็นสากลและเพื่อให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศบางฉบับ ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีความต้องการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่บังคับใช้ในปัจจุบัน โดยในการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ประเทศไทยจะต้องคำนึงว่าการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและคลื่นนี้เป็นประโยชน์กับผู้ประกอบการไทยหรือไม่ แล้วการบังคับใช้กฎหมายใหม่นี้จะเป็นการอำนวยความสะดวกและเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการต่างประเทศหรือไม่ กล่าวคือ ในต่างประเทศมีการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและคลื่นมาระยะหนึ่ง ทำให้ชาวต่างชาติมีความรู้และความเข้าใจในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมากกว่าชาวไทย ทำให้ผู้ประกอบการต่างชาติที่ต้องการจะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยกระทำการเอาเปรียบผู้ประกอบการไทยได้ ตัวอย่างเช่น

ผู้ประกอบการไทยต้องการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศ โดยต้องการจะใช้เครื่องหมายเสียงหรือกลิ่นที่คนไทยมีความคุ้นเคยมาเป็นระยะเวลายาวนานแล้วหรือเป็นเครื่องหมายที่มีความเป็นเอกลักษณ์ของประเทศไทย แต่ด้วยความเชี่ยวชาญ ความรู้ ความเข้าใจในเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นของชาวต่างชาติที่มีมากกว่าชาวไทย ทำให้ผู้ประกอบการต่างชาตินำเอาเครื่องหมายการค้าที่ผู้ประกอบการไทยได้ใช้อยู่ก่อนแล้วหรือต้องการไปจดทะเบียนนั้นไปยื่นขอจดทะเบียนเป็นของตนเองก่อน เพื่อแสวงหาประโยชน์จากเสียงหรือกลิ่นที่ชาวไทยรู้จักคุ้นเคยอยู่แล้ว จึงก่อให้เกิดความเสียหายให้กับผู้ประกอบการไทยเป็นอย่างมาก ดังนั้น กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ จึงควรเร่งรีบดำเนินการประชาสัมพันธ์และให้ความรู้กับผู้ประกอบการไทย รวมทั้งเร่งรีบหามาตรการในการปกป้องและคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการไทยจากการช่วงชิงการจดทะเบียนของผู้ประกอบการต่างประเทศ ตลอดจนควรดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพื่อให้มีการถอนเครื่องหมายการค้าที่มีการจดทะเบียนไว้แล้ว แต่ไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าในเวลาที่กำหนด รวมทั้งเครื่องหมายการค้าที่มีการจดทะเบียนไว้เพื่อกีดกันบุคคลอื่นหรือเพื่อการทุจริตดังกล่าว ตลอดจนมีบทกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเช่นนั้นด้วย

2) ปัจจุบันผู้ประกอบการไทยและผู้ประกอบการต่างประเทศได้ให้ความสำคัญกับการออกแบบและการนำเครื่องหมายการค้ามาจดทะเบียนเพิ่มมากขึ้นเพราะจะเป็นการทำให้สินค้าของตนเองได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและเป็นการเพิ่มมูลค่าของสินค้านั้นโดยอัตโนมัติจากการศึกษาร่างพระราชบัญญัตินี้ยังไม่พบบทบัญญัติทางกฎหมายที่กำหนดวิธีการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นที่ชัดเจนดังที่ได้ไปแล้วข้างต้นจึงอาจจะก่อให้เกิดปัญหาได้ในอนาคต ดังนั้น กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ จึงต้องมีความพร้อมในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าทุกลักษณะ เพื่อให้ผู้ประกอบการดังกล่าวมีความเชื่อมั่นมากขึ้น นอกจากนี้ในฐานะนายทะเบียนควรมีหลักการในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้กับผู้ประกอบการไทยและผู้ประกอบการต่างประเทศอย่างเท่าเทียมกันและไม่ควรมีแนวคิดในลักษณะมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ประกอบการไทย แต่เป็นการกีดกันผู้ประกอบการต่างประเทศเพราะจะก่อให้เกิดความไม่เชื่อมั่นของผู้ประกอบการต่างประเทศในการประกอบการในประเทศไทย

และในระยะเวลาที่ผ่านมา กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ยังไม่มีความพร้อมในการดำเนินการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ทำให้การจดทะเบียนเป็นไปด้วยความล่าช้าและผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนต้องเสียค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นจำนวนมาก ดังนั้น หากในอนาคตมีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในลักษณะเสียงและกลิ่น ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการที่มีความยากมากกว่าเดิม กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ จะต้องเร่งรีบปรับปรุงแนวคิดและวิธีการในการดำเนินการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยเร่งด่วน ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เป็นการระต่อผู้ยื่นคำขอจดทะเบียน

3) จากการที่ได้ศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศในส่วนของเสียงและกลิ่นแล้ว ทำให้ทราบว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นเป็นกฎหมายที่มีความใหม่มากสำหรับประเทศไทยและในการพิจารณาเครื่องหมายการค้าดังกล่าวก็แตกต่างไปจากการพิจารณาในรูปแบบเดิมเพราะการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในลักษณะเสียงและกลิ่นนี้เป็นเทคนิคเฉพาะอันเนื่องมาจากเป็นเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องหมายการค้า

กลืนมีความยุ่งยากและซับซ้อนกว่าเครื่องหมายการค้าในรูปแบบอื่นและมีความไม่แน่นอนในการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ ทั้งในขั้นตอนของการยื่นขอจดทะเบียนและในขั้นตอนของการพิจารณาข้อพิพาทในชั้นศาลจะเห็นได้จากหลายประเทศที่ไม่ประสบความสำเร็จในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลืนและจำนวนของกลืนที่น่าพึงประสงค์มีอยู่จำกัด ส่วนใหญ่มักจะเป็นกลืนหอมของธรรมชาติหรือดอกไม้ การอนุญาตให้ธุรกิจรายใดรายหนึ่งผูกขาดกลืนบางกลืนนั้นอาจส่งผลให้สภาพแข่งขันในตลาดลดลง ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องใช้บุคลากรที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะด้านอย่างแท้จริง รวมทั้งต้องมี เทคโนโลยี เครื่องมือ อุปกรณ์และสถานที่ทันสมัย เพื่อให้สามารถรองรับการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวได้อย่างแท้จริงและในส่วนของความร่วมมือในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่และขั้นตอนต่าง ๆ ในการปฏิบัติงานที่จะต้องเพิ่มมากขึ้นนั้นและขณะนี้ในส่วนของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีความพร้อมมากน้อยเพียงใดในการพิสูจน์ความแตกต่าง โดยเฉพาะเครื่องหมายการค้ากลืน ซึ่งอาจต้องใช้บุคลากรที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริง โดยเฉพาะด้านวิทยาศาสตร์เพราะในการพิสูจน์ความแตกต่างนั้นอาจทำได้เพียงแค่การดมกลืนเท่านั้น แต่อาจจะเป็นการพิสูจน์โดยการแสดงโครงสร้างทางเคมี ซึ่งแน่นอนว่าในส่วนนี้ก็ต้องเพิ่มภาระงบประมาณให้แก่รัฐที่จะต้องจ้างบุคลากรดังกล่าวเพื่อมาวิเคราะห์เครื่องหมายการค้ากลืนและในขณะเดียวกันในส่วนของผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนก็ต้องมีความยุ่งยากและมีภาระต้นทุนที่เพิ่มขึ้นในการวิจัยและพัฒนาเครื่องหมายการค้าประเภทนี้และจะมีผู้ผลิตที่มีความต้องการจดทะเบียนมากน้อยเพียงใดมีความคุ้มค่ากับการจดทะเบียนหรือไม่ แต่ในระยะแรกนั้นอาจมีผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าประเภทนี้น้อยมาก การจ้างบุคลากรเป็นบุคลากรประจำทำให้ในแต่ละเดือนอาจจะทำให้เสียงบประมาณของรัฐโดยเปล่าประโยชน์ จึงควรมีการจัดทำบัญชีรายชื่อนักเคมี เมื่อมีการยื่นขอจดทะเบียนก็เพียงแต่ติดต่อมาร่วมพิจารณาเป็นครั้ง ๆ ไปหรือมีการกำหนดความรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการพิสูจน์ให้ชัดเจนว่าเป็นของรัฐหรือผู้ยื่นขอจดทะเบียน

ซึ่งในปัจจุบันกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ มีการเตรียมความพร้อมในเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าว ตลอดจนมีการเตรียมความพร้อมในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิสูจน์ ตรวจสอบและการเก็บตัวอย่างเสียงและกลิ่นแล้วหรือไม่ เพียงใด เพื่อให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในลักษณะดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลมากที่สุด

5.2.3 ข้อเสนอแนะอื่น ๆ

จากการศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายต่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหากประเทศไทยมีความต้องการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นแล้ว ควรจัดให้มีระบบจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นขึ้นเพราะมีข้อดีดังนี้ กล่าวคือ

เมื่อประเทศไทยมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นแล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยมีความเป็นสากล มีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศบางฉบับ เช่น ข้อตกลงมาดริดเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระดับสากล (Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Agreement) และพิธีสารมาดริดเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระดับสากล (Protocol

Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks หรือ Madrid Protocol) ระบบดังกล่าวเป็นระบบที่ทำให้ผู้ประกอบการกิจการต่าง ๆ หรือผู้ที่ต้องการจดทะเบียนเครื่องหมายได้รับความคุ้มครองในหลาย ๆ ประเทศในคราวเดียวหรือขยายการจดทะเบียนไปยังประเทศอื่น ๆ อีกในภายหลังด้วยความสะดวกและรวดเร็ว เป็นต้น หากประเทศไทยให้ความรับรองคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความสะดวกแก่ผู้ประกอบการไทยและต่างชาติในการยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและหากประเทศไทยไม่มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้มีการรับรองการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับเสียงและกลิ่นขึ้น นักลงทุนต่างชาติก็อาจเปลี่ยนความสนใจไปร่วมลงทุนกับประเทศอื่นที่มีการให้ความรับรองคุ้มครองเครื่องหมายดังกล่าวแทน ทำให้ประเทศไทยหรือผู้ประกอบการไทยเสียโอกาสทางการค้าและระบบเศรษฐกิจของประเทศก็จะเติบโตช้า

และการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นยังเป็นการสนับสนุนผู้ประกอบการไทยด้วยเพราะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นนับเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกชนิดหนึ่งที่มีค่ามหาศาล เนื่องจากกว่าที่ผู้ผลิตจะทำการคิดค้น ทดลอง วิจัยและพัฒนาเพื่อให้ได้มาซึ่งเครื่องหมายการค้า นั้นจะต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะ คิดวิเคราะห์ว่าจะออกแบบเครื่องหมายอย่างไรให้บุคคลโดยทั่วไปสามารถจดจำและแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการที่มีแหล่งที่มาที่หลากหลายได้เพราะหากเมื่อเครื่องหมายนั้นเป็นที่จดจำของบุคคลทั่วไป ย่อมถือว่าผู้ประกอบการนั้นประสบความสำเร็จและอาจเป็นการเพิ่มกำลังใจให้กับผู้ประกอบการในการคิดค้น เครื่องหมายรูปแบบใหม่เพิ่มมากขึ้น อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงที่ได้ทำการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นไว้แล้ว เพื่อมิให้บุคคลอื่นแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการใช้เครื่องหมายการค้า นั้นและยังเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อมิให้ถูกหลอกลวงหรือทำให้สับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการปลอมเหล่านั้นด้วย

ดังนั้น หน่วยงานของรัฐต้องเร่งทำการประชาสัมพันธ์เสริมสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ผู้ประกอบการและบุคคลโดยทั่วไปในเรื่องดังกล่าวนี้อย่างทั่วถึง ทั้งนี้เพื่อให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เป็นเสียงและกลิ่นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและประชาชนมากที่สุด รวมทั้งสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการวางกลยุทธ์ทางการตลาดให้สามารถแข่งขันทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ตลอดจนสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศเกี่ยวกับระบบการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของไทย

บรรณานุกรม

- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2555). *สาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า*. สืบค้นจาก <http://www.dtn.go.th/images/document/wto/trip.pdf>.
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2557). *กฎหมายเครื่องหมายการค้าออสเตรเลีย*. สืบค้นจาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=687&Itemid=600.
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2540). *คำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 80/2539 เรื่องคู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2539*. สืบค้นจาก http://www.ipthailand.go.th/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=572&Itemid=237.
- กรมโรงงานอุตสาหกรรม. (2557). *กลิ่น*. สืบค้นจาก <http://www2.diw.go.th/PIC/download/info/odor.pdf>.
- Jintamusicschool. (2557). *ชนิดของไฟล์เสียงในระบบคอมพิวเตอร์*. สืบค้นจาก <http://blog.eduzones.com/ditsapol/14099>.
- จริยญา เพชรอาวุธ. (2554). *ปัญหาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีผู้ขอจดทะเบียนหลายรายต่างยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกัน (มาตรา 20 ถึงมาตรา 26)*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2557). *ตัวโน้ตดนตรีหรือสัญลักษณ์ที่ใช้แทนเสียงดนตรี*. สืบค้นจาก <http://www.student.chula.ac.th/~53373162/AreaNote.htm>.
- ชัชวาล เสวี. (2557). *ปัญหาคาบเกี่ยวระหว่างการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า*. สืบค้นจาก <http://www.bloggang.com/viewblog.php?id=boxcatt&date=19-06-2010&group=1&gblog=4>.
- ชาญศักดิ์ สุนทะโรจน์. (2557). *กฎหมายเครื่องหมายการค้า*. สืบค้นจาก <http://writer.dekd.com/hell-o-angel/story/viewlongc.php?id=311708&chapter=5>.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2553). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาพื้นฐานความรู้ทั่วไป ลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความลับทางการค้า เคมิคอนดักเตอร์ชิป พันธุ์พืช ใหม่ (พิมพ์ครั้งที่ 8)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ณัฐทิพย์ กบิลคาม. (2556). *สรุปผลการประชุมสภาผู้แทนราษฎร*. สืบค้นจาก http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/article/article_20131108124836.pdf.

- ณัฐวุฒิ กุลนรินทร์. (2557). *อวัยวะส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย*. สืบค้นจาก http://www.sopon.ac.th/sopon/sema_web/secondary5/health_educ/anatomy/nose.htm.
- ดลธิ. (2552). *ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534*. สืบค้นจาก <http://law.longdo.com/law/229/sub15369>.
- เดวิท พุ่มชนะโชคชัย. (2550). *เครื่องหมายการค้าที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง: ศึกษาปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- Thaigoodview. (2557). *แผ่นซีดี (Compact Disc: CD)*. สืบค้นจาก <http://www.thaigoodview.com/library/contest2553/type1/tech03/16/CD%20.html>.
- นันทวี คาคะเน. (2555). *สรุปผลการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...*. สืบค้นจาก http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/ext_logo/ewt_dl_link.php?nid=37&filename=index.
- นินนาท บุญยะเดช. (2552). *การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บุญมา เตชะวงษ์. (2544). *การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศตามข้อตกลงหรือพิธีสารมาดริดประโยชน์และผลกระทบหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิก*. สืบค้นจาก http://elib.coj.go.th/managecourt/data/B6_20.pdf.
- บริษัท สนุก ออนไลน์ จำกัด. (2557). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. สืบค้นจาก <http://dictionary.sanook.com/search/dict-th-th-royal-institute>.
- ปกรณ์ เทศทำนุ. (2546). *ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของกลิ่นและเสียง*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ปรียา อนุพงษ์อ้อ. (2557). *หูและกลไกของการได้ยิน*. สืบค้นจาก http://www.rmutphysics.com/physics/oldfront/95/sound1/sound_5.htm.
- เพชรลดดา เขาวนโอกาส. (2548). *ปัญหาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พัฒนธ น้อยฉายา. (2544). *ปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไข ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543) เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นคำบรรยาย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พรพรหม อังศุสิงห์. (2555). *ปัญหาการเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, บัณฑิตวิทยาลัยรามคำแหง.

- มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคล. (2557). *การสั่นและคลื่นเสียง*. สืบค้นจาก <http://www.rmutphysics.com/physics/oldfront/89/sound.html>.
- เยาวลักษณ์ เคลือบมาศ. (2557). *การจัดการด้านทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property)*. สืบค้นจาก <http://www.inpthailand.org/ipthailand/index.php?lang=th>.
- รติษฐ ก้าวหน้าชัยมงคล. (2545). *ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปร่างรูปทรงของวัตถุ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. (2557). *ระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 24 ปีที่ 3 ครั้งที่ 22 (สมัยสามัญทั่วไป) วันพุธที่ 6 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556*. สืบค้นจาก <https://edoc.parliament.go.th/Meeting/MeetingViewer.aspx?id=140>.
- วัชร หิรัญโสทร. (2557). *วิวัฒนาการสำคัญมากกว่าที่จะมาเป็น Samsung*. สืบค้นจาก <http://news.siamphone.com/news-15121.html>.
- วีรภัทร ทรัพย์มาตีกุล. (2546). *ปัญหาการให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าในรูปกลุ่มของสี*. วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วัส ดิงสมิตร. (2545). *คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า Trademark Law*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ศักดิ์ชาย สุนทรธนาภิรมย์. (2555). *ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า: ศึกษากรณีเครื่องหมายการค้าที่เป็นตัวหนังสือและตัวเลข*. วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม. (2551). *คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2528/2538*. สืบค้นจาก http://www.library.coj.go.th/pongkun_68.php?idmain=102&&kotmaiyo=-&&mattra=16&&page=2.
- ศรีลา ทองกลาง. (2553). *ปัญหาการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายคำผสมตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534*. วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุดาทิพย์. (2557). *หน่วยการเรียนรู้ที่ 5 เรื่องการรับรู้และการเรียนรู้*. สืบค้นจาก http://reg.ksu.ac.th/teacher/sudatip/Elearning_files/data5.html.
- สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2556). *เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบแล้ว)*. สืบค้นจาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_sn/2556/apl2556-002.pdf.
- สำนักกรรมาธิการ 1. (2556). *รายงานการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...*. สืบค้นจาก http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/comm/955/file_1362457253.PDF.

- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2557). *ฎีกาที่ 97/2512*. สืบค้นจาก http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/thsc/2512/cd_4290.pdf.
- สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. (2557). *กลิ่น...ประสาทสัมผัสสร้างจินตนาการ*. สืบค้นจาก <http://nstda.or.th/rural/public/100%20articles-stkc/59.pdf>.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2552). *การสมัครเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection on Industrial Property) และสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร (Patent Cooperation Treaty: PCT)*. สืบค้นจาก http://www.senate.go.th/km/km_2551/Documents/K10220_1.pdf.
- สมาคมทรัพย์สินทางปัญญาแห่งประเทศไทย. (2557). *ประวัติความเป็นมาของกฎหมายการค้า*. สืบค้นจาก http://www.ipat.or.th/index.php?option=com_content&view=article&id=230:25-06-53&catid=44:trade1&Itemid=14.
- Aung-maisard. (2557). *ความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์*. สืบค้นจาก <http://aung-maisard.blogspot.com/2010/11/5-cd-romcd-rcd-rw.html>.
- อดิชนัน ธรรมพนิชวัฒน์. (2549). *การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อนุรักษ์ นิยมเวช. (2556). *ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่...) พ.ศ. ...*. สืบค้นจาก <http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/comm/72/%E0%B8%9E%E0%B8%A3%E0%B8%9A.%E0%B8%84%E0%B9%89%E0%B8%B2-56.doc.pdf>.
- อมรินทร์ ม่วงมณี. (2552). *การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ผลที่อาจเกิดขึ้นจากการตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะทำขึ้นในอนาคต*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อมราพร สัจจารักษ์ตระกูล. (2548). *ปัญหาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าที่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.
- อุไรวรรณ เจารุ่งเรือง. (2531). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2474*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อานันท์ งามประกิจพงศ์. (2537). *ทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- Australia Government IP Australia. (2010a). *Trade mark manual of practice and procedure*. Retrieved from http://www.ipaustralia.gov.au/pdfs/trademarkmanual/trade_marks_examiners_manual.htm.

- Australia Government IP Australia. (2010b). *Trade mark manual of practice and procedure*. Retrieved from <http://pit.timebase.com.au/IPAust/index.cfm?id=tmreg:4.3>.
- Carsten, S. (2014). *The registration of smell trademarks in Europe: another EU Harmonisation challenge*. Retrieved from <http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>.
- Cavicchi, J. (1990). *TTAB - Trademark Trial and Appeal Board – Decisions*. Retrieved from http://ipmall.info/hosted_resources/TTAB_Decisions/TTAB_Appeal_758429.
- Clarke, B., & Kapnoullas, S. (2014). *The new forms of registrable marks: Market uptake in first five year*. Retrieved from <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2001/4.pdf>.
- Court of Justice of the European Union. (2003). *Case-law of the Court of Justice*. Retrieved from <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48435&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157882>.
- Court of Justice of the European Union. (2012). *Case-law of the Court of Justice*. Retrieved from <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47585&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=159369>.
- Court of Justice of the European Union. (2014). *Case T-342/02*. Retrieved from <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db3b0b63c0850f47119fe0afc4fa2ce666.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNahj0?text=&docid=64792&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=78795.asp>.
- Done at Brussels. (1988). *First council directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the member states relating to trade marks*. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0104:en:HTML>.
- European Union Law. (1988). *First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade*

- Marks*. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989 L0104:en:HTML>.
- Gaimpietro, D. V. (2014). *My first linux CD-ROM: SLS 1.02*. Retrieved from http://www.digiampietro.com/content/web_history/my_first_linux_cd_rom_sls_1_02.html.
- Gallagher & Dawsey Co., LPA. (2010). *Trademarks – Understanding the Principal Register and the Supplemental Register*. Retrieved from http://www.invention-protection.com/ip/publications/docs/Principal_Supplemental_Register.html.
- Gile, R. (2007). *Sound trademarks – Nokia gets a registered trademark for its default ring tone*. Retrieved from <http://www.vegastrademarkattorney.com/2007/09/sound-trademarks-nokia-gets-registered.html>.
- Heather, E. R. (2014). *A “colourful” approach to non-traditional trade-marks*. Retrieved from http://www.smart-biggar.ca/en/articles_detail.cfm?news_id=223.
- Intellectual Property Office. (2014a). *Manual of Trade Marks Practice-Chapter3- Examination and Practice*. Retrieved from <http://www.ipo.gov.uk/tmmanual-chap3-archive.pdf>.
- Intellectual Property Office. (2014b). *Trade Marks Act 1994*. Retrieved from <http://www.ipo.gov.uk/tmact94.pdf>.
- Japan Patent office. (2014). *United Kingdom Trade Marks Act 1994*. Retrieved from http://www.jpo.go.jp/shiryoe/s_sonota_e/fips_e/pdf/england_e/e_shouhyou.pdf.
- Justia Trademarks. (2014). *Image trademark with serial number 78649230*. Retrieved from <http://trademarks.justia.com/786/49/n-a-78649230.html>.
- Legalforce trademarkia. (2014). *Paper Goods and Printed Material*. Retrieved from <http://www.trademarkia.com/logo-78641906.html>.
- Legalforce trademarkia. (2014). *Sound mark*. Retrieved from <http://www.trademarkia.com/logo-76601697.html>.
- The trademark reporter. (2014). *Official Journal of the International Trademark Association*. Retrieved from <http://home.comcast.net/~jlw28129/07McCormick.pdf>.

- Openjurist. (2000). *228 F. 3d 56 - Emi catalogue partnership emi robbins catalog Inc v. hill holliday Connors*. Retrieved from <http://openjurist.org/228/f3d/56/emi-v-hill>.
- Publications.europa.eu. (2002). *Trademarks - approximation of laws - directive 89/104/EEC - article 2 - signs of which a trade mark may consist - signs capable of being represented graphically - olfactory signs*. In case C-273/00. Retrieved from <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/pdf/JJ000273.pdf>.
- Public.Resource.Org. (2014). *774 F.2d 1116*. Retrieved from <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/774/774.F2d.1116.84-1416.html>.
- Smart-Biggar. (2014). *A "Colorful" approach to non-traditional trademarks*. Retrieved from http://www.smart-biggar.ca/en/articles_detail.cfm?news_id=223.
- Sokefun, J. A. (2014). *Industrial property II*. Retrieved from http://www.nou.edu.ng/NOUN_OCL/pdf/Laws/LAW%20436%20INDUSTRIAL%20PROPERTY%20II.pdf.
- Soshinetwork. (2014). *115112 CD-R sony*. Retrieved from <http://www.sohinetwork.com/?subsection=product-display&product=00101>.
- The trademark manual of examining procedure. (2014a). *1202.2 (b) (i) Distinctiveness and product design trade*. Retrieved from <http://tmep.uspto.gov/RDMS/detail/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e835.xml#/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e835.xml>.
- The trademark manual of examining procedure. (2014b). *1202.13 scent, fragrance or flavor*. Retrieved from <http://tmep.uspto.gov/RDMS/detail/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e835.xml#/manual/TMEP/Oct2012/TMEP-1200d1e2882.xml>.
- The trademark reporter. (2014). *Official Journal of the International Trademark Association*. Retrieved from <http://home.comcast.net/~jlw28129/07McCormick.pdf>.
- The trademark trial and appeal board inquiry system. (2009). *In re vertex group LLC*. Retrieved from <http://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-76601697-EXA-10.pdf>.

- Trademarken expert in brand protection. (2014). *US trademark no. 72349496*. Retrieved from http://www.trademarken.com/trademark/72349496?i=-NBC_UNIVERSAL_MEDIA_LLC_NBC_UNIVERSAL_INC_NATIONAL_BROADCASTING_COMPANY_INC_THE#.U2rxwoGSwwZ.
- Trademarkia. (2014a). *Sound mark by THX Ltd*. Retrieved from <http://www.trademarkia.com/logo-74309951.html>.
- Trademarkify. (2014b). *AH McCain "you've done it again" trademark*. Retrieved from http://www.trademarkify.com.au/trademark/759707?i=AH_MCCAIN_YOU_VE_DONE_IT_AGAIN-McCain_Foods_Aust_Pty_Ltd_ACN_000629587#.U2-IFYGSwwY.
- Trademarkify. (2014c). *Australian Trademark No. 1016245*. Retrieved from http://www.trademarkify.com.au/trademark/1016245?i=-Nokia_Corporation#.U2-DLoGSwwY.
- Trademarkify. (2014). *Australia trademark no.936188*. Retrieved from http://www.trademarkify.com.au/trademark/936188?i=-D_J_Tobacco_Co_Ltd#.U3BvloGSwwY.
- Tysver, D. A. (2014). *37 CFR 2.52 types of drawings and format for drawings*. Retrieved from http://www.bitlaw.com/source/37crf/2_52.html.
- United State Patent and Trademark Office. (2014). *Trademark status & document retrieval (TSDR)*. Retrieved from http://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=74485223&caseType=SERIAL_NO&searchType=documentSearch.
- WIPO. (2008). *WIPO intellectual property handbook*. Retrieved from http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/intproperty/489/wipo_public_489.pdf.
- Zadra, S. L. (2014). *Sounds, smells, shapes and colors protection and enforcement of nontraditional trademarks in the U.S.*. Retrieved from <http://www.knobbe.com/pdf/2005-August-Sounds-Smells-Shapes-and-Colors.pdf>.



ภาคผนวก
ร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

ร่าง
พระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...)
พ.ศ.

.....
.....
.....
.....

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า
พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ
บุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๔๑ และมาตรา ๔๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

.....
.....

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ...)”
พ.ศ.”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วัน
ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา ๔ แห่ง
พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า
(ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ
ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ กลิ่น เสียง หรือสิ่ง
เหล่านี้ อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”

มาตรา ๔ ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ๒)
พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และ
ให้มีอำนาจแต่งตั้งนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่กับออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่
เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ ลดหรือยกเว้นค่าธรรมเนียม และกำหนดกิจการอื่น ตลอดจนออก
ประกาศ ทั้งนี้ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๕ ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๔๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ๒)
พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็น
สาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ

(๑) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความอันเข้าใจกันโดย
ธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะ
พิเศษและไม่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(๒) คำหรือข้อความอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง
และไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(๓) คำที่ประดิษฐ์ขึ้น

(๔) ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์

(๕) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ

(๖) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียน
ทะเบียน หรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว

(๗) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว
หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น

(๘) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น

(๙) ภาพอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่
เป็นภาพแผนที่หรือภาพแสดงสถานที่ทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(๑๐) รูปร่างหรือรูปทรงอันไม่เป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้านั้นเอง หรือไม่
เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิคของสินค้านั้น หรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่
ทำให้สินค้านั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้น

(๑๑) กลิ่นอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง หรือกลิ่นที่ไม่เป็นกลิ่นโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

(๑๒) เสียงอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น”

มาตรา ๖ ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (๑) ถึง (๑๒) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามึลักษณะบ่งเฉพาะ”

มาตรา ๗ ให้ยกเลิกวรรคสองของมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔

มาตรา ๘ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๑๓ ภายใต้บังคับมาตรา ๒๗ ห้ามนายทะเบียนรับจดทะเบียนในกรณี que เห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้น

(๑) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกัน ที่นายทะเบียนเห็นว่ามึลักษณะอย่างเดียวกัน

(๒) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้า หรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่ามึลักษณะอย่างเดียวกัน

มาตรา ๑๔ ในกรณีที่นายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้นไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกัน มีลักษณะอย่างเดียวกันกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอีกเครื่องหมายหนึ่งที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรือที่อยู่ในระหว่างการขจดจดทะเบียนของเจ้าของเดียวกัน ถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นเหมือนกันหรือคล้ายกันจนถึงกับว่า ถ้าหากบุคคลอื่นจะเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้นแล้ว ก็อาจจะเป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าให้นายทะเบียนมีคำสั่งให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นเป็นเครื่องหมายชุด และมีหนังสือแจ้งคำสั่งให้ผู้ขอจดทะเบียนทราบโดยไม่ชักช้า”

มาตรา ๙ ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ให้นายทะเบียนมีคำสั่งให้ผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้นแก้ไข
เปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำสั่งนั้น และมีหนังสือแจ้งคำสั่งให้ผู้จดทะเบียน
ทะเบียนทราบโดยไม่ชักช้า

มาตรา ๑๐ ให้ยกเลิกความใน (๑) และ (๒) ของวรรคหนึ่งของมาตรา ๑๗ แห่ง
พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(๑) สั่งให้ผู้จดทะเบียนแสดงการปฏิเสธว่า ไม่ขอถือเป็นสิทธิของตนแต่ผู้เดียวใน
อันที่จะใช้ส่วนดังกล่าวของเครื่องหมายการค้ารายนั้น ทั้งนี้ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำสั่งนั้น

(๒) สั่งให้ผู้จดทะเบียนแสดงการปฏิเสธอย่างอื่น ตามที่นายทะเบียนเห็นว่า
จำเป็นต่อการกำหนดสิทธิจากการจดทะเบียนของเจ้าของเครื่องหมายการค้ารายนั้น ทั้งนี้ ภายในหก
สิบวันนับแต่วันที่รับคำสั่งนั้น”

มาตรา ๑๑ ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๑๙ ผู้จดทะเบียนมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนตามมาตรา ๑๔
มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗ ต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับหนังสือแจ้ง
คำสั่งของนายทะเบียน คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด”

มาตรา ๑๒ ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ถ้าคณะกรรมการมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ว่า คำสั่งของนายทะเบียนตามมาตรา ๑๕ หรือ
มาตรา ๑๗ ถูกต้องแล้ว ให้ผู้จดทะเบียนปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนภายในหกสิบวันนับแต่วันที่
ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ”

มาตรา ๑๓ ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑ แห่ง
พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๒๐ ในกรณีที่ผู้จดทะเบียนหลายรายต่างยื่นคำขอทะเบียนเพื่อเป็น
เจ้าของเครื่องหมายการค้า ถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นมีลักษณะอย่างหนึ่ง
อย่างใดดังต่อไปนี้ ให้นายทะเบียนดำเนินการเกี่ยวกับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ได้ยื่นไว้
เป็นรายแรก และมีหนังสือแจ้งคำสั่งให้ผู้จดทะเบียนรายหลังรอการพิจารณาดำเนินการจดทะเบียน
เครื่องหมายการค้าไว้ก่อน

(๑) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกัน ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวก ที่นายทะเบียนเห็นว่ามียุทธศาสตร์อย่างเดียวกัน

(๒) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกัน ที่นายทะเบียนเห็นว่ามียุทธศาสตร์อย่างเดียวกัน

ในกรณีที่เครื่องหมายการค้าที่ยื่นไว้เป็นรายแรกไม่ได้รับการจดทะเบียนให้นายทะเบียนพิจารณาดำเนินการเกี่ยวกับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ยื่นไว้เป็นรายถัดไป และมีหนังสือแจ้งให้ผู้ขอจดทะเบียนรายนั้นและรายอื่นทราบโดยไม่ชักช้า

มาตรา ๒๑ ผู้ขอจดทะเบียนซึ่งเห็นว่าเครื่องหมายการค้าของตนขอจดทะเบียนมิได้เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ารายอื่นที่ได้อื่นขอจดทะเบียนไว้ก่อน มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนตามมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง ต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๘ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

มาตรา ๑๔ ให้ยกเลิกมาตรา ๒๒ มาตรา ๒๓ มาตรา ๒๔ มาตรา ๒๕ และมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔

มาตรา ๑๕ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๒๗ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๒๗ ในกรณีที่ผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา ๑๓ หรือมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้า นั้น เป็นเครื่องหมายการค้าซึ่งต่างเจ้าของต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกันโดยสุจริต หรือมีพฤติการณ์พิเศษที่นายทะเบียนเห็นสมควรรับจดทะเบียน นายทะเบียนจะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันดังกล่าวให้แก่เจ้าของหลายคนก็ได้ โดยจะมีเงื่อนไขและข้อจำกัดอื่นตามที่นายทะเบียนเห็นสมควรกำหนดด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ให้นายทะเบียนมีหนังสือแจ้งคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ขอจดทะเบียนและเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วทราบโดยไม่ชักช้า

ผู้ขอจดทะเบียนหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนตามวรรคหนึ่งต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตามวรรคสองให้เป็นที่สุด”

มาตรา ๑๖ ให้ยกเลิกความใน (๑) และ (๒) ของวรรคสามของมาตรา ๒๘ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๓๑ ผู้ขอจดทะเบียนมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งเพิกถอนของนายทะเบียนตามมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง ต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน”

มาตรา ๑๘ ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา ๓๕ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๓๕ เมื่อได้ประกาศโฆษณาคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายได้ตามมาตรา ๒๙ แล้ว บุคคลใดเห็นว่าตนมีสิทธิดีกว่าผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้นหรือเห็นว่าเครื่องหมายการค้ารายนั้นไม่มีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา ๖ หรือการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้น หรือเห็นว่าเครื่องหมายการค้ารายนั้นไม่มีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา ๖ หรือการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้นไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ บุคคลนั้นจะยื่นคำคัดค้านต่อนายทะเบียนก็ได้ แต่ต้องยื่นภายในหกสิบวันนับแต่วันประกาศโฆษณาตามมาตรา ๒๙ พร้อมทั้งแสดงเหตุแห่งการคัดค้าน”

มาตรา ๑๙ ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ให้ผู้ขอจดทะเบียนยื่นคำโต้แย้งคำคัดค้านตามแบบที่อธิบดีกำหนด โดยแสดงเหตุที่ตนอาศัยเป็นหลักในการขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้านและให้นายทะเบียนส่งสำเนาคำโต้แย้งนั้นไปยังผู้คัดค้านโดยไม่ชักช้า”

มาตรา ๒๐ ให้ยกเลิกความในวรรคสี่ของมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ในการพิจารณาและวินิจฉัยคำคัดค้าน นายทะเบียนจะมีคำสั่งให้ผู้ขอจดทะเบียนและผู้คัดค้านมาให้ถ้อยคำ ทำคำชี้แจง หรือแสดงหลักฐานเพิ่มเติมก็ได้ หากผู้ขอจดทะเบียนหรือผู้คัดค้านไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งให้นายทะเบียนพิจารณาและวินิจฉัยคำคัดค้านต่อไปตามหลักฐานที่มีอยู่”

มาตรา ๒๑ ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ผู้ขอจดทะเบียนหรือผู้คัดค้านมีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยของนายทะเบียนต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยของนายทะเบียน ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นโดยไม่ชักช้า”

มาตรา ๒๒ ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เมื่อได้มีคำสั่งให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้นายทะเบียน
มีหนังสือแจ้งคำสั่งให้ผู้ขอจดทะเบียนทราบ และให้ชำระค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนภายในหกสิบ
วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่ง ถ้าผู้ขอจดทะเบียนไม่ชำระค่าธรรมเนียมภายในกำหนดเวลา
ดังกล่าว ให้ถือว่าละทิ้งคำขอจดทะเบียน”

มาตรา ๒๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๕๒/๑ ของส่วนที่ ๓ การแก้ไข
เปลี่ยนแปลงการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในหมวด ๑ เครื่องหมายการค้าแห่งพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔

“มาตรา ๕๒/๑ ในกรณีที่การขอจดทะเบียนการโอนหรือการรับมรดกสิทธิใน
เครื่องหมายการค้าไม่เป็นไปตามมาตรา ๕๑ วรรคสอง หรือการขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการการจด
ทะเบียนไม่เป็นไปตามมาตรา ๕๒ ให้นายทะเบียนมีหนังสือแจ้งให้ผู้ขอจดทะเบียนหรือเจ้าของ
เครื่องหมายการค้าแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งนั้น

หากผู้ขอจดทะเบียนหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้ามิได้ปฏิบัติตามหนังสือแจ้งของ
นายทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าละทิ้งคำขอจดทะเบียนการโอนหรือการรับมรดกสิทธิใน
เครื่องหมายการค้า หรือคำขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการการจดทะเบียน แล้วแต่กรณี”

มาตรา ๒๔ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๕๔ มาตรา ๕๕ และมาตรา ๕๖ แห่ง
พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๕๔ เจ้าของเครื่องหมายการค้าใดประสงค์จะต่ออายุการจดทะเบียน
เครื่องหมายการค้าของตน ให้ยื่นคำขอต่ออายุต่อนายทะเบียนพร้อมทั้งชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุ
ภายในเก้าสิบวันก่อนวันสิ้นอายุ เมื่อได้ยื่นคำขอต่ออายุภายในกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว ให้ถือว่า
เครื่องหมายการค้านั้นยังคงจดทะเบียนอยู่จนกว่านายทะเบียนจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ในการยื่นคำขอต่ออายุตามวรรคหนึ่ง หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าประสงค์จะขอ
ผ่อนผันการชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุ ให้ยื่นหนังสือขอผ่อนผันพร้อมคำขอต่ออายุ ทั้งนี้ ให้
เจ้าของเครื่องหมายการค้าชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุภายในสองร้อยสิบวันนับแต่วันสิ้นอายุการ
จดทะเบียน และต้องชำระ ค่าธรรมเนียมเพิ่มร้อยละสิบของค่าธรรมเนียมการต่ออายุ

การขอต่ออายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการ
ที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๕๕ ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ยื่นคำขอต่ออายุและชำระ
ค่าธรรมเนียมการต่ออายุภายในกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และนาย
ทะเบียนเห็นว่า การขอต่ออายุเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา

๕๔ วรรคสาม ให้นายทะเบียนต่ออายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นอีกสิบปีนับแต่วันสิ้นอายุการจดทะเบียนเดิม นับแต่วันสิ้นอายุการจดทะเบียนที่ได้ต่อไว้ครั้งสุดท้ายแล้วแต่กรณี

ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ยื่นคำขอต่ออายุและชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุภายในกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง แต่นายทะเบียนเห็นว่าการขอต่ออายุไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา ๕๔ วรรคสาม ให้นายทะเบียนมีคำสั่งให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งนั้น และมีหนังสือแจ้งคำสั่งให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นทราบโดยไม่ชักช้า ถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้นายทะเบียนสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

การขอต่ออายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๕๕ ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ยื่นคำขอต่ออายุและชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุภายในกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และนายทะเบียนเห็นว่าการขอต่ออายุไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา ๕๔ วรรคสาม ให้นายทะเบียนต่ออายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นอีกสิบปีนับแต่วันสิ้นอายุการจดทะเบียนเดิม หรือนับแต่วันสิ้นอายุการจดทะเบียนที่ได้ต่อไว้ครั้งสุดท้ายแล้วแต่กรณี

ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ยื่นคำขอต่ออายุและชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุภายในกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง แต่นายทะเบียนเห็นว่าการขอต่ออายุไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา ๕๔ วรรคสาม ให้นายทะเบียนมีคำสั่งให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งนั้น และมีหนังสือแจ้งคำสั่งให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นทราบโดยไม่ชักช้า ถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้นายทะเบียนสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

มาตรา ๕๖ ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ามิได้ยื่นคำขอต่ออายุตามมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่ง หรือได้ยื่นคำขอต่ออายุและได้ขอผ่อนผันการชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุ แต่มิได้ชำระค่าธรรมเนียมตามมาตรา ๕๔ วรรคสอง ให้ถือว่าเครื่องหมายการค้านั้นได้ถูกเพิกถอนการจดทะเบียนแล้ว”

มาตรา ๒๕ ให้ยกเลิกความในวรรคสองของมาตรา ๖๐ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนตามวรรคหนึ่งต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน ถ้าไม่อุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคำสั่งของนายทะเบียนเป็นที่สุด”

มาตรา ๒๖ ให้ยกเลิกความใน (๓) และ (๔) ของมาตรา ๖๑ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(๓) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกัน ที่มีลักษณะอย่างเดียวกันหรือ

(๔) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน”

มาตรา ๒๗ ให้ยกเลิกความในวรรคสามของมาตรา ๖๙ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือผู้จดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาต มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียน ถ้าไม่อุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคำสั่งของนายทะเบียนเป็นที่สุด

มาตรา ๒๙ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๓๙/๑ ของส่วนที่ ๕ การอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าในหมวด ๑ เครื่องหมายการค้าแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔

“มาตรา ๓๙/๑ ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าย่อมไม่ระงับไปเพราะเหตุการโอนหรือการรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่มีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้านั้น”

มาตรา ๓๐ ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา ๘๙ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๘๙ เจ้าของเครื่องหมายรับรอนั้นหรือบุคคลอื่นใด ที่ได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากคำสั่งของนายทะเบียนตามมาตรา ๘๗ หรือมาตรา ๘๘ มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการภายในหกสิบวันนับแต่วันประกาศโฆษณาตามมาตรา ๘๗ หรือนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของนายทะเบียนตามมาตรา ๘๘ แล้วแต่กรณี”

มาตรา ๓๑ ให้ยกเลิกอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๓ และให้ใช้อัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัตินี้แทน

มาตรา ๓๒ คำขอจดทะเบียนสำหรับเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วม ที่ได้ยื่นไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับและยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการ ให้การดำเนินการเกี่ยวกับคำขอและค่าธรรมเนียมในเรื่องนั้น ๆ อยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ต่อไป จนกว่าคำขอดังกล่าวจะได้รับการจดทะเบียนหรือไม่ได้รับการจดทะเบียนหรือผู้ขอจดทะเบียนละทิ้งคำขอ แล้วแต่กรณี

มาตรา ๓๓ ในกรณีที่มีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเมื่อพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้นมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ให้การดำเนินการเกี่ยวกับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ได้ยื่นดังกล่าวอยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้

(๑) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าตามคำขอจดทะเบียนที่ยื่นไว้และยังคงอยู่ในระหว่างการดำเนินการตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติมไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน

(๒) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าตามคำขอจดทะเบียนที่ยื่นไว้แล้วยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติมจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน

มาตรา ๓๔ คำขอโอนหรือรับมรดกสิทธิ คำขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการการจดทะเบียน คำขอต่ออายุการจดทะเบียน และคำร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนสำหรับเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมที่ได้ยื่นไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับและยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการ ให้การดำเนินการเกี่ยวกับคำขอและค่าธรรมเนียมในเรื่องนั้น ๆ อยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ต่อไปจนกว่าคำขอดังกล่าวจะได้รับการจดทะเบียนหรือไม่ได้รับการจดทะเบียนหรือจะได้รับการต่ออายุ หรือจนกว่าจะมีการเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนการจดทะเบียน แล้วแต่กรณี

มาตรา ๓๕ คำขอจดทะเบียนสัญญาอนุญาต คำขอจดทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลง รายการการจดทะเบียนสัญญาอนุญาต และคำขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนสัญญาอนุญาตสำหรับ เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ ที่ได้ยื่นไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัติใช้บังคับและยังอยู่ใน ระหว่างการดำเนินการ ให้การดำเนินการเกี่ยวกับคำขอและค่าธรรมเนียมในเรื่องนั้น ๆ อยู่ในบังคับของ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัตินี้ต่อไป จนกว่าคำขอดังกล่าวจะได้รับการจดทะเบียน หรือไม่ได้รับการจดทะเบียน หรือจนกว่าจะมีการเพิกถอนหรือไม่ถอนการจดทะเบียน แล้วแต่กรณี

มาตรา ๓๖ คำสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนสำหรับเครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย บริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วม ที่นาทะเบียนสิ่งตามมาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ที่ได้ยื่นไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และ อยู่ในระหว่างการดำเนินการ ให้การดำเนินการที่เกี่ยวกับคำสั่งเพิกถอนและค่าธรรมเนียมในเรื่องนั้น ๆ อยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ก่อนการแก้ไข เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ต่อไป จนกว่าจะมีการเพิกถอนหรือไม่เพิกถอน การจดทะเบียน แล้วแต่ กรณี

มาตรา ๓๗ คำขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับว่าด้วยการใช้เครื่องหมายรับรองตาม มาตรา ๘๖ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ที่ได้ยื่นไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ ใช้บังคับและยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการ ให้การดำเนินการเกี่ยวกับคำขอและค่าธรรมเนียมใน เรื่องนั้นอยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ก่อนการแก้ไข เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ต่อไป จนกว่าคำขอดังกล่าวจะได้รับการจดทะเบียนหรือไม่ได้รับการจด ทะเบียน แล้วแต่กรณี

มาตรา ๓๘ บรรดากฎกระทรวงหรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัติเครื่องหมาย การค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้บังคับต่อไป เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีกฎกระทรวงหรือประกาศที่ออกตาม พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา ๓๙ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

.....

.....

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	กนกวรรณ จันทร์ผิว
อีเมล	pakkard_mizzii@hotmail.com
ประวัติการศึกษา	ปี 2554 ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ



มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในวิทยานิพนธ์/สารนิพนธ์

วันที่ 14 เดือน พฤศจิกายน พ.ศ. 2557

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว) กนกวรรณ จันทร์โอ อยู่บ้านเลขที่ 7/284
ซอย เคียบคลองสองต ถนน เคียบคลองสอง ตำบล/แขวง สามทิวตะวันตก
อำเภอ/เขต คลองสามวา จังหวัด กรุงเทพมหานคร รหัสไปรษณีย์ 10510
เป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ รหัสประจำตัว.....
ระดับปริญญา ตรี โท เอก
หลักสูตร..... นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา..... คณะ นิติศาสตร์
ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ” ฝ่ายหนึ่ง และ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ตั้งอยู่เลขที่ 119 ถนนพระราม 4 แขวงพระโขนง เขตคลองเตย
กรุงเทพมหานคร 10110 ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ” อีกฝ่ายหนึ่ง

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ และ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตกลงทำสัญญากันโดยมีข้อความดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิขอรับรองว่าเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานสารนิพนธ์/
วิทยานิพนธ์หัวข้อ ลักษณะบังคับเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร..... นิติศาสตรมหาบัณฑิต..... ของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ
(ต่อไปนี้เรียกว่า “สารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์”)

ข้อ 2. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยปราศจากค่าตอบแทนและไม่มี
กำหนดระยะเวลาในการนำสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่
ต่อสาธารณชน ให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนา งาน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น อนุญาตให้ผู้อื่นใช้
สิทธิโดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือการ
กระทำอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน

ข้อ 3. หากกรณีมีข้อขัดแย้งในปัญหาสิทธิในสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับ
บุคคลภายนอกก็ดี หรือระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลภายนอกก็ดี หรือมีเหตุขัดข้องอื่น ๆ
เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ อันเป็นเหตุให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถนำงานนั้นออกทำซ้ำ เผยแพร่ หรือโฆษณา
ได้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยินยอมรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความเสียหาย
ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งสิ้น

สัญญานี้ทำขึ้นสองฉบับ มีข้อความเป็นอย่างเดียวกัน คู่สัญญาได้อ่านและเข้าใจข้อความในสัญญาโดยละเอียดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อให้ไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยาน และเก็บรักษาไว้ฝ่ายละฉบับ

ลงชื่อ.....ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ
(นวสภทชวรรษ จินทรโอ)

ลงชื่อ.....ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ
(ดร.ชนันนา รอดสุทธิ)
ผู้อำนวยการสำนักหอสมุดและศูนย์การเรียนรู้

ลงชื่อ.....พยาน
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิวพร หวังพิพัฒน์วงศ์)
คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

ลงชื่อ.....พยาน
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ)
ผู้อำนวยการหลักสูตร/ ผู้รับผิดชอบหลักสูตร