

การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารชาติในประเทศไทย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2562  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Protection of Gustatory Mark in Thailand



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
FACULTY OF LAW  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2019  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าชาติในประเทศไทย
	ไทย
โดย	น.ส.วรี เมธาประยูร
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์กะ)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา)	
.....	กรรมการ
(ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์สมศักดิ์ พณิชยกุล)	

วรี เมธาประยูร : การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศไทย. ( Protection of Gustatory Mark in Thailand) อ.ที่ปรึกษาหลัก : รศ.อรพรรณ พันสพัฒนา

เครื่องหมายการค้ารสชาติถือเป็นหนึ่งในเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ได้รับการนิยมนอย่างมาก เนื่องจากผู้ผลิตและผู้ประกอบการหลายรายเริ่มนำสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่ามาใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้าเพื่อสร้างความแตกต่างให้กับสินค้าของตน ซึ่งรวมถึงรสชาติด้วย ดังนั้น เครื่องหมายการค้ารสชาติจึงถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายมากขึ้น และในหลายประเทศได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ของประเทศไทยไม่ได้ให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด

เพื่อให้สามารถเสนอแนะแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า คำพิพากษา และหลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดาและประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งเป็นประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ ตลอดจนดำเนินการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยแบ่งบุคคลที่ให้สัมภาษณ์ออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ที่ปรึกษาทนายความ ผู้ผลิตและผู้ประกอบการ และผู้บริโภค โดยนำข้อมูลมาวิเคราะห์และแบ่งเป็นปัญหาต่าง ๆ ได้ดังนี้ ความเหมาะสมในการนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า บทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะ ลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้า รสชาติ การพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่จดทะเบียนแล้ว ตลอดจนความพร้อมในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ได้แก่ การนำเทคโนโลยี วิทยาการหรือเครื่องมือที่ทันสมัย และการว่าจ้างผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเข้ามาช่วยในกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ตั้งแต่การยื่นคำขอจดทะเบียน การพิจารณาและตรวจสอบเพื่อจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า รวมถึงการเก็บรักษาตัวอย่างเครื่องหมายการค้า เพื่อให้ประเทศไทยมีความพร้อมในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา 2562

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6086006734 : MAJOR LAWS

KEYWORD: trademark, non-traditional trademark, gustatory mark, taste

Waree Methaprayoon : Protection of Gustatory Mark in Thailand. Advisor: Asst Prof.  
ORABHUND PANUSPATTHNA

Gustatory Mark or Taste Mark is considered as one of the most widespread non-traditional trademarks in recent years. Numerous manufacturers and entrepreneurs have been utilizing the invisible elements as trademarks to distinguish their products from those of competitors in the market including their unique flavors. In many countries, the provisions of trademark laws have been extended to protect taste mark. However, in Thailand taste mark has not been protected under the Trademark Act of B.E. 2534.

The purpose of this study is to suggest the taste mark protection in Thailand. This study contains research of the provisions of the trademark law, decision and regulations of the United States of America, European Union, Canada and New Zealand which are the countries that provide the protection of taste mark. Furthermore, the study includes interviews from 4 different parties who are involved in trademark protection namely Department of Intellectual Property, Legal Advisor, Manufacturers and Entrepreneurs, and Consumers. This study has analyzed and concluded problems as follows: propriety of taste as a trademark, the definition of "marks", examination of nature and distinctiveness of taste, examination of prohibited characteristics of taste, examination of similarity of taste, and preparation of taste trademark registration.

The study suggests the provisions of the Trademark Act of B.E. 2534 be amended and included more rules or regulations to provide the protection of taste mark. Besides, this study proposes to utilize modern technology and equipment and to require specialists and experts to assist the entire process registration of trademark filing as well as the storage of registered taste mark - with the intention to ensure that Thailand will establish taste mark protection efficiently.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2019

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดี อันเนื่องมาจากความอนุเคราะห์ของท่านรองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงที่ท่านกรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านเพื่อชี้แนะ ให้คำแนะนำ ตลอดจนตรวจทานเนื้อหา จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยนันท์กะ ประธานกรรมการท่านอาจารย์สมศักดิ์ พณิชยกุล และดร. สิทธิม วิวัฒน์วัฒนา ที่ให้ความกรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ความรู้อันเป็นประโยชน์ ซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณบุคคลผู้ให้สัมภาษณ์ ดังนี้ 1) เจ้าหน้าที่กรมทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ คุณจรัสศรี ศรีสุวรรณ คุณแหวดาว ดำรงผล และคุณพุดิพัฒน์ จิรัสย์ขำนะ 2) ที่ปรึกษากฎหมาย ได้แก่ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุลและคุณสืบศิริ ทวีผล 3) ผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ได้แก่ คุณกัณฑ์ กุลอัฐภิญญา คุณจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ คุณกัณฑ์พงษ์ จิตสมบูรณ์ คุณวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ และคุณชัชวริน กุวัชกะพันธ์ รวมถึงผู้บริหารทุก ๆ ท่าน ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้ผู้เขียนเข้าทำการสัมภาษณ์ และอนุญาตให้อ้างอิงชื่อของท่านในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณพิทักษ์ เมธาประยูรและคุณสุนทรี นำประเสริฐชัย บิดามารดา และคุณวนพล เมธาประยูร น้องชายของผู้เขียนที่คอยให้ความสนับสนุนด้านกำลังใจและกำลังใจทรัพย์ตลอดมา คุณชิม ชางมิน ที่เป็นหนึ่งในแรงบันดาลใจในการศึกษากฎหมาย เพื่อนร่วมรุ่นนิติศาสตรมหาบัณฑิต โดยเฉพาะสาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ เพื่อนและพี่ ๆ ฝ่ายกฎหมายของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เพื่อนนิติศาสตรบัณฑิต และคุณสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์ รวมถึงทุก ๆ ท่านที่ผู้เขียนต้องขออภัยที่ไม่อาจเอ่ยนามได้ครบถ้วน ที่คอยให้คำแนะนำ มุมมองความเห็น และกำลังใจอันทำให้ผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จักก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลที่มีความสนใจ และต่อวงการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ ทั้งนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอกราบขออภัยและน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

วรี เมธาประยูร

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของการศึกษา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	3
1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า .....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	4
บทที่ 2 การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายการค้ารชาติ .....	5
2.1 ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า.....	5
2.1.1 ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ .....	5
2.1.2 ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย .....	7
2.2 ประเภทของเครื่องหมายการค้า .....	9
2.2.1 เครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Visible Marks) .....	10
2.2.1.1 เครื่องหมายการค้าชื่อ ชื่อสกุล ลายมือชื่อ .....	10
2.2.1.2 เครื่องหมายการค้าภาพ.....	11
2.2.1.3 เครื่องหมายการค้าคำ หรือข้อความ .....	11
2.2.1.4 เครื่องหมายการค้าแถบสี หรือกลุ่มของสี.....	12

2.2.1.5 เครื่องหมายการค้า 3 มิติ .....	12
2.2.1.6 เครื่องหมายการค้าภาพเคลื่อนไหว .....	13
2.2.2 เครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Invisible Marks) .....	14
2.2.2.1 เครื่องหมายการค้าเสียง .....	15
2.2.2.2 เครื่องหมายการค้ากลิ่น .....	16
2.2.2.3 เครื่องหมายการค้าสัมผัส .....	17
2.2.2.4 เครื่องหมายการค้ารสชาติ .....	18
2.3 การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 .....	19
2.3.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า .....	19
2.3.1.1 มีลักษณะเป็นเครื่องหมาย .....	20
2.3.1.2 ที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า .....	21
2.3.1.3 เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่าง กับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น .....	22
2.3.2 หน้าที่ของเครื่องหมายการค้า .....	23
2.3.2.1 หน้าที่จำแนกหรือแยกแยะความแตกต่างของสินค้า .....	23
2.3.2.2 หน้าที่แสดงถึงแหล่งที่มาของสินค้า .....	24
2.3.2.3 หน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้า .....	24
2.3.2.4 หน้าที่ในการโฆษณา .....	25
2.3.3 การได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้า .....	26
2.3.3.1 การได้มาซึ่งสิทธิโดยการใช้ .....	27
2.3.3.2 การได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียน .....	27
2.3.4 เครื่องหมายการค้าอันพึงได้รับจดทะเบียน .....	28
2.3.4.1 เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctiveness) .....	28



2.3.4.2	เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 .....	32
2.3.4.3	ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว .....	36
2.3.5	สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า .....	38
2.3.5.1	สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว .....	38
2.3.5.2	สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้รับจดทะเบียน .....	44
2.3.6	ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง .....	48
2.4	รสชาติ (Taste).....	50
2.4.1	ลักษณะทั่วไปของรสชาติ .....	50
2.4.2	การรับรู้รสชาติ .....	51
2.4.3	ความเป็นอัตวิสัยในการรับรู้รสชาติ (Taste Perception) .....	52
บทที่ 3	การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในต่างประเทศ .....	57
3.1	ความตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ .....	58
3.1.1	อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม พ.ศ. 2510 .....	58
	Paris Convention for the Protection Industrial Property 1967 .....	58
3.1.1.1	ความเป็นมาของอนุสัญญากรุงปารีส .....	58
3.1.1.2	อนุสัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า .....	59
	1) นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” .....	60
	2) เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน .....	60
	3) สิทธิในเครื่องหมายการค้า .....	64
	4) ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง .....	65
3.1.2	ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า .....	65
	The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) .....	65

3.1.2.1	ความเป็นมาของความตกลง .....	66
3.1.2.2	ความตกลงในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า .....	69
1)	นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” .....	69
2)	เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน .....	71
3)	สิทธิในเครื่องหมายการค้า .....	73
4)	ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง .....	75
3.2	บทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของต่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	75
3.2.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา .....	76
3.2.1.1	นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” .....	82
3.2.1.2	เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน .....	83
3.2.1.3	สิทธิในเครื่องหมายการค้า .....	84
3.2.1.4	ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง .....	90
3.2.1.5	แนวทางการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	90
3.2.2	สหภาพยุโรป .....	100
3.2.2.1	นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” .....	105
3.2.2.2	เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน .....	106
3.2.2.3	สิทธิในเครื่องหมายการค้า .....	110
3.2.2.4	ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง .....	113
3.2.2.5	แนวทางให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	113
3.2.3	ประเทศแคนาดา .....	118
3.2.3.1	นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” .....	121
3.2.3.2	เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน .....	122
3.2.3.3	สิทธิในเครื่องหมายการค้า .....	126

3.2.3.4	ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง .....	130
3.2.3.5	แนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติ.....	130
3.2.4	ประเทศนิวซีแลนด์ .....	141
3.2.4.1	นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” .....	143
3.2.4.2	เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน .....	144
3.2.4.3	สิทธิในเครื่องหมายการค้า .....	147
3.2.4.4	ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง .....	148
3.2.4.5	แนวทางการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติ.....	149
บทที่ 4	วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	150
4.1	ความเหมาะสมในการนำரசชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า.....	152
4.1.1	การทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าของரசชาติ .....	152
4.1.2	ความเป็นอติวิสัยในการรับรู้ரசชาติ .....	158
4.1.3	การนำரசชาติมาใช้กับประเภทของสินค้าและบริการ .....	162
4.1.4	สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในரசชาติที่ได้รับจดทะเบียน .....	165
4.2	บทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้าரசชาติ.....	170
4.2.1	ปัญหาเกี่ยวกับบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้าரசชาติ ....	170
4.2.2	แนวทางในการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้าரசชาติ.....	171
4.3	ความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าரசชาติ....	174
4.3.1	ปัญหาเกี่ยวกับความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	174
4.3.2	แนวทางในการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	177
4.4	การเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	183
4.4.1	ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้าม.....	183

4.4.2	แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้าม .....	185
4.5	การเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้วของ เครื่องหมายการค้าரசชาติ.....	186
4.5.1	ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจด ทะเบียนแล้ว .....	186
4.5.2	แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับ เครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว .....	188
4.6	ความพร้อมในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าரசชาติ.....	190
4.6.1	ความพร้อมของกรมทรัพย์สินทางปัญญา.....	190
4.6.2	ความพร้อมของผู้ผลิตและผู้ประกอบการ .....	195
4.6.3	ความพร้อมของผู้บริโภค.....	197
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	202
5.1	บทสรุป.....	202
5.2	ข้อเสนอแนะ .....	206
5.2.1	ความเหมาะสมในการนำரசชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า.....	206
5.2.2	การแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้าரசชาติ. 210	
5.2.3	ความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	211
5.2.4	การเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้าரசชาติ .....	214
5.2.5	การเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว ของเครื่องหมายการค้าரசชาติ.....	215
5.2.6	ความพร้อมในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า .....	217
บรรณานุกรม.....		227
ประวัติผู้เขียน.....		244

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ที่มาและความสำคัญของการศึกษา

ในการประกอบธุรกิจการค้า ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะใช้ “เครื่องหมายการค้า” ในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของตนออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น เพื่อป้องกันความสับสนหลงผิดในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภคและสาธารณชน<sup>1</sup> ดังนั้น ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจึงให้ความสำคัญเป็นอย่างมากในการสร้างสรรค์เครื่องหมายการค้าของตนให้มีความแปลกใหม่ มีเอกลักษณ์และเป็นที่น่าจดจำ อย่างไรก็ตาม การที่สภาพสังคมและเศรษฐกิจมีความเจริญเติบโตขึ้น และการแข่งขันทางการค้าที่มีความเข้มข้นขึ้นทุกขณะ<sup>2</sup> รวมถึงเทคโนโลยีมีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก เครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิม ๆ ย่อมไม่เพียงพอและไม่อาจตอบสนองต่อสภาพสังคมในปัจจุบันได้ จึงทำให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการถูกผลักดันให้ต้องหาหนทางหรือวิธีการใหม่ ๆ เพื่อสร้างความแตกต่างให้กับสินค้าของตน ผู้ผลิตและผู้ประกอบการหลายรายจึงได้นำเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ (Non-Traditional Marks)<sup>3</sup> มาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตน ไม่ว่าจะเป็นแถบสี (Colors) ภาพเคลื่อนไหว (Motion) ภาพ 3 มิติ (Hologram) สโลแกน (Slogan) รูปร่างหรือรูปร่างของสินค้า (Trade Dress) รวมถึงการใช้เครื่องหมายที่ต้องอาศัยการรับรู้ (Sensory Mark) อย่างเช่น เครื่องหมายการค้าเสียง (Sound Mark) เครื่องหมายการค้ากลิ่น (Scent Mark) เครื่องหมายการค้าสัมผัส (Touch Mark) รวมถึงเครื่องหมายการค้ารสชาติ (Taste Mark) ซึ่งนับวันยิ่งได้รับความนิยมจากผู้ผลิตและผู้ประกอบการทั่วโลกมากขึ้น อันส่งผลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

---

<sup>1</sup> Tanya Aplin and Jennifer Davis, Intellectual Property Law, First ed. (Oxford University Press, 2009), p. 229.

<sup>2</sup> Vasheharan Kanesarajah, "The Taste of Ripe Strawberries: Representing Non-Visual Trademarks," [Online] Accessed: 16 December. Available from: <http://ips.clarivate.com/m/pdfs/klnl/2008-03/taste.pdf>

<sup>3</sup> MMS Karki, "Nontraditonal Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress," Journal of Intellectual Property Rights Vol.10(2005).

กับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในหลายประเทศได้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใน และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เพื่อขยายความคุ้มครองให้ครอบคลุมเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายในฐานะเครื่องหมายการค้าเฉพาะเท่าที่ปรากฏในบทนิยามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 เท่านั้น ซึ่งจำกัดขอบเขตการให้ความคุ้มครองไว้เพียง “ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปทรงหรือรูปร่างของวัตถุ หรือเสียง” เท่านั้น โดยไม่ได้ให้ความคุ้มครองในรสชาติ ในประการที่สามารถมาขึ้นคำขอรับการจดทะเบียนเพื่อให้ได้ความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้ารสชาติ (Gustatory Mark) ได้แต่อย่างใด

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นสมควรที่จะทำศึกษาเกี่ยวกับรายละเอียดของรสชาติ และการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย ซึ่งนอกจากจะทำให้มาตรฐานการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยดียิ่งขึ้นแล้ว ยังทำให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีมาตรฐานที่สอดคล้องกับนานาประเทศ ตลอดจนเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมของภาคธุรกิจและอุตสาหกรรมอีกด้วย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาถึงลักษณะของรสชาติ อันพึงได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า
- 2) เพื่อศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำพิพากษา และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในต่างประเทศ
- 3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหา เปรียบเทียบ และนำเสนอแนวทางที่เหมาะสม ในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย เพื่อให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องจาก ในปัจจุบัน ผู้ผลิตและผู้ประกอบการได้นำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าเพื่อทำให้สินค้าหรือบริการของตนมีความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น แต่การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ (Gustatory Mark) แต่อย่างใด จึงเห็นสมควรแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้รสชาติสามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนและได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้

### 1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษาถึงประเด็นปัญหาและข้อจำกัดทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศไทย โดยจะทำการศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า วิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใน คำพิพากษา และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติของประเทศต่าง ๆ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์ รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศ อย่าง อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า เพื่อนำมาประกอบการพิจารณา ศึกษาเป็นตัวอย่าง และใช้วิเคราะห์เพื่อนำเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย

### 1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า

ในการดำเนินการศึกษาและวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพื่อให้สามารถนำข้อมูลมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ และนำเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการนำมาใช้กับประเทศไทย ผู้เขียนจึงเห็นสมควรใช้วิธีการศึกษา ดังต่อไปนี้

- 1) ค้นคว้าและวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบตำราทางกฎหมาย ตั๋วบทกฎหมายของไทยและต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง บทความและวารสารทางกฎหมาย ข้อมูลเอกสารในรูปแบบของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ
- 2) ดำเนินการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยแบ่งออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้ 1) กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ 2) ที่ปรึกษากฎหมาย
- 3) ผู้ผลิตและผู้ประกอบการ และ 4) ผู้บริโภค

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

- 1) เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 2) เพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำพิพากษา และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติในต่างประเทศ
- 3) เพื่อให้ทราบปัญหา และความเหมาะสมในการนำரசชาติมาใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้า
- 4) เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และวางแนวทางปฏิบัติ หรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติในประเทศไทย



## บทที่ 2

### การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายการค้ารสนชาติ

#### 2.1 ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

##### 2.1.1 ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ

ย้อนกลับไปหลายปีก่อนคริสตศักราช ในอาณาจักรอียิปต์ กรีกและโรมัน มีการค้นพบว่า บรรดาช่างฝีมือมีการทำสัญลักษณ์หรือรูปภาพซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปลงบนผลงานของตน เช่น เขี่ยอกเนย กระบอกลยา ตะเกียงน้ำมัน เพื่อแสดงว่าเป็นสินค้าของผู้ใดและมีแหล่งกำเนิดจากที่ใด ในขณะที่ฝั่งเอเชียตะวันออก อย่างประเทศจีน ก็มีการใช้ตราประทับตัวอักษรจีนเพื่อระบุตัวตนของผู้จัดทำในเอกสารต่าง ๆ และมีการใช้ตราสัญลักษณ์ประทับลงบนวัตถุ อย่างเครื่องปั้นดินเผา เช่นเดียวกัน ซึ่งเครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ดังกล่าวนอกจากจะถูกใช้ในการระบุถึงคุณภาพของสินค้าได้แล้ว ยังทำให้ผู้บริโภคหรือสาธารณชนทราบได้ว่าในกรณีที่เกิดปัญหากับสินค้านั้น ตนจะสามารถไปเรียกร้องกับผู้ใดอีกด้วย<sup>4</sup>

ต่อมาในยุคกลาง (Medieval Europe) สมาคมการค้ายุโรปได้มีการใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ต่าง ๆ ในสินค้าจำพวกกระดิ่งและกระดาศ เพื่อระบุว่าผู้ใดเป็นผู้ผลิตหรือเป็นเจ้าของสินค้า และเพื่อรับรองว่าสินค้าของตนมีคุณภาพ โดยหากเกิดความชำรุดบกพร่องยอมทำให้สามารถย้อนกลับไปยังผู้ผลิตเพื่อลงโทษหรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ซึ่งถือว่าเป็นไปตามข้อบังคับของสมาคมพ่อค้า<sup>5</sup> ต่อมาเมื่อประเทศอังกฤษเข้าสู่การปฏิวัติอุตสาหกรรม โดยเริ่มมีการนำเครื่องจักรมาใช้ในกระบวนการผลิตสินค้า ทำให้มีสินค้าประเภทเดียวกันหรือชนิดเดียวกันออกสู่ท้องตลาดเป็นจำนวนมาก และเพื่อให้การโฆษณาสินค้าหรือบริการสามารถดึงดูดความสนใจจากผู้บริโภคและสาธารณชน ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจึงได้ใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการในการสร้างความแตกต่าง

<sup>4</sup> David Johnson, "Trademarks: A History," [Online] Accessed: 6 February. Available from: <https://www.infoplease.com/trademarks-history>

<sup>5</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย (กรุงเทพฯ: กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2544). หน้า 1.

เพื่อแยกสินค้าและบริการของตนออกจากสินค้าและบริการของผู้อื่น<sup>6</sup> ด้วยเหตุนี้ ยังถือเป็นการผลักดันให้ประเทศอังกฤษมีการบัญญัติและประกาศใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรก หรือ Trade Marks Registration Act 1875 ขึ้นด้วย<sup>7</sup> ซึ่งต่อมาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวถูกปรับปรุงแก้ไขเรื่อยมา รวมถึงถูกยกเลิกจากการประกาศใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่ ๆ เพื่อให้มีความทันสมัยและเหมาะสมกับสถานการณ์ต่าง ๆ ในการใช้เครื่องหมายการค้าในขณะนั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับล่าสุดของประเทศอังกฤษ ซึ่งยังคงมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน อย่าง The Trade Mark Act 1994 ได้รับการยอมรับและถือเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่มีอิทธิพลเป็นอย่างมาก โดยถูกนำมาใช้เป็นกฎหมายแม่แบบในการจัดทำบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย รวมถึงประเทศไทยด้วย<sup>8</sup>

เมื่อนานาประเทศเริ่มให้ความสำคัญในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และเห็นตรงกันว่า เครื่องหมายการค้าควรได้รับความคุ้มครองในฐานะทรัพย์สินอุตสาหกรรมประเภทหนึ่ง จึงได้กำหนดมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองไว้ภายใต้อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection Industrial Property) ทั้งนี้ เมื่อประเด็นเรื่องทรัพย์สินทางปัญญามีความสำคัญขึ้นทุกขณะ จึงได้ถูกยกขึ้นมาเป็นหนึ่งในประเด็นในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ โดยปรากฏในชื่อ The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods หรือที่เรียกกันว่า “ความตกลงทริปส์ (TRIPS Agreement)” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ (GATT) อันทำให้ความตกลงดังกล่าวเป็นความตกลงที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอิทธิพลอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization หรือ WTO) เนื่องจากประเทศภาคีสมาชิกแต่ละประเทศมีพันธกรณีในการให้ความ

<sup>6</sup> World Intellectual Property Organization, "History of Trademarks," [Online] Accessed: 6 February. Available from: <http://respectfortrademarks.org/tricks-of-the-trademark/history-of-trademarks/>

<sup>7</sup> Amanda Michaels, *A Practical Guide to Trade Mark Law*, Second ed. (Sweet & Maxwell Limited, 1996).

<sup>8</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2560). หน้า 294-295.

คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงดังกล่าว<sup>9</sup> กล่าวคือ ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่บัญญัติในความตกลงดังกล่าวนั่นเอง

### 2.1.2 ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย

แต่เดิมเครื่องหมายการค้าไม่ถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยมากนัก เนื่องจากประเทศไทยมีลักษณะเป็นสังคมเกษตรและอาศัยการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างกันภายในชุมชน โดยประเทศไทยเริ่มรู้จักการนำเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ต่าง ๆ มาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าเมื่อเริ่มมีการติดต่อสื่อสาร ทำการค้าขาย และแลกเปลี่ยนสินค้ากับพ่อค้าจากต่างประเทศ เช่น ประเทศจีน ประเทศอินเดีย รวมถึงประเทศทางตะวันตก<sup>10</sup>

อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย ปรากฏครั้งแรกในปี พ.ศ. 2452 ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สำหรับความผิดฐานปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้า รวมทั้งความผิดในการนำเข้าและจำหน่ายสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าปลอมและเลียน โดยกำหนดไว้ให้เป็นความผิดที่มีเฉพาะโทษทางอาญาเท่านั้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2453 ประเทศไทยได้มีการจัดตั้ง “หอทะเบียนเครื่องหมายการค้า” ขึ้นในกระทรวงเกษตรราธิการ และประกาศใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า “พระราชบัญญัติลักษณะเครื่องหมายและยี่ห้อการค้า พุทธศักราช 2457 (LAW ON TRADE MARKS AND TRADE NAME OF B.E. 2457)” อันถือเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การจดทะเบียนและสิทธิในเครื่องหมายการค้าเท่านั้น<sup>11</sup> โดยเครื่องหมายที่ได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารายแรกในประเทศไทย ได้แก่ เครื่องหมายการค้า Crown Brand ของบริษัท เอเซียติก ปีโตรเลียม (สยาม) ทู่น จำกัด ทั้งนี้ เมื่อการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามีจำนวนมากขึ้น จึงได้มีการก่อตั้งกรมทะเบียนการค้าขึ้นภายในกระทรวงพาณิชย์และรับโอนงานเกี่ยวกับการ

<sup>9</sup> สิทธิกร นิพภยะ, หนังสือชุดกฎหมาย W T O เล่มที่ 5 "ทศวรรษแรกของความตกลงทริปส์" (ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามลดดา, 2552). หน้า 68.

<sup>10</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา," [Online] Accessed: 6 กุมภาพันธ์ 2562. Available from: [www.ipthailand.go.th/th/faq/item/ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา](http://www.ipthailand.go.th/th/faq/item/ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา).

<sup>11</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป หน้า 305-306.

รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามาดูแลรับผิดชอบ ต่อมา เมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป รวมถึงการเจรจาในระดับทวิภาคีและพหุภาคีระหว่างประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ ทำให้พบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่แต่เดิมมีความไม่เหมาะสมและไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า จึงมีการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่ขึ้น ซึ่งเรียกว่า “พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2474” และมีการปรับปรุงแก้ไขทั้งสิ้น 2 ครั้ง โดยรับหลักการและอาศัยต้นแบบจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ (TRADE MARK ACT 1905) ทั้งนี้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับดังกล่าวถูกบังคับใช้เป็นระยะเวลาราว 60 ปี จนกระทั่งปี พ.ศ. 2534 จึงมีการร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่ขึ้น เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ภายใต้ชื่อ “พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พุทธศักราช 2534” ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า สิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน ตลอดจนอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าไว้อย่างชัดเจน และต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการจัดตั้ง “กรมทรัพย์สินทางปัญญา” ซึ่งอยู่ภายใต้กระทรวงพาณิชย์ เพื่อทำหน้าที่ดูแลรับผิดชอบงานด้านทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมดโดยเฉพาะ<sup>12</sup>

ต่อมาเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) และเข้าเป็นประเทศภาคีสมาชิกของความตกลงทริปส์ (TRIPS Agreement) ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องผูกพันตามความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ด้วย<sup>13</sup> กล่าวคือ ประเทศไทยมีภาระหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในความตกลงฉบับดังกล่าว โดยจะต้องพิจารณาความตกลงดังกล่าวในฐานะเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ในการให้ความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) ในปี พ.ศ. 2543

ในปี พ.ศ. 2559 ประเทศไทยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ซึ่งถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด อันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศไทยมีความพร้อม

<sup>12</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา."

<sup>13</sup> คมนงษ์ชัย ฉายไฟโรจน์, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ฉบับสมบูรณ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นานา สวิท, 2555). หน้า 198.

ต่อการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในพิธีสารมาดริด (Madrid Protocol)<sup>14</sup> โดยมีการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวข้อง  
 นิยามคำว่า “เครื่องหมาย” การปรับปรุงหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า  
 ให้มีความสะดวกรวดเร็ว ตลอดจนมีการปรับปรุงอัตราค่าธรรมเนียมให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้นด้วย

## 2.2 ประเภทของเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าอาจปรากฏอยู่ในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามความประสงค์ของผู้ผลิตและผู้ประกอบการผู้เป็นเจ้าของสินค้า โดยแต่เดิมเครื่องหมายการค้ามักปรากฏในลักษณะที่เป็นชื่อ คำ ข้อความ ตัวอักษร ตัวเลข รูปภาพ ภาพประดิษฐ์ ภาพวาด ภาพถ่าย หรือแถบสี ซึ่งมักเป็นสิ่งที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่าเท่านั้น หรือที่เรียกว่า เครื่องหมายการค้ารูปแบบดั้งเดิม (Traditional Trademarks) แต่เนื่องจากการแข่งขันทางการค้าที่เพิ่มสูงขึ้น และการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสังคม ทำให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการต้องหาวิธีการใหม่ ๆ เพื่อทำให้สินค้าของตนมีความน่าสนใจและแตกต่างจากสินค้าของผู้ผลิตและผู้ประกอบการรายอื่นในท้องตลาด เครื่องหมายการค้าซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสินค้า จึงได้รับการพัฒนากลายเป็นเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ (Non-Traditional Trademarks) และถูกนำมาใช้ในท้องตลาดมากขึ้น เช่น เครื่องหมายการค้ารูปทรง 3 มิติ (3 Dimensional Marks) เครื่องหมายการค้าภาพเคลื่อนไหว (Motion Marks) เครื่องหมายการค้าภาพสามมิติ (Hologram) และเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Invisible Marks) เช่น เครื่องหมายการค้าเสียง (Sound Marks) เครื่องหมายการค้ากลิ่น (Scent Marks) เครื่องหมายการค้าสัมผัส (Touch Marks) และเครื่องหมายการค้ารสชาติ (Taste Mark)<sup>15</sup>

เครื่องหมายการค้าอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>16</sup> ดังต่อไปนี้

<sup>14</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป. หน้า 307.

<sup>15</sup> Vasheharan Kanesarajah, "The Taste of Ripe Strawberries: Representing Non-Visual Trademarks."

<sup>16</sup> WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), "Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications - Sixteenth Session : New Types of Marks "(WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2006).

## 2.2.1 เครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Visible Marks)

เครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เป็นเครื่องหมายการค้าที่ผู้บริโภคหรือสาธารณชนสามารถรับรู้ได้ผ่านการมองเห็นด้วยสายตาได้ โดยเครื่องหมายดังกล่าวอาจปรากฏบนตัวสินค้า บนบรรจุภัณฑ์ของสินค้า หรือบนหีบห่อของสินค้า หรือเป็นส่วนหนึ่งของตัวสินค้าเองก็ได้

### 2.2.1.1 เครื่องหมายการค้าชื่อ ชื่อสกุล ลายมือชื่อ

การใช้ชื่อ ชื่อสกุล หรือลายมือชื่อของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นเครื่องหมายการค้า อาจเป็นชื่อ ชื่อสกุล หรือลายมือชื่อของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเอง หรือของบุคคลอื่นซึ่งเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับอนุญาตแล้ว โดยชื่อ ชื่อสกุล หรือลายมือชื่อดังกล่าวจะต้องไม่สามารถเล็งถึงคุณลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าได้<sup>17</sup>

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นชื่อ หรือชื่อสกุลของผู้เป็นเจ้าของสินค้า จำพวกกระเป๋า หรือเสื้อผ้าแบรนด์เนมต่าง ๆ อย่าง Donna Karan, Issey Miyake, Valentino, หรือ Jim Thompson

DONNA KARAN  
NEW YORK

ISSEY MIYAKE



VALENTINO

KORN UNIVERSITY

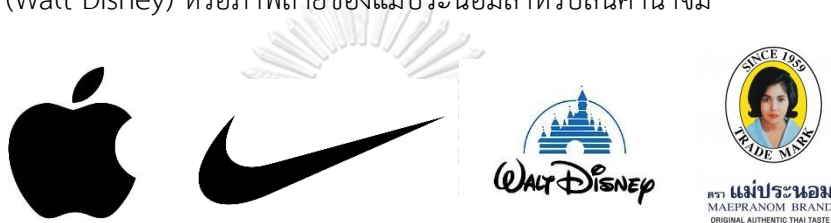
JIM THOMPSON

<sup>17</sup> ปวีศร เลิศธรรมเทวี, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561).

### 2.2.1.2 เครื่องหมายการค้าภาพ

การใช้ภาพเป็นเครื่องหมายการค้า อาจเป็นภาพถ่าย ภาพวาด หรือภาพประดิษฐ์ ภาพบุคคล หรือตราอย่างใด ๆ โดยภาพหรือตราดังกล่าวจะต้องไม่สามารถเล็งถึงคุณลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าได้<sup>18</sup>

ตัวอย่างเช่น ภาพลูกแอปเปิ้ลถูกกัด (Apple) สำหรับสินค้าอุปกรณ์และเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ ภาพเครื่องหมายลูก (Nike) สำหรับสินค้าเครื่องใช้และอุปกรณ์กีฬา ภาพปราสาทของวอลต์ ดิสนีย์ (Walt Disney) หรือภาพถ่ายของแม่ประนอมสำหรับสินค้าน้ำจิ้ม



### 2.2.1.3 เครื่องหมายการค้าคำ หรือข้อความ

เครื่องหมายการค้าคำ คำประดิษฐ์ ข้อความ วลีสั้น ๆ หรือสโลแกน (Slogan) รวมถึงตัวอักษร ตัวเลข โดยคำ คำประดิษฐ์ ข้อความ วลี สโลแกน ตัวอักษรและตัวเลขดังกล่าวจะต้องไม่สามารถเล็งถึงคุณลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าได้<sup>19</sup> ทั้งนี้ กรณีที่เป็นตัวอักษรหรือตัวเลขจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และจะต้องไม่อยู่ในรูปแบบธรรมดา เช่น การทำให้เกาะเกี่ยวกัน การทำให้มีลักษณะเป็นตัวโปร่งและตัวทึบ หรือการทำให้เป็นลวดลายต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการค้าสามัญทั่วไป หรือคำสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าตามที่ประกาศกำหนดไว้ ย่อมไม่อาจได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้<sup>20</sup>

ตัวอย่างเช่น คำว่า “Arrow” สำหรับสินค้าจำพวกเสื้อผ้า หรือคำว่า “LEGO” สำหรับสินค้าจำพวกของเล่นประเภทตัวต่อ คำว่า “NOKIA” สำหรับสินค้าจำพวกโทรศัพท์เคลื่อนที่

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>19</sup> คมนันทนชัย ฉายไพโรจน์, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ฉบับสมบูรณ์, หน้า 150.

<sup>20</sup> พิบูล ตันสุภผล, "คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 2 ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า," (2551).



#### 2.2.1.4 เครื่องหมายการค้าแถบสี หรือกลุ่มของสี

เครื่องหมายการค้าแถบสี หรือกลุ่มของสี เป็นการใช้อย่างน้อย 2 สีขึ้นไป มาประกอบรวมกัน จัดวางให้มีลักษณะพิเศษ และจะต้องไม่ใช่การผสมสีซึ่งให้ผลลัพธ์เป็นสีเดียว ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็นสีอ่อนหรือสีแก่ก็ตาม นอกจากนี้ แถบสี หรือกลุ่มของสีดังกล่าวจะต้องไม่ใช่สีตามธรรมชาติหรือ เกิดจากการทำงานโดยปกติของสินค้า รวมถึงไม่ใช่แถบสี หรือกลุ่มของสีที่สามารถแสดงถึงคุณภาพ ของสินค้า จึงจะถือว่าเป็นแถบสี หรือกลุ่มของสีที่มีลักษณะบ่งเฉพาะซึ่งอาจได้รับการจดทะเบียน เครื่องหมายการค้าได้ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ประเทศไทยไม่ได้ให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าสี ที่มีลักษณะเป็นสีเดียว (Single Color) แต่อย่างใด<sup>21</sup>

ตัวอย่างเช่น แถบสีขาว สีส้ม เขียวและสีแดงของร้านสะดวกซื้อ 7-ELEVEN รูปกลม สีแดง สีน้ำเงินและสีเขียววางทับกันของสถานีโทรทัศน์ช่อง 7



#### 2.2.1.5 เครื่องหมายการค้า 3 มิติ

เครื่องหมายการค้า 3 มิติ (3 Dimensional Marks) ซึ่งเป็นเครื่องหมายที่ ประกอบด้วยสิ่งที่แสดงถึงความยาว ความกว้าง และความหนาหรือความสูงประกอบกัน โดยอาจมี ลักษณะเป็นวัตถุต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะ 3 มิติ รูปร่างหรือรูปทรงของบรรจุภัณฑ์ รูปร่างหรือรูปทรงของ

<sup>21</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป หน้า 294.



สินค้า รูปร่างหรือรูปทรงบางส่วนของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ และรวมถึงรูปทรงต่าง ๆ ที่นำมาจัดรวมกันกับองค์ประกอบของสีหรือภาพกราฟิก (Trade Dress) ด้วย<sup>22</sup>

ตัวอย่างเช่น รูปทรง 3 เหลี่ยมของแท่งช็อกโกแลต Toblerone รูปปั้นของผู้พันแซนเดอร์ (Colonel Sanders) ผู้ให้กำเนิดร้านอาหาร KFC หรือรูปทรง 3 มิติ รูปตัว “M” ของร้านอาหาร Mc Donald’s



#### 2.2.1.6 เครื่องหมายการค้าภาพเคลื่อนไหว

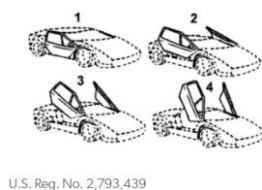
เครื่องหมายการค้าภาพเคลื่อนไหว (Motion Marks) เป็นเครื่องหมายที่ประกอบไปด้วยการเคลื่อนไหวของวัตถุที่กำหนด โดยการใช้ภาพนิ่ง (Image) หรือโลโก้ (Logo) ซึ่งสามารถนำเสนอได้ด้วยการทำเป็นลำดับภาพนิ่ง หรือเป็นภาพยนตร์ (Film Clip) พร้อมคำอธิบายประกอบภาพเคลื่อนไหวอย่างชัดเจน<sup>23</sup>

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้าเคลื่อนไหวของประตูลมโบกนี้ เครื่องหมายการค้าเคลื่อนไหวของบริษัท โซนี่อิริคสัน (Sony Ericssons) หรือเครื่องหมายการค้าเคลื่อนไหวของบริษัทโตชิบา (Toshiba) ซึ่งถือเป็นเครื่องหมายการค้าเคลื่อนไหวแรกของประเทศอังกฤษ<sup>24</sup>

<sup>22</sup> คมนันทงชัย ฉายไพโรจน์, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ฉบับสมบูรณ์. หน้า 160-164.

<sup>23</sup> อุดมวุฒิ อุดมกิจอารี และจุมพล นันทศิริพล, "การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ายุคใหม่," วารสารวิชาการสถาบันเทคโนโลยีแห่งสุวรรณภูมิ (2562).

<sup>24</sup> UK Intellectual Propert Office, "First UK Multimedia Motion Mark Revealed by Ipo on British Ip Day,"(2019).



## 2.2.2 เครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Invisible Marks)

เมื่อเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ผู้บริโภคและสาธารณชนใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่น ดังนั้นเพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถเปรียบเทียบและแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ง่ายและชัดเจน ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการจึงมักเลือกใช้สิ่งที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Visually Perceptible) มาเป็นเครื่องหมายการค้า หรือที่เรียกกันว่า เครื่องหมายการค้ารูปแบบดั้งเดิม (Traditional Trademark) เช่น คำ ข้อความ ตัวเลข ตัวอักษร ชื่อ ลายมือชื่อ ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม<sup>25</sup> แต่เมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป และการเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทำให้เกิดสินค้าประเภทเดียวกันหรือที่มีลักษณะคล้ายกันออกสู่ท้องตลาดเป็นจำนวนมาก ดังนั้น ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจึงมีความพยายามในการสร้างสรรค์สินค้าหรือบริการของตนให้มีความน่าสนใจและดึงดูดของผู้บริโภคและสาธารณชนเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของตน โดยเครื่องหมายการค้าถือเป็นอีกวิธีการหนึ่งที่ดึงดูดผู้บริโภคหรือสาธารณชนในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าเช่นกัน จึงเป็นสาเหตุให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการใช้เงินจำนวนมากลงทุนไปกับการออกแบบสร้างสรรค์เครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ (Non-Traditional Trademark) เพื่อนำมาใช้ประกอบกับสินค้าของตน<sup>26</sup> โดยวิธีการหนึ่งในการสร้างสรรค์เครื่องหมายการค้า นั้น คือ การนำการรับรู้อื่น ๆ ที่สามารถรับรู้สัมผัสได้ เช่น การได้ยิน (Audible) การดมกลิ่น (Olfactory) การสัมผัส (Tactile)

<sup>25</sup> United States Patent and Trademark Office, "Protecting Your Trademark : Enhancing Your Rights through Federal Registration," [Online] Accessed: 17 April 2020. Available from: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/BasicFacts.pdf>

<sup>26</sup> Marcus Höpferger, "Non-Traditional Marks – Singapore Treaty Enters into Force," [Online] Accessed: 17 April 2020. Available from: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/01/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0002.html)

และการรับรู้รสชาติ (Gustatory) มาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งอาจเรียกเครื่องหมายการค้าเหล่านี้รวมกันได้ว่า เครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Invisible Marks) และเมื่อมีการใช้สิ่งเหล่านี้อย่างเครื่องหมายการค้ากับสินค้าแล้ว ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายย่อมมีความประสงค์ให้เครื่องหมายการค้าของตนสามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งได้ด้วย<sup>27</sup> ทั้งนี้ เครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Invisible Marks) อาจแบ่งได้อย่างน้อย 4 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>28</sup>

### 2.2.2.1 เครื่องหมายการค้าเสียง

เครื่องหมายการค้าเสียง (Sound Marks) ซึ่งเฉพาะเสียงที่มีลักษณะบ่งเฉพาะเท่านั้น จึงจะได้รับการคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าเสียง กล่าวคือ เสียงดังกล่าวจะต้องมีความแตกต่างจากเสียงตามปกติทั่วไป เพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถอาศัยเสียงดังกล่าวในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเสียงนั้นออกจากสินค้าของบุคคลอื่นได้<sup>29</sup> และต้องไม่ใช่เสียงที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง หรือเป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้า หรือเกิดจากการทำงานของสินค้านั้นด้วย<sup>30</sup> ทั้งนี้ เครื่องหมายการค้าเสียงซึ่งจะขอรับการจดทะเบียนนั้น ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องบรรยายลักษณะของเสียงนั้นได้อย่างชัดเจน และนำส่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>27</sup> MMS Karki, "Nontraditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress," *Journal of Intellectual Property Rights*.p. 499.

<sup>28</sup> QIAN ZHAN, "The International Registration of Non-Traditional Trademarks: Compliance with the Trips Agreement and the Paris Convention," [Online] Accessed: 5 February 2019. Available from: <https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/international-registration-of-nontraditional-trademarks-compliance-with-the-trips-agreement-and-the-paris-convention/BEB6B29D9CAE502EA65CC48B11BBA97D/core-reader>

<sup>29</sup> BIP Patent Attorneys, "Non-Conventional Trademarks – Sound Marks," [Online] Accessed: 6 February. Available from: <https://www.bananaip.com/ip-news-center/non-conventional-trademarks-sound-marks/>

<sup>30</sup> มาตรา 7 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559

สิ่งบันทึกเสียงที่ขอจดทะเบียนที่มีความชัดเจน ซึ่งอาจเป็นตัวโน้ตดนตรี กราฟเสียง (Sonograph) หรือสิ่งอื่นที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของเครื่องหมายนั้นก็ได้<sup>31</sup>

ตัวอย่างเช่น เสียงสิงโตคำรามของ MGM Studios Inc. เสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์ Nokia เสียงแตรวงของบริษัททเวนตีเซนจูรีฟอกซ์ (20<sup>th</sup> Century Fox Fanfare) เสียงระฆังของสถานีโทรทัศน์ NBC เสียงพูดคำว่า “You’ve got mail” ของ American Online หรือเสียงเครื่องยนต์ของ Harley Davidson ซึ่งล้วนแต่เป็นเครื่องหมายการค้าเสียงที่ได้รับจดทะเบียนแล้วทั้งสิ้น<sup>32</sup> อย่างไรก็ตามในประเทศไทย บริษัท ยูนิชาร์ม (ประเทศไทย) จำกัด ได้มีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง สำหรับผ้าอนามัยโซฟี และผ้าอ้อมเด็กมามีโพโคแล้วเช่นกัน<sup>33</sup>



### 2.2.2.2 เครื่องหมายการค้ากลิ่น

เครื่องหมายการค้ากลิ่น (Olfactory Marks หรือ Scent Marks) ซึ่งเฉพาะกลิ่นที่มีเอกลักษณ์เท่านั้น จึงจะได้รับการคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ กลิ่นดังกล่าวจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ โดยผู้บริโภคและสาธารณชนจะต้องสามารถใช้กลิ่นนั้นแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ รวมถึงต้องไม่ใช่กลิ่นที่เป็นส่วนหนึ่งหรือส่วนประกอบของสินค้านั้นด้วย ซึ่งในต่างประเทศ

<sup>31</sup> ข้อ 6 แห่ง กฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2560) ออกความตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

<sup>32</sup> Zachary Wadlé, "Sound Marks — Registration Basics," [Online]. Available from: <https://www.theiplawblog.com/2009/11/articles/trademark-law/sound-marks-registration-basics/>

<sup>33</sup> Commerce News Agency, "พาณิชย์" เผย "ยูนิชาร์ม" ยื่นจดเสียงผ้าอนามัย "โซฟี" และผ้าอ้อมเด็ก "มามีโพโค" เป็นเจ้าแรก."

บางประเทศได้รับรองในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลิ่นเรียบบร้อยแล้ว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศนิวซีแลนด์<sup>34</sup>

ตัวอย่างเช่น กลิ่นสดชื่นของดอกกลิ่นหอมสำหรับสินค้าจำพวกเส้นด้ายเย็บผ้า ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่ถูกนำมาใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1990 ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือกลิ่นหอมกรุ่นภายในร้านค้า Verizon กลิ่นหอมสำหรับสินค้าจำพวกรองเท้าแตะของบริษัท Grendene หรือกลิ่นสตรอว์เบอร์รี่ เซอร์รี่และองุ่นสำหรับสินค้าจำพวกน้ำมันหล่อลื่นที่ใช้สำหรับเครื่องยนต์ ซึ่งล้วนเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วทั้งสิ้น<sup>35</sup>



### 2.2.2.3 เครื่องหมายการค้าสัมผัส

เครื่องหมายการค้าสัมผัส (Texture Marks หรือ Touch Marks) ซึ่งเฉพาะการสัมผัสที่มีลักษณะบ่งเฉพาะเท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ เมื่อผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการอาศัยลักษณะวัสดุของสินค้าในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของตนออกจากสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่น และผู้บริโภคหรือสาธารณชนอาศัยการสัมผัสกับสินค้า เพื่อทราบถึงความแตกต่างของสินค้านั้นได้ โดยเครื่องหมายการค้าสัมผัสที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

<sup>34</sup> JUSTIN M. JACOBSON, "A Look at Non-Traditional Trademarks: Color, Sound & Scent in the United States," [Online] Accessed: 5 February. Available from: <http://www.intellectualpropertyblawg.com/trademarks/non-traditional-trademarks-color-sound-scent-us>

<sup>35</sup> NICK GREENE, "The 10 Current Scent Trademarks Currently Recognized by the U.S. Patent Office," [Online] Accessed: 18 April 2020. Available from: <https://www.mentalfloss.com/article/69760/10-scent-trademarks-currently-recognized-us-patent-office>

จะต้องไม่ใช่สัมผัสซึ่งเกิดจากการใช้งานโดยปกติของสินค้านั้น และวัสดุที่ถูกสัมผัสจะต้องไม่ได้มีไว้เพื่อความสวยงามหรือตกแต่งสินค้าเท่านั้น<sup>36</sup>

ตัวอย่างเช่น ลักษณะทรงกลมคล้ายบาสเก็ตบอล ซึ่งมีพื้นผิวเป็นเม็ดกรวดและให้สัมผัสที่อ่อนนุ่มสำหรับสินค้าจำพวกน้ำหอม สัมผัสแบบกระดาษที่ทำจากผ้าฝ้ายสำหรับสินค้าจำพวกสบู่ ซึ่งทั้งสองเครื่องหมายการค้าสัมผัสได้รับการจดทะเบียนประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว<sup>37</sup>



#### 2.2.2.4 เครื่องหมายการค้ารสชาติ

เครื่องหมายการค้ารสชาติ (Gustatory Marks หรือ Taste Marks) กล่าวคือ เป็นการที่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการใช้รสชาติในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าออกจากสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่น รวมถึงใช้ในการบอกแหล่งที่มาของสินค้าด้วย แต่อย่างไรก็ตาม รสชาติที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า จะต้องไม่ใช่รสชาติซึ่งเกิดจากสินค้า หรือถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการกลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์ของสินค้า<sup>38</sup> ดังนั้น เมื่อรสชาติถูกใช้เป็นการค้า เครื่องหมายการค้ารสชาติจึงควรได้รับคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งด้วย

ตัวอย่างเช่น รสชาติเปปเปอร์มินต์ที่ลอกปากกาสำหรับสินค้าจำพวกปากกาลูกลื่น และลอกดินสอ (Peppermint Flavored Pen and Pencil Caps) รสชาติที่ชาแว่นตา (Flavored

<sup>36</sup> Christina S. Monteiro, "A Nontraditional Per-Spectrum: The Touch of Trademarks," [Online]

Accessed: 6 February. Available from:

<http://www.inta.org/intabulletin/pages/anontraditionalperspectrum.aspx>

<sup>37</sup> Julia Belagorudsky, "Protection of Non-Traditional Trademarks under U.S. Law,"(2018).

<sup>38</sup> World Intellectual Property, "Smell, Sound and Taste – Getting a Sense of Non-Traditional Marks," [Online] Accessed: 2 February 2019. Available from:

[https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/01/article\\_0003.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html)

Ear Rests on Eyeglasses)<sup>39</sup> รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ที่ถูกนำมาใช้สำหรับสินค้าจำพวกหนังสือเด็ก (Strawberry Flavored Baby Book)<sup>40</sup> รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ของสินค้าจำพวกผลิตภัณฑ์บำรุงริมฝีปาก รสชาติต่าง ๆ ของสินค้าจำพวกถุงยางอนามัย<sup>41</sup> เช่น รสชาติแพนเค้ก รสชาติไวน์ รวมถึงรสชาติไก่ทอดที่ถูกนำมาใช้กับสินค้าน้ำยาทาเล็บ (KFC Chicken-Flavored Nail Polish)<sup>42</sup>



## 2.3 การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

### 2.3.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property หรือ WIPO) ได้กำหนดความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้ในคู่มือทรัพย์สินทางปัญญาว่า “เครื่องหมายการค้า คือ สัญลักษณ์หรือเครื่องหมายอย่างใด ๆ ซึ่งสามารถถูกใช้เพื่อบ่งบอกหรือแยกแยะสินค้าหรือบริการของ

<sup>39</sup> Steve Baird, "When Is a Flavor/Taste Trademark Possible?," [Online]. Available from: <https://www.duetsblog.com/2014/10/articles/trademarks/when-is-a-flavortaste-trademark-possible/>

<sup>40</sup> Amanda E. Compton, "Acquiring a Flavor for Trademarks: There's No Common Taste in the World," *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 8, 3 (2010).p. 350.

<sup>41</sup> อติชวัน ธรรมพนิชวัฒน์, "การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ" (ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549).หน้า. 116.

<sup>42</sup> Grace Tsoi, "Chicken Fingers: Trying out the Kfc Nail Polish," *BBC NEWS*.

ผู้ประกอบกิจการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบกิจการรายอื่น”<sup>43</sup> ซึ่งสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกับบทนิยามตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 มาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งได้ให้ความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้ว่า

“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น” โดยเมื่อพิจารณาบทนิยามดังกล่าวแล้วเห็นว่า เครื่องหมายการค้าจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์<sup>44</sup> ดังนี้

- (1) มีลักษณะเป็นเครื่องหมาย
- (2) ที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า
- (3) เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

### 2.3.1.1 มีลักษณะเป็นเครื่องหมาย

เครื่องหมายการค้าที่จะนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนได้จะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายเสียก่อน ทั้งนี้ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของ “เครื่องหมาย” ไว้ดังนี้ “เครื่องหมาย หมายถึง [น.] สิ่งที่ทำขึ้นแสดงความหมายเพื่อจดจำหรือกำหนดรู้ เช่น เครื่องหมายดอกจัน”<sup>45</sup> แต่เครื่องหมายใดจะมีลักษณะเป็นเครื่องหมายที่จะนำมาขอรับจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้นั้น จะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าเท่านั้น โดยมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดนั้น ได้ให้นิยามของเครื่องหมายไว้ว่า “เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ

<sup>43</sup> WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), "Wipo Intellectual Property Handbook,"(WIPO PUBLICATION, 2004).

<sup>44</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536).หน้า 15.

<sup>45</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, "พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554," [Online] Accessed: 30 มกราคม 2562. Available from: <http://www.royin.go.th/dictionary/>



ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้  
อย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน”

ดังนั้น ลักษณะเครื่องหมายที่สามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมาย  
การค้าได้ตามบทนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 จึง  
มีทั้งหมด 13 ลักษณะ โดยแบ่งออกได้ 5 กลุ่ม ดังนี้

- กลุ่มที่ 1 เครื่องหมายภาพ (รูป) ได้แก่ ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์
- กลุ่มที่ 2 เครื่องหมายคำ ได้แก่ ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ
- กลุ่มที่ 3 เครื่องหมายกลุ่มของสี ได้แก่ สี ตั้งแต่ 2 สีขึ้นไป
- กลุ่มที่ 4 เครื่องหมายรูปทรงของวัตถุ ได้แก่ รูปร่างหรือรูปทรงวัตถุที่เป็นลักษณะ  
ของสินค้า เช่น ขวดเครื่องดื่มโคคาโคล่า (Coca Cola)
- กลุ่มที่ 5 เครื่องหมายเสียง ได้แก่ เสียง

### 2.3.1.2 ที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า

การใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้านั้น กล่าวคือ เป็นการใช้หรือจะ  
ใช้ให้ปรากฏบนตัวสินค้าที่ประชาชนหรือผู้บริโภคสามารถรับรู้ถึงเครื่องหมายดังกล่าวได้ ทั้งนี้ การทำ  
ให้ปรากฏสามารถทำได้หลายวิธี<sup>46</sup> เช่น การปิดเครื่องหมายการค้าบนสินค้าโดยตรง การใช้ประกอบ  
เป็นส่วนหนึ่งของสินค้า หรือการทำให้ปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ หีบห่อ หรือฉลากของสินค้านั้น ๆ ก็ได้  
นอกจากนี้ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายจะต้องมีเจตนาสุจริตในการใช้เครื่องหมายของตนด้วย หรืออาจ  
กล่าวได้ว่า ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายต้องใช้อย่างเป็นเครื่องหมายการค้าบนสินค้าของตนเอง<sup>47</sup>

ทั้งนี้ สำหรับในบางประเทศ การนำเครื่องหมายมาขึ้นคำขอจดทะเบียนจะต้องมีการ  
ใช้เครื่องหมายกับสินค้านั้นแล้ว แต่สำหรับประเทศไทยไม่ได้จำกัดให้ต้องมีการใช้เครื่องหมายกับ  
สินค้าเสียก่อนจึงจะนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายที่นำ

<sup>46</sup> โกวิท สมไวย, ย่อหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้า (สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535). หน้า 56.

<sup>47</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป หน้า 297.

เครื่องหมายมายื่นเพื่อขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องมีเจตนาในการนำไปใช้กับสินค้าจำพวกที่ตนระบุไว้ในคำขอด้วย มิฉะนั้น เครื่องหมายการค้าอาจถูกเพิกถอนได้<sup>48</sup>

### 2.3.1.3 เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องใช้เครื่องหมายของตนเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสดงว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวนั้นแตกต่างจากสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ดังนั้น เครื่องหมายการค้าใดซึ่งไม่อาจใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ ย่อมไม่อาจได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้<sup>49</sup> การที่เครื่องหมายการค้าใดจะสามารถใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการออกจากสินค้าหรือบริการอื่นได้หรือไม่นั้น เครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของเครื่องหมายเองหรือเป็นลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้งานก็ได้ ทั้งนี้ นอกจากเครื่องหมายการค้าจะถูกนำมาใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการแล้ว เครื่องหมายการค้าอาจถูกนำมาใช้เพื่อทำหน้าที่ประการอื่น ๆ ได้ด้วย เช่น การแสดงถึงแหล่งที่มาของสินค้า การประกันคุณภาพของสินค้า รวมถึงการโฆษณา<sup>50</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” แล้ว พบว่า เครื่องหมายที่จะสามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าได้นั้น ถูกจำกัดเฉพาะลักษณะเครื่องหมายที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 4 เท่านั้น กล่าวคือ เครื่องหมายซึ่งมีลักษณะหรือปรากฏอยู่ในรูปแบบอื่นที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ อย่าง รสชาติ ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้

<sup>48</sup> วัส ดิงสมิตร, เครื่องหมายการค้า ตัวบทพร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546). หน้า 3.

<sup>49</sup> Amanda Michaels, A Practical Guide to Trade Mark Law, p. 15.

<sup>50</sup> อรรถพร พนัสพัฒนา, "เครื่องหมายการค้ารสชาติ," วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2561). หน้า 317.

### 2.3.2 หน้าที่ของเครื่องหมายการค้า

ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะนำสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายอย่างใด ๆ มาใช้กับสินค้าของตน เพื่อทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้าเพื่อวัตถุประสงค์หลายประการ โดยอาจแบ่งได้ 4 ประการ<sup>51</sup> ดังต่อไปนี้

#### 2.3.2.1 หน้าที่จำแนกหรือแยกแยะความแตกต่างของสินค้า

หน้าที่ประการสำคัญของเครื่องหมายการค้า คือ การที่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายใช้สัญลักษณ์หรือเครื่องหมายอย่างใด ๆ เป็นเครื่องหมายการค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายการค้าของตานั้น แตกต่างจากสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งถือเป็นการจำแนกและแยกแยะสินค้าของตนออกจากสินค้าประเภทเดียวกันกับของผู้ผลิตและผู้ประกอบการรายอื่นในท้องตลาด อันเป็นไปเพื่อการป้องกันความสับสน และให้ความคุ้มครองผู้บริโภคและสาธารณชนจากการถูกหลอกลวงให้หลงผิดในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าด้วย<sup>52</sup> โดยเฉพาะกับสินค้าประเภทเดียวกันที่มีผู้ผลิตและผู้ประกอบการจำนวนมาก อย่างสินค้าจำพวกนม กุ้ง น้ำดื่ม ข้าวสาร กาแฟ น้ำยาล้างจาน แปรงสีฟัน ยาสีฟัน สบู่ แชมพู เป็นต้น

ดังนั้น การที่เครื่องหมายการค้าจะสามารถใช้จำแนกหรือแยกแยะสินค้าออกจากกันได้นั้น เครื่องหมายการค้าจะต้องมีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้น การออกแบบเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตและผู้ประกอบการจึงถูกผลักดันให้ต้องออกแบบเครื่องหมายการค้าของตนให้แตกต่างจากเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งได้รับจดทะเบียนไว้แล้ว เนื่องจากหากเครื่องหมายการค้านั้น ๆ มี

<sup>51</sup> รัชพันธ์ ประพุทธินิติสาร, กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2544). หน้า 34.

<sup>52</sup> วิชัย อริยนันทกะ, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่มที่ 1 (ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2547). หน้า 246-247.

ลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าอื่นที่ได้รับจดทะเบียนไว้แล้วจนอาจทำให้ประชาชนหลงผิดได้ นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายดังกล่าว<sup>53</sup>

### 2.3.2.2 หน้าทีแสดงถึงแหล่งที่มาของสินค้า

ผู้บริโภคหรือสาธารณชนใช้เครื่องหมายการค้าในการทราบถึงแหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าด้วย กล่าวคือ มิใช่ในลักษณะการบ่งบอกว่าสินค้านั้น ใครเป็นผู้ผลิตหรือผลิตจากที่ใด แต่เป็นการบ่งบอกในลักษณะที่ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถเชื่อมโยงและเกี่ยวพันตัวสินค้าที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าไปยังผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นได้ รวมถึงสินค้าอื่นที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันด้วย ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคและสาธารณชนทราบได้ว่าสินค้าซึ่งมีเครื่องหมายการค้านั้นปรากฏอยู่มีแหล่งที่มา หรือมาจากผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายเดียวกันนั้นเอง รวมถึงอาจเป็นสินค้าที่มาจากผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้ว<sup>54</sup>

### 2.3.2.3 หน้าทีประกันคุณภาพของสินค้า

หน้าที่ของเครื่องหมายการค้าอีกประการ คือ การถูกนำมาใช้ในการประกันคุณภาพของสินค้า กล่าวคือ ไม่ใช่การประกันคุณภาพว่าสินค้านั้นมีคุณภาพหรือไม่ แต่เป็นการแสดงและบ่งบอกว่าสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน ผู้บริโภคและสาธารณชนย่อมได้รับสินค้าที่มีคุณภาพเหมือนกัน เท่าเทียมกัน รวมถึงเป็นการประกันให้แก่ผู้บริโภคและสาธารณชนด้วยว่า ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะทำการควบคุมการผลิตและตรวจสอบสินค้าไม่ให้มีคุณภาพที่ต่ำกว่ามาตรฐานเดิมอยู่เสมอ เนื่องจากหากสินค้าที่ไม่มีคุณภาพหรือมีคุณภาพต่ำกว่าเดิมหลุดเข้ามาในท้องตลาดแล้ว

<sup>53</sup> พัดเนธ น้อยฉายา, "ปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 (แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543) เกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นคำบรรยาย" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544).หน้า 20.

<sup>54</sup> IP Service International, "Chapter 4 – Distinctiveness Is the Key," [Online] Accessed: 6 February. Available from: <https://trademark-lawyers.com.au/chapter-4-distinctiveness-key/>

เมื่อผู้บริโภคหรือสาธารณชนได้รับสินค้าที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน ย่อมส่งผลให้ผู้บริโภคและสาธารณชนตัดสินใจไม่เลือกซื้อสินค้าที่ปรากฏเครื่องหมายการค้านั้นในคราวต่อไปอีกเด็ดขาด และอาจรวมถึงการตัดสินใจไม่เลือกซื้อสินค้าอื่น ๆ ที่ปรากฏเครื่องหมายการค้าเดียวกันด้วย ตลอดจนยอมส่งผลทำให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ผู้เป็นเจ้าของของเครื่องหมายการค้านั้นเสียชื่อเสียงและความน่าเชื่อถืออีกด้วย<sup>55</sup>

### 2.3.2.4 หน้าที่ในการโฆษณา

เครื่องหมายการค้าเป็นหนึ่งสิ่งที่ถูกผู้ผลิตและผู้ประกอบการนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการโฆษณา โดยใช้เป็นเครื่องมือในการสื่อสารจากผู้ผลิตและผู้ประกอบการไปยังผู้บริโภคและสาธารณชน เพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนรู้จักและสามารถจดจำตัวสินค้าซึ่งปรากฏเครื่องหมายการค้านั้นได้<sup>56</sup> ตลอดจนถูกนำมาใช้ในการสร้างภาพลักษณ์ให้แก่สินค้าของผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ซึ่งเป็นเจ้าของสินค้านั้น ๆ อีกด้วย ดังที่เห็นได้ชัดในปัจจุบันว่า เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง หรือเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย ย่อมส่งผลต่อการพิจารณาและตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภคและสาธารณชนด้วย ดังนั้น ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจึงให้ความสำคัญเป็นอย่างมากในการสร้างสรรค์และออกแบบเครื่องหมายการค้าของตนให้สามารถดึงดูด สะดุดตา เพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนเกิดความสนใจและจดจำเครื่องหมายการค้าได้<sup>57</sup>

นอกจากนี้ เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับจากผู้บริโภคและสาธารณชนในระดับกว้างขวาง ย่อมถือเป็นหนึ่งในสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนซึ่งมีมูลค่าต่อกิจการของผู้ผลิตและผู้ประกอบการในลักษณะที่เป็นคุณค่าความนิยม เกียรติยศ เกียรติคุณที่เกิดขึ้นบนเครื่องหมายการค้าซึ่งส่งผลต่อความเชื่อถือทางการค้า ความผูกพันระหว่างสินค้าและผู้บริโภค หรือที่เรียกกันว่า

<sup>55</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป, หน้า 302.

<sup>56</sup> Tanya Aplin and Jennifer Davis, Intellectual Property Law, p. 203.

<sup>57</sup> ยงยุทธ พงษ์ศิริพันธ์, " ความหมายและความสำคัญของการโฆษณา," [Online] Accessed: 10 มกราคม 2652. Available from: <http://www.stou.ac.th/stouonline/lom/data/sms/market/Unit7/Subm1/U711-1.htm?fbclid=IwAR1GxRNec5J-5RurYX5XrfoGKB0Klj2ZdyFY7hsDtVjfh5GaWbYWuSRzhTI>

Goodwill<sup>58</sup> ทั้งนี้ นอกจาก Goodwill จะทำให้เครื่องหมายการค้านั้นมีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้นแล้ว เครื่องหมายการค้าที่มี Goodwill มาก ย่อมถูกนำมาทำหน้าที่ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอีกด้วย โดยสามารถนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปใช้เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจในลักษณะอื่น ๆ ได้ ไม่ว่าจะเป็นการโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าให้แก่บุคคลอื่น นำเครื่องหมายการค้าไปใช้เป็นหลักประกันในทางธุรกิจ รวมถึงการนำไปใช้เพื่อดำเนินธุรกิจในระบบแฟรนไชส์ (Franchise) ซึ่งแม้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่มีหน้าที่ในการดำเนินการผลิตเอง แต่ยังคงมีหน้าที่ในการควบคุมการผลิต เพื่อให้สินค้ามีคุณภาพเทียบเท่ากับการที่ตนผลิตเอง มิฉะนั้นแล้ว อาจทำให้คุณค่าหรือชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเสื่อมเสียหรือด้อยค่าลง และย่อมส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงในทางธุรกิจอีกด้วย<sup>59</sup>

ตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าซึ่งถือว่ามีชื่อเสียงและมี Good Will อย่างมาก เช่น เครื่องหมายการค้าของ Louis Vuitton, Chanel, Hermès, Apple, Samsung, Google, IBM, Microsoft, Coca-Cola, Starbucks, Fuji<sup>60</sup>

### 2.3.3 การได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้า

ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของแต่ละประเทศนั้น มีความแตกต่างกันออกไป ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองและคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งสามารถจำแนกการได้มาออกเป็น 2 ระบบ<sup>61</sup> ดังนี้

<sup>58</sup> อมรินทร์ ม่วงมณี, "การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ผลที่อาจเกิดขึ้นจากความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาที่จะทำขึ้นในอนาคต" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552). หน้า 15-16

<sup>59</sup> ภัทร น้อยสัมฤทธิ์, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองก๊อปปี้จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า," วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ 10, ฉบับ 1 (2562).

<sup>60</sup> Emily A. Bayton, "United States: The Value of Goodwill in Trademarks,"(2018).

<sup>61</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป หน้า 307-309.

### 2.3.3.1 การได้มาซึ่งสิทธิโดยการใช้

สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจได้มาโดยการใช้เครื่องหมายการค้า กล่าวคือ เมื่อผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้นำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปใช้กับสินค้าหรือบริการของตน ก่อนบุคคลอื่นแล้ว ย่อมถือว่าเป็นผู้มีสิทธิดีกว่าบุคคลอื่น อันทำให้บุคคลอื่นไม่อาจใช้เครื่องหมายซึ่งมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันกับเครื่องหมายดังกล่าวในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภคหรือสาธารณชน กับสินค้าหรือบริการในจำพวกเดียวกันหรือในจำพวกที่คล้ายกันในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภคหรือสาธารณชนได้<sup>62</sup> และหากมีบุคคลอื่นนำเครื่องหมายการค้าของผู้เป็นเจ้าของไปใช้โดยไม่รับอนุญาตย่อมถือเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้เป็นเจ้าของด้วย

### 2.3.3.2 การได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียน

สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจได้มาโดยการจดทะเบียน กล่าวคือ เป็นการที่ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านำเครื่องหมายการค้าของตนไปดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนต่อหน่วยงานของรัฐบาลที่มีอำนาจหน้าที่และรับผิดชอบเกี่ยวกับการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และเมื่อได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นย่อมถือเป็นผู้ที่มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ที่จะกระทำประการใด ๆ กับเครื่องหมายการค้านั้นตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในให้ความรับรองและคุ้มครองไว้ อันทำให้บุคคลอื่นไม่สามารถนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปใช้ได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าเสียก่อน<sup>63</sup>

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วย่อมได้รับความคุ้มครอง แม้ยังไม่ได้มีการนำไปใช้จริงก็ตาม ผู้เป็นเจ้าของสามารถนำเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าของตนตามจำพวกสินค้าที่ได้รับจดทะเบียน หรือนำสิทธิในเครื่องหมายการค้าไปโอนสิทธิให้แก่บุคคลอื่น นอกจากนี้ ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า บุคคลผู้ที่มีชื่อปรากฏในทางทะเบียน

<sup>62</sup> รัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร, กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า, หน้า36.

<sup>63</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายเครื่องหมายการค้า, p. หน้า101.

หรือในหนังสือแสดงการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ย่อมได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเบื้องต้นว่าเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าด้วย<sup>64</sup>

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้นำหลักการการได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียนมาบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจน ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 44 ดังนี้

“มาตรา 44 ภายใต้งบบังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มิตสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

### 2.3.4 เครื่องหมายการค้าอันพึงได้รับจดทะเบียน

เครื่องหมายการค้าอันพึงได้รับจดทะเบียนจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 6 กล่าวคือ เครื่องหมายการค้านั้นจะต้องประกอบด้วยลักษณะ ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ตามมาตรา 7
- (2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ ตามมาตรา 8
- (3) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีบุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว ตามมาตรา 13

#### 2.3.4.1 เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctiveness)

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ หมายถึง การที่เครื่องหมายการค้านั้นสามารถทำให้ผู้บริโภคหรือสาธารณชนทราบว่าเป็นสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น ซึ่งการเป็นลักษณะบ่งเฉพาะนั้น จะต้องพิจารณาประกอบกัน

<sup>64</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป หน้า 309.



ระหว่างตัวเครื่องหมาย และจำพวกของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายดังกล่าวด้วย<sup>65</sup> ทั้งนี้ ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าอาจเกิดได้จาก 2 ลักษณะ กล่าวคือ เกิดจากตัวเครื่องหมายการค้าที่ตนเอง หรือเกิดจากการใช้เครื่องหมายก็ได้

### 1) ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherent Distinctiveness)

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หมายถึง เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะมาตั้งแต่มีการประดิษฐ์เครื่องหมาย มีลักษณะที่สามารถแสดงได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นได้ในตัวเอง<sup>66</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่า จะต้องไม่ใช่เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นข้อความบรรยายทั่วไป หรือเป็นคำที่ใช้กันทั่วไป หรือเป็นสิ่งที่ใช้กันสามัญในทางการค้า

โดยมาตรา 7 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 กำหนดไว้ว่า หากเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามีความลักษณะบ่งเฉพาะ

- (1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง
- (2) คำหรือข้อความอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- (3) คำที่ประดิษฐ์ขึ้น
- (4) ตัวหนังสือหรือตัวเลขที่ประดิษฐ์ขึ้น

<sup>65</sup> Stuart Ash Kate Swaine, David Ayles, Jon Parker, Jamie Rowlands, Céline Bey and Manuela Finger, "Distinctly Different? Trade Marks and the Standards for Distinctiveness," [Online] Accessed: 6 February. Available from: <http://www.mondaq.com/uk/x/678410/Trademark/Distinctly+different+Trade+marks+and+the+standards+for+distinctiveness>

<sup>66</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2555). หน้า 264.

- (5) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ
- (6) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียน หรือ ลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว
- (7) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามี แล้ว
- (8) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น
- (9) ภาพอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง และไม่เป็นภาพแผนที่ หรือภาพแสดงสถานที่ทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- (10) รูปร่างหรือรูปทรงอันไม่เป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้านั้นเอง หรือไม่เป็นรูปร่าง หรือรูปทรงที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิคของสินค้านั้น หรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่ทำให้สินค้านั้น มีมูลค่าเพิ่มขึ้น
- (11) เสียงอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียง โดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น

## 2) ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ (Acquired Distinctiveness Through Use)

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ หมายถึง เครื่องหมายซึ่งไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกับสินค้าของตน โดยการจำหน่าย เผยแพร่หรือโฆษณา จนเป็นที่รู้จักแพร่หลาย และมีชื่อเสียง อันทำให้ผู้บริโภคหรือสาธารณชนสามารถตระหนักหรือรับรู้ได้ถึงความแตกต่างของสินค้า และแยกแยะสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายการค้านั้นออกจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นนั้นเอง<sup>67</sup>

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ให้การรับรองเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะตาม (1) – (11) โดยอาจเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้ หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายไว้ในมาตรา 7

<sup>67</sup> Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Second ed. (Oxford University Press, 2004), p. 834.

วรรคสาม เพื่อให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวสามารถนำมาขอรับจดทะเบียนได้ โดย นายทะเบียนมีอำนาจพิจารณาพยานหลักฐานและเอกสารที่เกี่ยวข้องตามหลักเกณฑ์ในประกาศ กระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้<sup>68</sup>

2.1) พยานหลักฐานดังกล่าวจะต้องแสดงออกว่าสินค้าที่มีการใช้เครื่องหมายการค้า มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันพอสมควร จนทำให้ ประชาชนทั่วไปทราบหรือรู้จัก และหากเป็นสินค้าซึ่งใช้เฉพาะวงการ หรือเฉพาะสาขา ก็ต้องมี ลักษณะที่เป็นการรู้จักทั่วไปของบุคคลในวงการ หรือสาขานั้น

ตัวอย่างเช่น สินค้าจำพวกอุปกรณ์ทางการแพทย์ ก็ต้องเป็นที่รู้จักทั่วไปของ แพทย์ พยาบาล หรือผู้ทำงานในโรงพยาบาล ทั้งนี้ ประชาชนหรือบุคคลที่อยู่ในสาขานั้น จะต้องเป็น ประชาชนหรือบุคคลซึ่งอยู่ในประเทศไทยด้วย กล่าวคือ หากเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีการจด ทะเบียนในต่างประเทศ หรือมีการใช้แพร่หลายในต่างประเทศ แต่ประชาชนหรือบุคคลในสาขานั้นใน ประเทศไทยไม่รู้จัก ย่อมไม่ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้นั้นเอง<sup>69</sup>

2.2) การจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าใด ทำให้เครื่องหมายการค้าใน แพร่หลายในประเทศไทย ให้ถือว่าเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะสำหรับสินค้านั้น เท่านั้น ไม่รวมถึงสินค้าอื่นที่ใช้เครื่องหมายการค้าในด้วย

2.3) เครื่องหมายการค้าที่พิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะจะต้องเป็นเครื่องหมาย เดียวกันกับเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียน หรือหากเครื่องหมายดังกล่าวมีลักษณะแตกต่าง จะต้อง ไม่แตกต่างในลักษณะอันเป็นสาระสำคัญนั่นเอง

ทั้งนี้ ตัวอย่างพยานหลักฐานในการนำสืบการใช้เครื่องหมายการค้า อาจ เป็นสำเนาใบเสร็จรับเงินค่าราคาสินค้า สำเนาใบส่งของ/ใบสั่งซื้อสินค้า หลักฐานเกี่ยวกับการโฆษณา ในสื่อต่าง ๆ ตัวอย่างสินค้า เป็นต้น<sup>70</sup>

<sup>68</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสาม," ed. กระทรวงพาณิชย์(2555).

<sup>69</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "คู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2544,"(2544).

<sup>70</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "คู่มือแนวทางการพิจารณาสั่งการของนายทะเบียนสำนักเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2559,"(2559).

### 2.3.4.2 เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

แม้เครื่องหมายการค้าจะมีลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว แต่หากปรากฏว่าเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย เครื่องหมายการค้าดังกล่าวย่อมไม่สามารถรับจดทะเบียนได้ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8 กำหนดลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้าไว้ อันได้แก่ เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (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 หรือพระราชวงศ์
- (6) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำของรัฐต่างประเทศ ธงหรือเครื่องหมายขององค์การระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการและเครื่องหมายควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือชื่อและชื่อย่อของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น
- (7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือ กาเจนีวา
- (8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาลไทย ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ของประเทศไทย รัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้ขอจดทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง

ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายเช่นนั้น เป็นรางวัลสำหรับสินค้านั้นและใช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้านั้น แต่ทั้งนี้ต้องระบุปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย

(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย

เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบายนั้น อาจเกิดจากการนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมายื่นจดทะเบียนสำหรับสินค้าต่างจำพวก หรือนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่จดทะเบียนไว้ในต่างประเทศมายื่นจดทะเบียนในประเทศไทยโดยไม่สุจริต หรือเกิดจากการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นมาทำซ้ำ ดัดแปลง และนำไปใช้เป็นเครื่องหมายการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของงานก็ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4588/2552 “การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า แม้จะไม่ปรากฏข้อห้ามในกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าโดยตรง แต่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 8 ได้บัญญัติห้ามมิให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะดังนี้... (9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย เมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ต้องการที่จะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ และเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าก็มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้กระทำการโดยสุจริตเป็นสำคัญ ดังนั้น การที่บุคคลใดทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นโดยวิธีใด ๆ อันไม่สุจริต และนำไปใช้เป็นเครื่องหมายการค้าของตนเช่นนี้ ย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย และขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนี้จึงมีหรือประกอบด้วยลักษณะอันต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 8 (9) และไม่อาจรับจดทะเบียนได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 6 ประกอบมาตรา 16 ดังนั้น ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าจึงชอบแล้ว”

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม

ในการพิจารณาเครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปนั้น จะต้องพิจารณาตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ<sup>71</sup>

- สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นจะต้องมีการจำหน่าย หรือมีการใช้หรือมีการโฆษณา หรือได้มีการใช้เครื่องหมายโดยวิธีใด ๆ เช่น ใช้เป็นเครื่องหมายของทีมฟุตบอล เป็นต้น อย่างแพร่หลายตามปกติโดยสุจริต ไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าของหรือผู้แทนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายนั้นไม่ว่าในประเทศหรือต่างประเทศจนทำให้สาธารณชนทั่วไป หรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักเป็นอย่างดี

- เครื่องหมายนั้นจะต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภค

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการข้างต้นเกิดจากอิทธิพลของคำพิพากษาของศาลฎีกาตามคำพิพากษาที่ 8834/2542 ซึ่งศาลฎีกาได้ให้นิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (Well-Known Mark)” โดยการอ้างอิงถึงข้อ 16.2 และ 16.3 ของข้อตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement) ประกอบข้อ 6 ทวิ แห่งอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention) เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ถือเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นกฎหมายซึ่งประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีสมาชิกจะต้องอนุวัติการตามความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ศาลฎีกาย่อมสามารถพิจารณาและตีความตามอนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อให้ได้ความหมายที่ชัดเจนและตรงตามความประสงค์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองได้ ดังนั้น ศาลฎีกาตามคำพิพากษาที่ 8834/2542 จึงวางหลักการไว้อย่างชัดเจนว่า การแพร่หลายเฉพาะกลุ่มบุคคลที่ใช้สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องก็เพียงพอ ไม่จำเป็นต้องแพร่หลายต่อสาธารณชนโดยทั่วไป และในการพิสูจน์ความแพร่หลายของเครื่องหมาย ก็อาจพิสูจน์เฉพาะแก่กลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้น ๆ ก็เพียงพอแล้ว<sup>72</sup>

<sup>71</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป," [Online] Accessed: 21 กุมภาพันธ์ 2563. Available from: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/เรื่อง-หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป.html>

<sup>72</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ, "ศาลฎีกากับการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการตีความกฎหมาย," *จุลศาลศาลฎีกา* ปีที่ 5, ฉบับที่ 2 (2561).

- (11) เครื่องหมายที่คล้ายกับ (1) (2) (3) (4) (5) (6) หรือ (7)
- (12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น
- (13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

เครื่องหมายที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ประกาศกำหนดตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับชื่อเกสรชัณฉันทสากลที่องค์การอนามัยโลกได้ขึ้นทะเบียนสงวนสิทธิการครอบครองไว้ และเครื่องหมายและคำบรรยายซึ่งอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดเกี่ยวกับชนิดของสินค้าหรือบริการ หรือสับสนหรือหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดและความเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการ<sup>73</sup>
- เครื่องหมายที่เป็นภาพสัญลักษณ์ประจำชาติไทย หรือประกอบด้วยลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือคล้ายกับสัญลักษณ์ประจำชาติไทย คือ ภาพช้างไทย ภาพดอกราชพฤกษ์ ภาพศาลาไทย<sup>74</sup>



<sup>73</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ประกาศกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2543) เรื่อง เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน," [Online]. Available from: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/ฉบับที่-5-พศ-2543-เรื่อง-เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน.html>

<sup>74</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2548," [Online]. Available from: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/เรื่อง-เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน-ฉบับที่-2-พ-ศ-2548.html>

### 2.3.4.3 ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

เมื่อเครื่องหมายการค้ามีลักษณะบ่งเฉพาะและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 แล้ว หากนายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีบุคคลได้รับจดทะเบียนไว้แล้ว หรือเป็นเครื่องหมายที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วจนอาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสน หรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าไม่ว่าจะเป็นสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน นายทะเบียนย่อมปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 มาตรา 13 ทั้งนี้ ผู้ยื่นคำขอสามารถตรวจสอบและสืบค้นว่ามีเครื่องหมายการค้าใดเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตน โดยสามารถสืบค้นได้ด้วยตนเองที่กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ หรือผ่านทางเว็บไซต์ของกรมทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ แต่ถือเป็นเพียงการตรวจสอบในเบื้องต้นเท่านั้น โดยในการพิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ยื่นมานั้นเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้รับจดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ถือเป็นเรื่องที่นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณา ซึ่งนายทะเบียนอาจพิจารณาจากเสียง หรือสำเนียงเรียกขาน รูปลักษณะของเครื่องหมายการค้า การวางรูป รูปประดิษฐ์ การใช้เครื่องหมายกับตัวสินค้า ตัวสินค้า ตลอดจนเจตนาของผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนประกอบกัน<sup>75</sup>

คู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2544 ได้ให้คำจำกัดความของความเหมือนและคล้ายของเครื่องหมายการค้าไว้ ดังนี้ “เหมือน” หมายถึง เครื่องหมายที่มีลักษณะตรงกัน และ “คล้าย” หมายถึง เครื่องหมายที่เกือบเหมือนจนทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า รวมถึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าแบ่งออกเป็น 4 หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้<sup>76</sup>

<sup>75</sup> พิบูล์ ต้นศุภผล, "คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 4 ต้องไม่เหมือน/คล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่น," (2551).

<sup>76</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "คู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2544."



(1) การพิจารณาจากรูปลักษณะโดยรวมของเครื่องหมาย ซึ่งต้องพิจารณาภาพรวมของทั้งเครื่องหมาย มิใช่แค่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งเท่านั้น

(2) การพิจารณาจากสำเนียงเรียกขานเครื่องหมายการค้า ซึ่งพิจารณาเปรียบเทียบว่า เครื่องหมายการค้าถูกเรียกขานเป็นอย่างเดียวหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม เสียงเรียกขานที่บางคำในเครื่องหมายการค้าซ้ำกัน มิใช่เหตุให้เครื่องหมายการค้านั้นเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น จนทำให้ปฏิเสธการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นได้ เนื่องจาก การเรียกขานย่อมขึ้นอยู่กับประชาชนหรือผู้บริโภค รายคนด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2041/2552 “เสียงเรียกขานบางคำในเครื่องหมายการค้าซ้ำกันมิใช่เหตุให้เครื่องหมายการค้าเหมือนหรือคล้ายกันจนไม่อาจรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้ได้ เพราะการเรียกขานสินค้าย่อมจะขึ้นอยู่กับผู้บริโภคว่าจะเรียกขานเช่นใด ทั้งการเรียกขานก็ไม่ใช่สาระสำคัญประการเดียวที่จะใช้ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าสามารถทำหน้าที่บ่งบอกสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นมีแหล่งกำเนิดมาจากที่ใด และแตกต่างจากสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าอื่นเช่นใด”

(3) การพิจารณาจากการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้า กล่าวคือ พิจารณานำเครื่องหมายการค้านั้นไปใช้กับสินค้า รวมถึงพิจารณาถึงประเภท คุณภาพ ราคา และความมีชื่อเสียงของสินค้าที่มีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นประกอบด้วย

(4) การพิจารณาจากเจตนาของผู้ยื่นคำขอจดทะเบียน โดยพิจารณาจากรูปลักษณะของเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียนว่าผู้ยื่นคำขอมีเจตนาส่อไปในทางทุจริต โดยการลอกเลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น หรืออาศัยความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งได้รับความนิยมน้อย่างแพร่หลาย เพื่อให้สาธารณชนเกิดความเข้าใจผิดว่าผู้ยื่นคำขอเป็นเจ้าของสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันหรือไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 5421/2539 “เครื่องหมายการค้าของจำเลยเป็นรูปนกในลักษณะประดิษฐ์คล้ายรูปนกอินทรี ซึ่งเป็นนกประเภทเดียวกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์ เมื่อเปรียบเทียบแล้วสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าเป็นรูปนกอินทรีที่กางปีกอยู่ในกรอบคล้ายคลึงกัน ประชาชนเรียกขานว่าตราอินทรี แม้จะมีข้อแตกต่างอยู่บ้างแต่เป็นเพียงรายละเอียดเท่านั้น มิใช่ลักษณะเด่น และไม่ใช่อะไรสำคัญแก่การสังเกตประกอบกับเครื่องหมายไม่ปรากฏข้อความหรือ

เครื่องหมายที่แสดงให้เห็นเด่นชัดว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นสินค้าของจำเลย โจทก์ได้จดทะเบียนและใช้เครื่องหมายการค้ารูปอินทรีมานาน และได้โฆษณาอย่างแพร่หลายในหมู่ประชาชนทั่วไป จำเลยยื่นขอจดทะเบียนภายหลังโจทก์เป็นเวลากว่า 20 ปี แสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของโจทก์ โดยมุ่งหมายที่จะอาศัยแอบอ้างชื่อเสียงเครื่องหมายการค้าของโจทก์จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดว่าเครื่องหมายการค้าและสินค้าของจำเลยเป็นเครื่องหมายการค้าและสินค้าของโจทก์ เป็นการใช้สิทธิไม่สุจริต”

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 27 เปิดโอกาสให้นายทะเบียนสามารถรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยื่นขอจดทะเบียนต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกัน โดยสุจริต หรือมีพฤติการณ์พิเศษสมควรได้รับความคุ้มครอง นายทะเบียนอาจรับจดทะเบียนให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าหลายรายก็ได้ โดยมีเงื่อนไขและข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการใช้และขอบเขตการใช้ด้วยก็ได้

### 2.3.5 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

#### 2.3.5.1 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว

เมื่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้ามีคำสั่งรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าอันได้รับจดทะเบียนแล้ว ตามที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติไว้ ดังนั้น จึงอาจแบ่งสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการรับรองและคุ้มครอง<sup>77</sup> ดังต่อไปนี้

<sup>77</sup> วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า (สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545). หน้า 81-92.

## 1) สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

เมื่อเครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียน ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการใช้เครื่องหมายการค้า<sup>78</sup> ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. มาตรา 44 ดังนี้

“มาตรา 44 ภายใต้งบบังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการของตนตามจำพวกสินค้าหรือบริการที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วเท่านั้น โดยมีสิทธิห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันกับสินค้าหรือบริการจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกแต่มีลักษณะอย่างเดียวกันด้วย ทั้งนี้ มีตัวอย่างคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 575/2552 “ตามหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 44 นั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ เท่ากับว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วมีสิทธิที่จะหวงกันมิให้บุคคลอื่นนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวของตนไปใช้กับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้เท่านั้น เมื่อคดีนี้โจทก์ฟ้องห้ามจำเลยใช้ชื่อนิติบุคคลและดวงตรานิติบุคคลของจำเลยซึ่งไม่ใช่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่โจทก์ได้จดทะเบียนไว้โดยตรง โจทก์ย่อมไม่อาจอ้างสิทธิตามที่มิในเครื่องหมายการค้าเพื่อที่จะขอบังคับจำเลยเช่นนี้ได้”

แม้มาตรา 44 จะกำหนดให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าได้มีข้อจำกัดของสิทธิไว้<sup>79</sup> ดังนี้

<sup>78</sup> WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), "A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights,"(World Intellectual Property Organization, 2018).

(1) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าจำกัดเฉพาะแต่เป็นการใช้กับสินค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วเท่านั้น ดังนั้น หากมีบุคคลใดใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าต่างจำพวกกับที่ได้รับจดทะเบียนและเป็นการใช้โดยสุจริต ย่อมไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้เป็นเจ้าของแต่ประการใด

(2) เมื่อนายทะเบียนเห็นสมควรรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าซึ่งเจ้าของต่างรายกันและต่างใช้มาแล้วด้วยกันโดยสุจริต เมื่อนายทะเบียนมีคำสั่งรับจดทะเบียนโดยมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการใช้และเขตแห่งการใช้ ตามมาตรา 27 และทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนไม่อาจห้ามการจดทะเบียนและการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้เป็นเจ้าของอีกรายได้

(3) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตน หรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน ตามมาตรา 47

(4) กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของตนได้ ตามมาตรา 68 ซึ่งทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ถือเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว หรืออาจไม่มีสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวอีกต่อไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับรูปแบบของสัญญา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## 2) สิทธิในการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้า

เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิในการอนุญาตให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้เครื่องหมายการค้าของตนได้ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนก็ได้ โดยอาจได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาต หรือเรียกกันว่า ค่าสิทธิ (Royalty) หรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนนั้น จะต้องทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 68 ดังนี้

<sup>79</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539). หน้า 266.

“มาตรา 68 เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วจะทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน สำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ทั้งหมดหรือบางอย่างก็ได้

สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามวรรคหนึ่ง ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

การจดทะเบียนสัญญาอนุญาตดังกล่าวตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่คำขอจดทะเบียนนั้นอย่างน้อยต้องแสดงรายการดังต่อไปนี้

(1) เงื่อนไขหรือข้อกำหนดระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น และผู้ขอจดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตที่จะทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นสามารถควบคุมคุณภาพของสินค้าของผู้จดทะเบียนเป็นผู้ได้รับอนุญาตได้อย่างแท้จริง

(2) สินค้าที่ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า นั้น”

กล่าวคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า จะต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ และนำไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน โดยคำขอจดทะเบียนจะต้องแสดงรายการ และยื่นเอกสารหลักฐานประกอบการจดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>80</sup> หากคู่สัญญาหลีกเลี่ยงไม่นำสัญญามาจดทะเบียนย่อมทำให้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้กันได้ เนื่องจากไม่ได้ทำตามแบบแห่งนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152<sup>81</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 6190/2550 “ในขณะที่มีการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า พินาท สิทธิของโจทก์มีเพียงตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าพินาทที่ยังมิได้จดทะเบียนต่อ นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าเท่านั้น บทบัญญัติตามมาตรา 68 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ กำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อ นายทะเบียน สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ยังมิได้จดทะเบียนดังกล่าวย่อมตก

<sup>80</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "การจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า," [Online] Accessed: 26 มีนาคม 2563. Available from: [www.ipthailand.go.th/th/trademark-002/item/การจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า.html](http://www.ipthailand.go.th/th/trademark-002/item/การจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า.html)

<sup>81</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายเครื่องหมายการค้า หน้า 148.

เป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 152 โจทก์จึงไม่มีสิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวและไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยว่าละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้านี้”

ทั้งนี้ สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า อาจทำได้ 3 รูปแบบ<sup>82</sup> ดังนี้

1) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด (Non-Exclusive Licensing Agreement) หมายถึง สัญญาที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าของตน แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังคงมีสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่น ๆ นอกเหนือจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนก่อนใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านี้ได้อีก รวมทั้งไม่ตัดสิทธิผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังคงมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านี้เองด้วย

2) สัญญาอนุญาตให้สิทธิแต่ผู้เดียว (Sole Licensing Agreement) หมายถึง สัญญาที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอนุญาตให้หนึ่งผู้ใดใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าของตนแต่ผู้เดียว โดยตัดสิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่น ๆ นอกจากจากผู้ได้รับสิทธิใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านี้ได้อีก แต่ไม่ตัดสิทธิผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังคงมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านี้เอง

3) สัญญาอนุญาตให้สิทธิโดยเด็ดขาด (Exclusive Licensing Agreement) หมายถึง สัญญาที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า อนุญาตให้หนึ่งผู้ใดใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าของตนแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น โดยที่ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเองไม่มีสิทธิใช้และไม่มีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้านี้

ทั้งนี้ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าอาจมีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้าได้ทั่วประเทศและตลอดระยะเวลาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า รวมทั้งการต่ออายุเครื่องหมายการค้า เว้นแต่สัญญาอนุญาตให้ใช้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนั้น ยังสามารถโอนสิทธิการอนุญาตหรือทำการอนุญาตช่วงให้แก่บุคคลอื่นต่อไปอีกก็ได้ ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายดังกล่าวกำหนดให้อำนาจไว้ แต่หากไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ย่อมไม่สามารถโอนการอนุญาต หรืออนุญาตช่วงแก่บุคคลภายนอกต่อไปอีกได้ ซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 78 และมาตรา 79 ดังนี้

<sup>82</sup> วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 88-89.

“มาตรา 78 ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ได้รับอนุญาตมีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นได้ทั่วประเทศสำหรับสินค้าทั้งหมดที่ได้จดทะเบียนไว้ตลอดอายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น รวมทั้งในกรณีที่มีการต่ออายุการจดทะเบียนด้วย

มาตรา 79 ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ได้รับอนุญาตจะโอนการอนุญาตตามสัญญาดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกไม่ได้และจะอนุญาตช่วงให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้านั้นอีกทอดหนึ่งก็ไม่ได้”

### 3) สิทธิในการโอนเครื่องหมายการค้า

เมื่อเครื่องหมายการค้าอันได้จดทะเบียนไว้แล้ว ย่อมถือเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของ ดังนั้น ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าให้บุคคลอื่นได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นบุคคลธรรมดาและได้ถึงแก่กรรมลง สิทธิในเครื่องหมายการค้าย่อมตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทด้วย<sup>83</sup> ตามที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 49

“มาตรา 49 สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วย่อมโอนหรือรับมรดกกันได้ ทั้งนี้ จะเป็นการโอนหรือรับมรดกพร้อมทั้งกิจการที่เกี่ยวกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ได้”

ทั้งนี้ ในการโอนเครื่องหมายการค้า บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้จะต้องทำเป็นสัญญา ลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน และนำไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

“มาตรา 51 การโอนหรือการรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียน”

<sup>83</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป หน้า 271.

#### 4) สิทธิในการฟ้องคดีและเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน

เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิฟ้องคดีแก่ผู้ที่ทำละเมิดโดยการนำเครื่องหมายการค้าของตนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต รวมถึงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดได้อีกด้วย ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้การรับรองไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“มาตรา 46 บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าว ไม่ได้”

เมื่อพิจารณาข้อความในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวแล้ว พบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะเพียงแต่ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่การใช้คำว่า “บุคคลใด” ย่อมหมายถึง บุคคลใด ๆ ก็ตามซึ่งมีสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วทั้งสิ้น กล่าวคือ ทั้งบุคคลผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า และบุคคลผู้ได้รับโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า ย่อมสามารถฟ้องคดีและเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้เช่นกัน<sup>84</sup>

##### 2.3.5.2 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้รับจดทะเบียน

แม้เครื่องหมายการค้าใดยังไม่ได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายก็ตาม แต่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และแนวคำพิพากษาของศาลได้กำหนดและวางหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าบางประการสำหรับเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้รับจดทะเบียนด้วย โดยผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้รับจดทะเบียนย่อมมีสิทธิ ดังต่อไปนี้<sup>85</sup>

<sup>84</sup> วัส ดิงสมิตร, คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า, หน้า 92.

<sup>85</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป, หน้า 264-265.



## 1) สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

สิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าในอันที่ในการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตน เว้นแต่กรณีที่มีบุคคลอื่นได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าซึ่งมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้า นั้น ซึ่งเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงจะต้องดำเนินการตามกฎหมายเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิดีกว่าในเครื่องหมายการค้าดังกล่าว

## 2) สิทธิในการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถนำเครื่องหมายการค้าของตนมายื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ แม้จะมีบุคคลอื่นซึ่งได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไว้แล้ว และไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนไว้สำหรับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกก็ตาม โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจของนายทะเบียนในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว และอาจกำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการใช้และเขตการใช้ หรือเงื่อนไขหรือข้อจำกัดอื่น ๆ ด้วยก็ได้ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 27

“มาตรา 27 ในกรณีที่มีผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 13 หรือมาตรา 20 วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้านั้นเป็นเครื่องหมายการค้าซึ่งต่างเจ้าของต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกันโดยสุจริต หรือมีพฤติการณ์พิเศษที่นายทะเบียนเห็นสมควรรับจดทะเบียน นายทะเบียนจะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันดังกล่าวให้แก่เจ้าของหลายคนก็ได้โดยจะมีเงื่อนไขและข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการใช้และเขตแห่งการใช้เครื่องหมายการค้า นั้น หรือเงื่อนไขและข้อจำกัดอื่นตามที่นายทะเบียนเห็นสมควรกำหนดด้วยก็ได้ ทั้งนี้ให้นายทะเบียนมีหนังสือแจ้งคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ขอจดทะเบียนและเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วทราบโดยไม่ชักช้า”

### 3) สิทธิในการคัดค้านการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

เมื่อบุคคลใดนำเครื่องหมายการค้ามายื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา นายทะเบียนจะพิจารณาเครื่องหมายดังกล่าวว่าสามารถจดทะเบียนได้หรือไม่ และจะต้องมีการประกาศโฆษณาเป็นระยะเวลา 3 เดือน เพื่อให้สาธารณชนทั่วไปพิจารณาว่าตนมีสิทธิดีกว่าผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนหรือไม่<sup>86</sup> บุคคลซึ่งเห็นว่าตนมีสิทธิดีกว่าผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนสามารถยื่นคำคัดค้านการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายดังกล่าว กล่าวคือ หากผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า แม้จะยังไม่ได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ก็มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในรายที่เห็นว่าตนมีสิทธิดีกว่าได้ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 35 ดังนี้

“มาตรา 35 เมื่อได้ประกาศคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายใดตามมาตรา 29 แล้ว บุคคลใดเห็นว่าตนมีสิทธิดีกว่าผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้น หรือเห็นว่าเครื่องหมายการค้ารายนั้นไม่มีลักษณะอันพึงได้รับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 6 หรือการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้นไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ บุคคลนั้นจะยื่นคำคัดค้านต่อนายทะเบียนก็ได้แต่ต้องยื่นภายในหกสิบวันนับแต่วันประกาศโฆษณาตามมาตรา 29 พร้อมทั้งแสดงเหตุแห่งการคัดค้าน”

### 4) สิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการลงขาย (Passing Off)

สิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการลงขาย (Passing Off) ปรากฏอย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 46 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า”

<sup>86</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "คู่มือสำหรับประชาชน: การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า,"(2559).

เมื่อพิจารณาจากข้อความดังกล่าวแล้วพบว่า แม้เครื่องหมายการค้านั้นจะยังไม่ได้รับการจดทะเบียน ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวยังคงมีสิทธิในการฟ้องคดีต่อบุคคลที่แอบอ้างเอาตราหรือเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าของตน เพื่อทำการลวงขายว่าเป็นสินค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น อันทำให้เกิดความสับสนหลงผิดของผู้บริโภคหรือสาธารณชนเกี่ยวกับสินค้า ความเป็นเจ้าของ หรือแหล่งกำเนิดของสินค้าได้<sup>87</sup>

ทั้งนี้ การลวงขายมิได้จำกัดเฉพาะการลวงขายในวัตถุดิบเป็นสินค้าจำพวกเดียวกันกับสินค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการลวงในความเป็นเจ้าของอีกด้วย ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 343/2503

“คำพิพากษาฎีกาที่ 343/2503 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 29 วรรค 2 ไม่ใช่แต่เพียงเป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติ มาตรา 29 วรรคแรก หากแต่เป็นบทบัญญัติที่มีผลทั่วไปด้วยว่า หากมีการลวงขายเกิดขึ้นแล้วทางแก้ของผู้เสียหายจะพึงมีอยู่อย่างใด อาทิเช่น ในมูลกรณีละเมิดก็พึงมีอยู่อย่างนั้น มิพักต้องคำนึงว่าผู้ใดจดทะเบียนไว้หรือไม่ หรือจดทะเบียนก่อนหลังกันอย่างไร ความหมายคำว่า “ลวงขาย” ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 29 วรรคสอง มิได้จำกัดเฉพาะสินค้าชนิดเดียวกันหรือประเภทเดียวกันเท่านั้น หากแต่มีความหมายกว้างครอบคลุมถึงกรณีต่าง ๆ ซึ่งจำเลยเอาสินค้าของจำเลยไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของผู้อื่นซึ่งมีความหมายได้ว่าไม่ใช่เป็นการลวงในวัตถุเท่านั้นหากแต่เป็นการลวงในความเป็นเจ้าของด้วย”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

### 5) สิทธิในการฟ้องคดีและต่อสู้ทางคดี

นอกจากการฟ้องคดีเกี่ยวกับการลวงขายซึ่งเป็นการฟ้องตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแล้ว กฎหมายไม่ได้ตัดสิทธิผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการฟ้องคดีตามกฎหมายอื่นที่ให้ความคุ้มครอง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง การละเมิด นอกจากนี้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิในการเข้าสู่คดีเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าต่อบุคคลอื่น

<sup>87</sup> เทียงธรรม พลโลก, "ตราสินค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่?."

ได้ เช่น การอ้างเหตุที่ตนใช้เครื่องหมายการค้ามาก่อนโดยสุจริตขึ้นต่อผู้เมื่อถูกฟ้องว่ากระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น<sup>88</sup>

## 6) สิทธิในการขอเพิกถอนเครื่องหมายการค้า

เมื่อมีผู้ได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งแม้จะยังไม่ได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ก็มีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ภายใน 5 ปี นับแต่วันที่นายทะเบียนมีคำสั่งให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น โดยผู้คัดค้านซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องสามารถแสดงพยานหลักฐานว่าตนเป็นผู้มีสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้นดีกว่าผู้ซึ่งได้รับจดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ด้วย โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่อาจถูกเพิกถอนนั้นมีเจตนาทุจริตหรือไม่<sup>89</sup> ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 67 ดังนี้

“มาตรา 67 ภายในห้าปีนับแต่วันที่นายทะเบียนมีคำสั่งให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าใดตามมาตรา 40 ผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้นได้หากแสดงได้ว่าตนมีสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้นดีกว่าผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

### 2.3.6 ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ากำหนดระยะเวลาให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 53 ดังนี้

<sup>88</sup> กรกฎจน์ แก้วมูลคำ, "ปัญหาการล่อเลียนเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558). หน้า 21.

<sup>89</sup> วิศิษฐ์ ศรีพิบูลย์, คำอธิบายพร้อมตัวบทกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พร้อมคำพิพากษาฎีกาเรียงมาตรา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิพทยา, 2548). หน้า 249-250.

“มาตรา 53 การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้มีอายุสิบปีนับแต่วันที่จดทะเบียนตาม มาตรา 42 และอาจต่ออายุได้ตามมาตรา 54

อายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามวรรคหนึ่ง มิให้นำบรมระยะเวลาในระหว่าง การดำเนินคดีทางศาลตามมาตรา 38 ด้วย”

กล่าวคือ เมื่อเครื่องหมายการค้าได้รับการพิจารณาจากนายทะเบียนกรมทรัพย์สินทางปัญญา ให้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเรียบร้อยแล้ว เครื่องหมายการค้า นั้นย่อมมีกำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเป็นจำนวน 10 ปี และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้เป็นเจ้าของ เครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอเพื่อต่ออายุเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้อีกคราวละ 10 ปีโดยไม่ จำกัดจำนวนครั้ง อย่างไรก็ตาม เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ประสงค์จะต่ออายุการจดทะเบียน เครื่องหมายการค้าของตน จะต้องยื่นคำขอต่ออายุต่อนายทะเบียนภายใน 90 วันก่อนวันครบกำหนด ระยะเวลาการให้ความคุ้มครอง มิฉะนั้น เมื่อครบกำหนดระยะเวลาแล้ว เครื่องหมายการค้า นั้นย่อม ถูกเพิกถอนการจดทะเบียน อันมีผลกลายเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนและไม่ได้รับความ คุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของตนเอง<sup>90</sup>

ทั้งนี้ ในการเริ่มนับระยะเวลาการให้ความคุ้มครองนั้น นอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะ กำหนดไม่ให้นำบรมระยะเวลาในการดำเนินการทางศาล เนื่องจากผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนหรือผู้ คัดค้านอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าโดยฟ้องต่อศาลในกรณีที่มีผู้คัดค้าน การขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 38 แต่ยังคงกำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง เครื่องหมายการค้าโดยให้เริ่มนับย้อนกลับไปตั้งแต่วันที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ยื่นคำขอจด ทะเบียนนั่นเอง ซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติในมาตรา 42

“มาตรา 42 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายใดแล้ว ให้ถือว่าวันที่ยื่นคำขอจด ทะเบียนเป็นวันที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้น สำหรับกรณีตามมาตรา 28 หรือ มาตรา 28 ทวิ ให้ถือว่าวันที่ยื่นคำขอจดทะเบียนในราชอาณาจักร เป็นวันที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าราย นั้น”

<sup>90</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายเครื่องหมายการค้า หน้า 130-131.

## 2.4 รสชาติ (Taste)

### 2.4.1 ลักษณะทั่วไปของรสชาติ

ในปัจจุบัน การแบ่งรสชาติ (Taste) โดยอาศัยการรับรู้ผ่านอวัยวะที่ใช้รับรู้รสชาติของมนุษย์สามารถแบ่งออกไปจำนวนทั้งสิ้นที่รสชาติยังมีความไม่แน่นอน เนื่องจากนักวิทยาศาสตร์ในบางกลุ่มจะแบ่งรสชาติออกเป็นรสชาติพื้นฐานทั้งสิ้น 4 รสชาติ ได้แก่ รสหวาน (Sweet) รสเปรี้ยว (Sour) รสเค็ม (Salty) รสขม (Bitter)<sup>91</sup> เท่านั้น แต่นักวิทยาศาสตร์ในบางกลุ่มกลับยอมรับรสชาติอูมามิ (Umami) เป็นรสชาติที่ 5 ซึ่งเป็นรสชาติอาหารที่เกิดจากการที่ใช้ผงชูรสหรือโมโนโซเดียมกลูตาเมต (MSG หรือ Monosodium Glutamate) ในการกระตุ้นให้สามารถรับรู้รสชาติของอาหารได้เพิ่มขึ้น (Savory) เพราะอูมามิในเป็นภาษาญี่ปุ่นแปลว่า “อร่อย” นั่นเอง<sup>92</sup> ในขณะที่นักวิทยาศาสตร์และผู้เชี่ยวชาญด้านอาหารในบางประเทศได้มีการแบ่งการรับรู้รสชาติเพิ่มเติมจากที่กล่าวมาแล้ว เช่น ประเทศจีนถือว่ารสชาติเผ็ด (Spicy) จากขิง (Ginger) พริกไทยดำ (Black Pepper) พริกเสฉวน (Sichuan Pepper) อบเชยหรือซินนามอน (Cinnamon) เป็นหนึ่งในรสชาติของอาหารด้วย ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นถือว่ารสชาติวาโชกุ (Washoku) ซึ่งเป็นรสชาติที่เกิดจากการปรุงอาหารแบบดั้งเดิมของประเทศญี่ปุ่น อันประกอบด้วย ข้าว ซุป ผักดองและจานหลักที่เป็นปลาหรือเทมปุระ โดยได้รับการยอมรับเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ไม่มีตัวตนกับทาง UNESCO ในปี ค.ศ. 2013 เป็นหนึ่งในรสชาติด้วย<sup>93</sup> ส่วนประเทศอินเดีย รสชาติฝาด (Astringency) ในไวน์แดงซึ่งเกิดจากสารแทนนินจากเปลือกและเมล็ดองุ่น ถือเป็นหนึ่งในรสชาติด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญด้านอาหารอย่าง Richard Mattes ถือว่าไขมัน (Fat) เป็นหนึ่งในรสชาติด้วยเช่นกัน ดังนั้น จำนวนรสชาติอาจมีได้อย่าง

<sup>91</sup> S. K. Wertz, "The Elements of Taste : How Many Are There?," *The Journal of Aesthetic Education* 47(2013).p. 49.

<sup>92</sup> E. Bruce Goldstein, "Sensation and Perception : The Chemical Senses,"(2007).p. 367.

<sup>93</sup> MAKIKO ITOH, "Japan's Traditional Washoku Cuisine Feeds Body and Soul," [Online] Accessed: 6 May 2020. Available from: <https://www.japantimes.co.jp/news/2014/01/23/national/japans-traditional-washoku-cuisine-feeds-body-and-soul/#.XrKGp2gzZPY>

ไม่จำกัด (Infinity) และอาจมีการขยายออกไปเรื่อย ๆ ผ่านพัฒนาการและประสบการณ์ทางด้านอาหารของแต่ละประเทศ<sup>94</sup>

#### 2.4.2 การรับรู้รสชาติ

โดยปกติ มนุษย์จะเริ่มรับรู้รสชาติได้ตั้งแต่เป็นทารกในครรภ์ช่วง 3 เดือนสุดท้ายก่อนคลอด โดยเซลล์ประสาทจะทำหน้าที่ส่งผ่านสัญญาณไปยังเซลล์ประสาทอื่น ๆ เพื่อให้ทารกในครรภ์เรียนรู้ และสามารถตอบสนองต่อสิ่งเร้าต่าง ๆ รอบตัว ทั้งการได้ยิน การสัมผัส การเคลื่อนไหว รวมถึงการรับรู้รสชาติได้ด้วย เพื่อที่ทารกจะสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างน้ำ นม และของเหลวอื่น ๆ ได้ และระบบประสาทของมนุษย์จะเจริญเติบโตเต็มที่เมื่อมีอายุ 5 ปี<sup>95</sup>

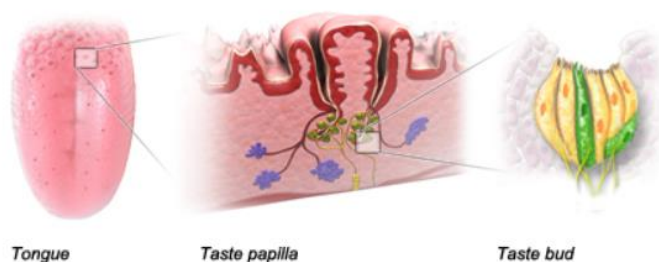
การรับรู้รสชาติต้องรับรู้ผ่านอวัยวะที่ใช้รับรู้รส ซึ่งประกอบด้วยอวัยวะระดับเซลล์และระดับระบบประสาทส่วนกลาง อวัยวะการรับรสระดับเซลล์ประกอบด้วยปุ่มรับรส (Taste Papillae) ซึ่งกระจายปกคลุมโดยทั่วอยู่บริเวณลิ้น โดยบริเวณผิวลิ้นจะพบปุ่มรับรส 3 ชนิด ซึ่งมีต่อมรับรส (Taste Buds) อยู่ภายใน<sup>96</sup> ได้แก่ ปุ่มรับรสชนิดฟังกิฟอร์ม (Fungiform Papillae) พบบริเวณ 2 ใน 3 ส่วนหน้าของลิ้น ปุ่มรับรสเซอร์คัมวาเลท (Circumvallate Papillae) พบบริเวณ 2 ใน 3 ส่วนหลังของลิ้น และปุ่มรับรสชนิดโฟลิเอต (Foliate Papillae) พบบริเวณรอยพับ (Folds) และเพดานปากสองข้างของลิ้น และภายในปุ่มรับรสมีต่อมรับรส ซึ่งทำหน้าที่รับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากสารเคมีทำให้เกิดเป็นรสชาติพื้นฐานทั้ง 4 รสชาติ ซึ่งแต่ละต่อมรับรสประกอบด้วยเซลล์รับรส (Sensory Cells หรือ Gustatory Cells) และเซลล์ค้ำจุน (Supporting Cells) ส่วนปุ่มรับรสชนิดฟิลิฟอร์ม (Filiform Papillae) แม้จะเป็นปุ่มรับรสชนิดเดียวที่ไม่มีต่อมรับรส แต่ยังคงสามารถรับรู้ถึงความร้อน ความฉุน และสัมผัสพื้นผิว (Texture) ของอาหารได้อยู่ ส่วนอวัยวะของการรับรสระดับระบบประสาทส่วนกลางเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับเส้นประสาทสมองคู่ที่ 7, คู่ที่ 9, และคู่ที่ 10 รวมถึงประสาท

<sup>94</sup> S. K. Wertz, "The Elements of Taste : How Many Are There?," *The Journal of Aesthetic Education*.pp. 47-53.

<sup>95</sup> แพทย์หญิงสุนทรี รัตนชูเอก และรศ.แพทย์หญิงชุติมา ศิริกุลชยานนท์, "การศึกษาทบทวนองค์ความรู้เกี่ยวกับความหวาน,"(เครือข่ายเด็กไทยไม่กินหวาน, 2549).หน้า 5-6.

<sup>96</sup> Institute for Quality and Efficiency in Health Care, "How Does Our Sense of Taste Work?," [Online]. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK279408/>

สัมผัสที่ศูนย์การรับรสเฉพาะในสมองส่วนนอกและทาลามัส (Thalamus) ในการแปลค่าผลออกเป็นรสชาติต่าง ๆ เหล่านี้<sup>97</sup>



### 2.4.3 ความเป็นอัตวิสัยในการรับรู้รสชาติ (Taste Perception)

การรับรู้รสชาติของผู้บริโภคและสาธารณชนมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (Subjectivity)<sup>98</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้บริโภคและสาธารณชนแต่ละคนจะสามารถรับรู้รสชาติของรสชาติ ๆ หนึ่งได้แตกต่างกันออกไปตามปัจจัยต่าง ๆ ที่เข้ามากระทบในขณะที่รับรู้รสชาติ นอกจากนี้ แม้จะเป็นบุคคลเดียวกันก็อาจรับรู้รสชาติของสิ่งเดิมได้แตกต่างกัน หากเป็นการรับรู้รสชาติต่างคราวกันอีกด้วย ทั้งนี้ ปัจจัยที่ส่งผลต่อความแตกต่างในการรับรู้รสชาติของผู้บริโภคและสาธารณชน ปรากฏเป็นตัวอย่างดังต่อไปนี้

#### 1) อายุ (Age)

ในแต่ละช่วงอายุของคนเรามีความสามารถในการรับรู้รสชาติแตกต่างกันออกไป โดยแม้จะมีหลักฐานมากมายแสดงว่าเด็กทารกสามารถตอบสนองต่อรสชาติได้ตั้งแต่เกิด แต่หากยังไม่สามารถแยกแยะรสชาติได้แต่อย่างใด ในขณะที่เด็กอายุระหว่าง 4-14 รับรู้รสชาติได้น้อยกว่าวัยรุ่นและวัย

<sup>97</sup> ปิยธิดา เทพประดิษฐ์, "ประสบการณ์อาการเปลี่ยนแปลงการรับรสและกลิ่น และกลวิธีการจัดการอาการในเด็กป่วยโรคมะเร็งที่ได้รับเคมีบำบัด" (พยาบาลศาสตรมหาบัณฑิต (การพยาบาลเด็ก), มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2557).

<sup>98</sup> Thomas A. Gallagher, "Nontraditional Trademarks: Taste/Flavor," The Trademark Reporter : The Law Journal of the International Trademark Association 105(2015).p. 809



กลางคนซึ่งมีการรับรู้รสชาติอย่างเต็มที่เนื่องจากความสมบูรณ์ในการทำงานของร่างกาย โดยเฉพาะอวัยวะและระบบประสาทที่ใช้ในการรับรู้รสชาตินั่นเอง<sup>99</sup> สำหรับผู้สูงอายุ เมื่ออวัยวะและระบบประสาทในการรับรู้รสชาติเริ่มทำงานบกพร่องและเสื่อมถอยลงส่งผลให้ความสามารถในการรับรู้รสชาติเปลี่ยนแปลงไปด้วยเช่นกัน โดยจะแตกต่างกันไปในแต่ละรส และแม้ในรสเดียวกันก็อาจแตกต่างกันหากมาจากอาหารคนละชนิดนั่นเอง<sup>100</sup>

## 2) เพศ (Gender)

ความแตกต่างระหว่างเพศหญิงและเพศชายเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ส่งผลให้การรับรู้รสชาติของทั้งสองเพศแตกต่างกัน เนื่องจากเพศหญิงจะสามารถรับรู้รสชาติและแยกแยะความแตกต่าง ตลอดจนอธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับรสชาติได้ดีกว่าเพศชาย เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว ผู้หญิงมักจะมีจำนวนปุ่มรับรสชนิดฟังกิฟอร์ม (Fungiform Papillae) และต่อมรับรส (Taste Buds) มากกว่าผู้ชายนั่นเอง<sup>101</sup>

## 3) ลักษณะกายวิภาคของระบบรับรู้รสชาติ

โดยปกติแล้ว มนุษย์จะมีจำนวนปุ่มรับรส (Taste Papillae) เฉลี่ยอยู่ระหว่าง 2000 – 10000 ปุ่ม ซึ่งนอกจากจะพบมากบริเวณลิ้นแล้ว ยังสามารถพบปุ่มรับรสได้ในบริเวณเพดานปาก ช่องคอและหลอดอาหารอีกด้วย<sup>102</sup> ดังนั้น ความแตกต่างของจำนวนปุ่มรับรส (Taste Papillae) และเส้นประสาท (Trigemental Nerve) ความสามารถและการตอบสนองของสมองในการส่งสัญญาณ

<sup>99</sup> Beverly J. Cowart, "Development of Taste Perception in Humans: Sensitivity and Preference Throughout the Life Span,"(Psychological Bulletin, 1981).pp. 45-53.

<sup>100</sup> HealthInfo.in.th เว็บไซต์สารสนเทศสุขภาพไทย สำนักงานพัฒนาระบบข้อมูลข่าวสารสุขภาพ, "รสและกลิ่นกับภาวะโภชนาการ เตรียมพร้อมรับมือ'สังคมผู้สูงวัย'," [Online]. Available from: [https://www.hiso.or.th/hiso5/healthy/news.php?names=01&news\\_id=6177](https://www.hiso.or.th/hiso5/healthy/news.php?names=01&news_id=6177)

<sup>101</sup> Valerie B.Duffy and Inglis J.Miller Linda M.Bartoshuk, "Ptc/Prop Tasting: Anatomy, Psychophysics, and Sex Effects,"(1994).

<sup>102</sup> JORDAN ROSENFELD, "12 Facts About the Sense of Taste," [Online]. Available from: <https://www.mentalfloss.com/article/72232/12-delectable-facts-about-science-taste>

จากปุ่มรับรสและเส้นประสาทเหล่านี้ย่อมส่งผลต่อการรับรู้รสชาติ โดยผู้ที่มีจำนวนปุ่มรับรสมากกว่า ย่อมสามารถรับรู้รสชาติได้เร็วและเข้มข้นกว่า ตลอดจนสามารถแยกแยะรสชาติได้อย่างง่ายดายกว่า ผู้ที่มีปุ่มรสน้อยกว่า<sup>103</sup> นอกจากนี้ สรีรวิทยาในช่องปากและการเคี้ยวอาหาร การเคลื่อนที่ของชิ้นอาหารและเครื่องดื่มนำไปทั่วในช่องปากย่อมส่งผลให้ร่างกายมีการหลั่งน้ำลายเพิ่มขึ้นและน้ำย่อยในน้ำลายสามารถทำงานได้ดีขึ้น ซึ่งจะส่งผลทำให้ผู้บริโภคสามารถรับรู้รสชาติอาหารและเครื่องดื่มมากขึ้นด้วย เช่น การกลืนไว้นไปทั่วบริเวณปาก<sup>104</sup>

#### 4) อาการเจ็บป่วย และการรักษาอาการเจ็บป่วย

อาการเจ็บป่วยและการรักษาอาการเจ็บป่วย อาจส่งผลให้ผู้ที่มีอาการหรือเข้ารับการรักษา อาการเจ็บป่วยสูญเสียความสามารถในการรับรู้รสชาติ โดยอาจเกิดได้จากโรคเอง เช่น โรคเบาหวาน โรคความดันโลหิต โรคไต โรคอัลไซเมอร์ หรือเกิดจากผลกระทบเนื่องจากการเข้ารับการรักษา หรือได้รับการผ่าตัด<sup>105</sup> รวมถึงการที่ระบบประสาทบริเวณจมูก ช่องปาก และหลอดอาหารถูกทำลายจากโรคและกระบวนการรักษาด้วย<sup>106</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฉายแสงและการทำเคมีบำบัด (คีโม) ในผู้ป่วยโรคมะเร็ง ซึ่งพบว่ามีผลข้างเคียงทำให้การรับรู้รสชาติในอาหารและเครื่องดื่มเปลี่ยนแปลงไป และทำให้ความอยากอาหารลดลงอีกด้วย<sup>107</sup> ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นกรณีที่มีอาการของโรคที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้รสโดยตรงอย่าง การสูญเสียการรับรู้รสชาติอย่างสิ้นเชิง (Ageusia) การรับรู้รสชาติที่น้อยกว่าปกติ (Hypogeusia) หรือการรับรู้รสมากกว่าปกติ (Hypergeusia) และรวมถึงการรับรู้รสชาติผิดปกติ

<sup>103</sup> Tastescience, "Everybody Experiences Flavor Differently!," [Online]. Available from: <http://www.tastescience.com/abouttaste3.html>

<sup>104</sup> รุ่งตะวัน สุภาพผล, "สรีรวิทยาของการรับรส," *Medical Journal of Srinakharinwirot* 5(2541). หน้า 45-46.

<sup>105</sup> Susan S. Schiffman, "Taste and Smell Losses in Normal Aging and Disease," JAMA Network (American Medical Association, October 22, 1997).

<sup>106</sup> HealthInfo.in.th เว็บไซต์สารสนเทศสุขภาพไทย สำนักงานพัฒนาระบบข้อมูลข่าวสารสุขภาพ, "รสและกลิ่นกับภาวะโภชนาการ เตรียมพร้อมรับมือ'สังคมผู้สูงอายุ'."

<sup>107</sup> ศุภลักษณ์ อยู่ยอด ศรีพรรณ กันธวัช และจุฑารัตน์ มีสุขโข, "การจัดการกับการรับรสเปลี่ยนแปลงในเด็กป่วยโรคมะเร็งที่ได้รับยาเคมีบำบัด (Taste Change Management among Children with Cancer Receiving Chemotherapy)," *พยาบาลสาร* 43(2559). หน้า 37.

ไม่ตรงกับความเป็นจริง (Dysgeusia) ย่อมถือเป็นความบกพร่องในการรับรู้รสชาติซึ่งทำให้รับรู้รสชาติแตกต่างเช่นเดียวกัน<sup>108</sup>

## 5) พันธุกรรม (Genetic Component) หรือยีนส์ (Genes)

พันธุกรรมหรือยีนส์ เป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ทำให้การรับรู้รสชาติของแต่ละคนมีความหลากหลาย โดยเฉพาะยีนส์ที่เกี่ยวข้องกับการรับรู้และถ่ายทอดรสชาติ เนื่องจากยีนส์ที่ทำหน้าที่ในการแปลค่า เพื่อให้ผู้ทานสามารถรับรู้รสหวาน เปรี้ยว ขม และเค็มเป็นยีนส์คนละตัว และในแต่ละคนยังมียีนส์ชนิดเดียวกันในจำนวนที่ไม่เท่ากันด้วย ซึ่งส่งผลให้แต่ละคนรับรู้รสชาติแตกต่างกันด้วย<sup>109</sup> ตัวอย่างเช่น ความหลากหลายของยีนส์ “TAS2R38” ซึ่งทำหน้าที่แปลรหัสโปรตีนเพื่อให้ผู้ทานสามารถรับรู้ถึงรสขมของอาหาร สามารถแบ่งออกเป็น 2 ชนิดหลัก ได้แก่ PAV และ AVI โดยกลุ่มคนที่มี PAV โดดเด่นจะถูกเรียกว่า “Supertaster” ซึ่งจะเป็นคนที่สามารถรับรู้รสชาติได้เข้มข้นและชัดเจนมากกว่าคนอื่น<sup>110</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>108</sup> Siegfried M. Heckmann and Christoph J. G. Lang Josef G. Heckmann, "Neurological Aspects of Taste Disorders," JAMA Neurology (American Medical Association, 2003).

<sup>109</sup> Alexander A. Bachmanov and John Boughter, "Genetics of Taste Perception,"(2012).

<sup>110</sup> Gabriele Cont and Partner, "Tas2r38 Bitter Taste Genotype Is Associated with Complementary Feeding Behavior in Infants,"(Genes & Nutrition, 2019).

## 6) อุณหภูมิ (Temperature)

ความแตกต่างของอุณหภูมิของอาหารย่อมส่งผลต่อความสามารถในการรับรู้รสชาติของปุ่มรับรส งานวิจัยระบุว่าเมื่ออุณหภูมิของอาหารสูงเกินไปย่อมส่งผลให้ความสามารถในการรับรู้รสชาติของผู้บริโภคลดลง นอกจากนี้ ความแตกต่างของรสชาติอาหารก็สามารถรับรู้ได้ดีในอุณหภูมิที่แตกต่างกันด้วย โดยเมื่ออุณหภูมิสูงขึ้นผู้บริโภคจะสามารถรับรู้รสชาติหวานได้มากกว่ารสชาติเค็ม และเมื่ออุณหภูมิต่ำผู้บริโภคจะสามารถรับรู้รสชาติขมได้ดี ในขณะที่รสชาติเปรี้ยวเป็นรสชาติที่ไม่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของอุณหภูมิ<sup>111</sup>

นอกเหนือจากปัจจัยที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นนั้น พฤติกรรมของผู้บริโภค (Consumer Behavior) ถือเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ส่งผลต่อความแตกต่างในการรับรู้รสชาติของแต่ละบุคคลด้วย ตัวอย่างเช่น พฤติกรรมในการเลือกบริโภคอาหารและเครื่องดื่ม การขาดวิตามินและแร่ธาตุบางชนิด การสูบบุหรี่ หรือการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ รวมถึงประสบการณ์และความคุ้นชินต่อรสชาติตั้งแต่ในอดีตด้วย<sup>112</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>111</sup> Amy Fleming, "Hot or Not? How Serving Temperature Affects the Way Food Tastes," [Online]. Available from: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/wordofmouth/2013/sep/17/serving-temperature-affects-taste->

[food?fbclid=IwAR3n6oNw11vUu3irNINS7GTTvqZW4C8H2JNCuilJSNG648CdzTfWMQvSnOI](https://www.theguardian.com/lifeandstyle/wordofmouth/2013/sep/17/serving-temperature-affects-taste-food?fbclid=IwAR3n6oNw11vUu3irNINS7GTTvqZW4C8H2JNCuilJSNG648CdzTfWMQvSnOI)

<sup>112</sup> HealthInfo.in.th เว็บไซต์สารสนเทศสุขภาพไทย สำนักงานพัฒนาระบบข้อมูลข่าวสารสุขภาพ, "รสและกลิ่นกับภาวะโภชนาการ เตรียมพร้อมรับมือสังคมผู้สูงอายุ."

### บทที่ 3

#### การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ

ในส่วนของบทนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ โดยจะทำการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศและบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ทั้งนี้ ความตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีความสำคัญ ได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม พ.ศ. 2510 (Paris Convention for the Protection Industrial Property 1967) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)) เนื่องจากเป็นความตกลงที่มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นความตกลงระหว่างประเทศซึ่งนานาประเทศได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิก อันมีพันธกรณีที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายภายในและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากประเทศเหล่านั้นล้วนแต่เป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า และยังเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอันส่งผลให้เกิดเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ๆ อยู่เสมอ รวมถึงมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าด้วย ซึ่งการศึกษานี้จะนำไปเป็นแนวทางในการวิเคราะห์การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยต่อไป

### 3.1 ความตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

#### 3.1.1 อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม พ.ศ. 2510

##### Paris Convention for the Protection Industrial Property 1967

อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม พ.ศ. 2510 (Paris Convention for the Protection Industrial Property 1967) หรือ “อนุสัญญากรุงปารีส” ถือเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับแรก<sup>113</sup> ที่มีเนื้อหาที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งใช้ในทางอุตสาหกรรม โดยเป็นความตกลงที่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองการออกแบบทางอุตสาหกรรม เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า ความลับทางการค้า สิ่งประดิษฐ์ สิ่งที่ระบุแหล่งกำเนิด รวมถึงการป้องกันการกระทำอันเป็นการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement) จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 1 ถึงมาตรา 12 และมาตรา 19 ของอนุสัญญากรุงปารีสด้วย<sup>114</sup>

##### 3.1.1.1 ความเป็นมาของอนุสัญญากรุงปารีส

เนื่องจากในปี ค.ศ. 1873 รัฐบาลออสเตรีย-ฮังการีประสงค์จะจัดงานแสดงสิ่งประดิษฐ์ จึงได้ออกกฎหมายบังคับใช้เป็นการชั่วคราวในการให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์และทรัพย์สินอุตสาหกรรม รวมถึงมีการตั้งสภาปฏิรูปสิทธิบัตรแห่งกรุงเวียนนา (The Congress of Vienna for Patent Reform) ขึ้นด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1883 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ทำการเชิญนานาประเทศเข้าร่วมประชุมเพื่อปรับปรุงแก้ไขอนุสัญญาให้มีความสอดคล้องและทันสมัยมากขึ้น จนเกิด

<sup>113</sup> Seth M. Reiss, "Commentary on the Paris Convention for the Protection of Industrial Property," [Online]. Available from: <http://www.lex-ip.com/Paris.pdf>

<sup>114</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "การประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง การสมัครเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม และสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร," ed. กระทรวงพาณิชย์ (2550).หน้า12.

เป็นร่างอนุสัญญากรุงปารีส อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับดังกล่าวถูกปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้ง จนกระทั่งเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1967 ณ กรุงสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection Industrial Property 1967) ได้ถูกประกาศใช้ล่าสุด<sup>115</sup> อนึ่ง ในปัจจุบันมีประเทศที่มีการให้สัตยาบันแก่อนุสัญญากรุงปารีสแล้ว จำนวน 177 ประเทศ<sup>116</sup> ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกเมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 2 สิงหาคม พ.ศ. 2557 ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องจัดทำบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว เช่น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พระราชบัญญัติศาลการ<sup>117</sup>

### 3.1.1.2 อนุสัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า

อนุสัญญากรุงปารีสกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ซึ่งได้ระบุไว้ในมาตรา 4, 5C, 5D, 6 ถึงมาตรา 6septies, 7 7bis<sup>118</sup> โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะร่วมกัน (Common Rules) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>115</sup> Audi Shanoor Pandurang, "Highlights of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property" [Online]. Available from: <http://www.grkarelawlibrary.yolasite.com/resources/LLMSY-IPR-1-Shanoor.pdf>

<sup>116</sup> World Intellectual Property Organization, "W I P O-Administered Treaties Contracting Parties > Paris Convention," [Online] Accessed: 31 January. Available from: [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty\\_id=2](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=2)

<sup>117</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "การประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง การสมัครเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม และสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร." หน้า 186-190.

<sup>118</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. หน้า 264.

## 1) นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”

อนุสัญญากรุงปารีสไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” หรือ “เครื่องหมายการค้า” ไว้แต่อย่างใด โดยเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดลักษณะของเครื่องหมายและเครื่องหมายการค้าที่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าภายในของประเทศตนได้ กล่าวคือ เงื่อนไขในการยื่นคำขอจดทะเบียนและการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า (The Conditions for the Filing and Registration of Trademarks) ให้เป็นไปตามที่แต่ละประเทศภาคีสมาชิกได้กำหนด (shall be determined) ไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตน (by its domestic legislation) นั้นเอง ตามมาตรา 6 (1)

เมื่ออนุสัญญากรุงปารีสไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” หรือ “เครื่องหมายการค้า” ที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองไว้ โดยกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของประเทศภาคีสมาชิกที่จะพิจารณากำหนดนิยามของสิ่งที่มุ่งประสงค์จะให้ความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากரசชาติมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญากรุงปารีส ரசชาติจึงอาจสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามอนุสัญญากรุงปารีสได้

## 2) เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน

มาตรา 6quinquies หัวข้อ การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนในประเทศภาคีสมาชิกหนึ่งในประเทศภาคีสมาชิกอื่น (Protection of Marks Registered in One Country of the Union in the Other Countries of the Union) โดยได้ระบุเกี่ยวกับเงื่อนไขการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ B กล่าวคือ นายทะเบียนห้ามปฏิเสธการรับจดทะเบียนหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เว้นแต่เป็นกรณี ดังต่อไปนี้

(1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะอันเป็นการละเมิดสิทธิที่บุคคลที่สาม (Infringe rights acquired by third parties) ได้มาในประเทศที่ขอรับความคุ้มครอง (In the country where protection is claimed)



นายทะเบียนยอมปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิบุคคลของบุคคลอื่นในประเทศที่ยื่นขอจดทะเบียน ซึ่งอาจเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิข้างเคียง หรือสิทธิอื่นที่เกี่ยวข้อง<sup>119</sup>

ตัวอย่างเช่น การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต

(2) เมื่อเครื่องหมายค่านั้นขาดลักษณะบ่งเฉพาะ (Devoid of Any Distinctive Character) หรือประกอบด้วยสัญลักษณ์หรือสิ่งบ่งชี้ที่เมื่อนำมาใช้ในทางการค้าแล้วสามารถระบุประเภท (Kind) คุณภาพ (Quality) ปริมาณ (Quantity) วัตถุประสงค์ในการใช้ (Intended Purpose) มูลค่า (Value) แหล่งกำเนิด (Place of Origin) ของสินค้า หรือเวลาที่ผลิต หรือเครื่องหมายนั้นได้กลายเป็นสิ่งสามัญในภาษาที่ใช้กันในปัจจุบัน (Become Customary in the Current Language) หรือเป็นสิ่งสามัญที่ใช้กันโดยสุจริตในประเพณีปฏิบัติทางการค้า (Practices of the Trade) ของประเทศที่ขอรับความคุ้มครอง

นายทะเบียนยอมปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เนื่องจากเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะย่อมไม่สามารถใช้เพื่อแยกแยะสินค้านั้นออกจากสินค้าอื่นได้ และนายทะเบียนยอมปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายที่เมื่อนำไปใช้กับสินค้าแล้วสามารถเล็งถึงคุณสมบัติหรือคุณลักษณะของสินค้าที่ยื่นคำขอจดทะเบียนได้โดยตรง โดยอาจเป็นการเล็งเห็นถึงประเภท คุณภาพ ปริมาณ วัตถุประสงค์ แหล่งกำเนิดก็ได้ รวมถึงเครื่องหมายที่กลายเป็นสิ่งสามัญในทางการค้า เนื่องจากเป็นสิ่งที่เจ้าของสินค้าใช้เพื่อพรรณาสินค้าของตนโดยทั่วไป ดังนั้น เครื่องหมายนั้นจึงไม่สามารถทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้าได้<sup>120</sup>

<sup>119</sup> วศิน พิพัฒน์ฉัตร, "การพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบในประเทศไทยตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก" (นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560). หน้า 179.

<sup>120</sup> ธัชชัย สุภผลศิริ, คำอธิบายเครื่องหมายการค้า. หน้า 26-27.

ตัวอย่างเช่น คำว่า “New หรือ Old” ซึ่งย่อมนำเห็นถึงคุณภาพของสินค้าได้ หรือคำว่า “KETTLE CLEAN” สำหรับอุปกรณ์ทำความสะอาดครัว ซึ่งคำดังกล่าวย่อมนำเห็นถึงวัตถุประสงค์ของสินค้า<sup>121</sup>

(3) เมื่อเป็นเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (Morality) หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีลักษณะที่เป็นการหลอกลวงต่อสาธารณชน (Deceive the Public)

เครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น คือเครื่องหมายที่ขัดต่อสิ่งที่ประชาชนในสังคมยึดถือปฏิบัติและเห็นว่าเป็นสิ่งดีงาม โดยจะพิจารณาถึงทัศนคติและค่านิยมของประชาชนในสังคมนั้น ๆ ต่อเครื่องหมายประกอบด้วย เพราะทัศนคติและค่านิยมย่อมแตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคม<sup>122</sup> ส่วนเครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย คือเครื่องหมายที่มีลักษณะฝ่าฝืนบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐที่มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยในสังคม และเครื่องหมายที่มีลักษณะหลอกลวง คือ เครื่องหมายการค้าที่เจ้าของเครื่องหมายทำขึ้นและนำเครื่องหมายไปใช้โดยมีเจตนาเพื่อหลอกลวงบุคคลอื่น<sup>123</sup>

ตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น กัญชา ยาเสพติด ส่วนเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อความสงบ เช่น เครื่องหมายที่มีลักษณะเป็นคำหยาบคายไม่สุภาพ หรือเป็นเครื่องหมายที่ประกอบด้วยสิ่งที่ประชาชนเคารพบูชา เช่น ศาสนา โบราณสถาน โบราณวัตถุ<sup>124</sup> หรือภาพลามกอนาจาร (Obscene Picture) ส่วนเครื่องหมายที่มีลักษณะเป็นการหลอกลวง

<sup>121</sup> Designs & Trade Marks Office of Controller General Patents, "Manual of Trade Marks : Practice & Procedure," ed. Ministry of Commerce & Industries(2015).pp. 48-49.

<sup>122</sup> พิบูล ตันสุภผล, "คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 3 เครื่องหมายที่ต้องห้ามรับจดทะเบียน," (2551).หน้า 9.

<sup>123</sup> Professor G. H. C. BODENHAUSEN, "Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property "(1967).p. 116.

<sup>124</sup> พิบูล ตันสุภผล, "คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 3 เครื่องหมายที่ต้องห้ามรับจดทะเบียน."

ประชาชน เช่น การนำภาพตึกที่มีชื่อเสียง (Well-Known Building) ของบริษัทคู่แข่งมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าเพื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดถึงความเป็นเจ้าของสินค้า<sup>125</sup>

นอกจากนี้ อนุสัญญากรุงปารีสยังกำหนดเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้าม หรือประกอบด้วยลักษณะต้องห้าม ซึ่งอาจถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ ตามกรณีต่อไปนี้

(1) เครื่องหมายที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (Well-Known Mark) หรือเครื่องหมายที่มีลักษณะคล้ายจนอาจทำให้เกิดความสับสนหลงผิดได้ (An imitation liable to create confusion therewith) ตามมาตรา 6bis

(2) เครื่องหมายซึ่งเป็นข้อห้ามเกี่ยวกับตราหรือเครื่องหมายของทางราชการ และองค์การระหว่างประเทศ ตามมาตรา 6ter (1) กล่าวคือ ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องปฏิเสธ หรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ตลอดจนมีมาตรฐานที่เหมาะสมในการป้องกันมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้า ซึ่งมีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะ ดังต่อไปนี้

(a) เครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร (Armorial Bearings) ธงประจำชาติ (Flags) และเครื่องหมายอื่น ๆ ของรัฐ (Other State Emblems) ซึ่งเป็นประเทศภาคีสมาชิก โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศนั้น ไม่ว่าจะใช้เป็นเครื่องหมายการค้าหรือเป็นส่วนประกอบของเครื่องหมายการค้าก็ตาม รวมทั้งสัญลักษณ์ของทางราชการ (Official Signs) และเครื่องหมายรับรองมาตรฐาน (Hallmarks) ซึ่งแสดงถึงการควบคุมและการรับประกันจากหน่วยงานราชการ และเครื่องหมายที่มีการลอกเลียนในลักษณะที่เป็นตราประจำตระกูลด้วย

(b) เครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร (Armorial Bearings) ธงประจำชาติ (Flags) และเครื่องหมายอื่น ๆ ของรัฐ (Other State Emblems) ชื่อย่อ (Abbreviations) และ ชื่อ (Name) ขององค์การระหว่างประเทศ (International Intergovernmental Organizations) ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกใดเป็นสมาชิกในองค์การดังกล่าว เว้น

<sup>125</sup> Professor G. H. C. BODENHAUSEN, "Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property ".pp. 117.

แต่เครื่องหมายศหรือตำแหน่งทางการทหาร ธงประจำชาติ ตราสัญลักษณ์อื่น ๆ ชื่อย่อ และชื่อที่อยู่ ภายใต้บังคับของความตกลงระหว่างประเทศที่มุ่งให้ความคุ้มครองไว้อยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม ประเทศภาคีสมาชิกอาจไม่นำเงื่อนไขตาม (b) มาใช้บังคับก็ได้ หากก่อให้เกิดเสียหายแก่เจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้ใช้มาโดยสุจริต (In Good Faith) ก่อนอนุสัญญากรุงปารีสมีสภาพบังคับในประเทศนั้น นอกจากนี้ ประเทศภาคีสมาชิกอาจไม่นำเงื่อนไขตาม (a) มาใช้บังคับก็ได้ หากการใช้หรือจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่ทำให้สาธารณชนเข้าใจว่าเครื่องหมายศหรือตำแหน่งทางการทหาร ธงประจำชาติ เครื่องหมายอื่น ๆ ชื่อย่อ และชื่อ มีความสัมพันธ์กับองค์การที่เกี่ยวข้อง หรือไม่อาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้เครื่องหมายกับองค์การดังกล่าวได้

(3) มาตรา 7 กำหนดห้ามมิให้ประเทศภาคีสมาชิกนำเอาลักษณะของสินค้า (The Nature of the Goods) ที่จะใช้กับเครื่องหมายการค้ามาเป็นอุปสรรค (Obstacle) ในการจดทะเบียนเครื่องหมายนั้น

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้าที่มีความประสงค์จะนำไปใช้กับสินค้าประเภทยา แม้อย่างกล่าวยังไม่รับอนุญาตหรืออนุมัติจากหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลย่อมไม่เป็นเหตุผลที่นายทะเบียนจะนำมาอ้างเพื่อปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว<sup>126</sup>

### 3) สิทธิในเครื่องหมายการค้า

อนุสัญญากรุงปารีส มาตรา 6quinquies หัวข้อ การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนในประเทศภาคีสมาชิกหนึ่งในประเทศภาคีสมาชิกอื่น ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ (D) ว่าบุคคลย่อมไม่อาจได้รับประโยชน์ตามบทบัญญัตินี้ (may benefit from the provisions of this Article) หากเครื่องหมายที่บุคคลนั้นขอรับความคุ้มครองยังไม่ได้รับการจดทะเบียนในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด (the country of origin)

ดังนั้น การได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามอนุสัญญากรุงปารีส จึงเป็นการได้มาโดยการจดทะเบียนในประเทศซึ่งเป็นแหล่งกำเนิด

<sup>126</sup> Ibid.p. 128.

เสียก่อน ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นไปตามที่ประเทศภาคีสมาชิกจะกำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของประเทศนั้นเอง ตามมาตรา 6 (1)

#### 4) ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาตามความในมาตรา 6 (1) ซึ่งกำหนดให้เงื่อนไขในการยื่นคำขอจดทะเบียนและการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นไปตามที่แต่ละประเทศภาคีสมาชิกได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของตนแล้วนั้น จึงเห็นว่าอนุสัญญากรุงปารีสระบุให้กำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเป็นไปตามกำหนดระยะเวลาตามที่แต่ละประเทศภาคีสมาชิกกำหนดไว้<sup>127</sup>

##### 3.1.2 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า

##### The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPS Agreement) เป็นความตกลงที่มีความสำคัญอย่างมากในการกำหนดมาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกลักษณะ อันได้แก่ ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง (Copyright and Related Rights) เครื่องหมายการค้า (Trademarks) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications) การออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs) สิทธิบัตร (Patents) การออกแบบผังภูมิ (ภูมิสถาปัตยกรรม) ของวงจรรวม (Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits) การคุ้มครองข้อมูลที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information) รวมถึงการควบคุมการปฏิบัติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้า (Control of Anti-Competitive Practices in Contractual

<sup>127</sup> World Intellectual Property Organization, "Summary of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883)," [Online]. Available from: [https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary\\_paris.html](https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html)

Licenses)<sup>128</sup> โดยการกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ อย่างเช่น การระบุมตรการเกี่ยวกับการมี ขอบเขตและการใช้สิทธิ การบังคับสิทธิ กระบวนการได้มาและการคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนการป้องกันและการระงับข้อพิพาท เป็นต้น เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) นำไปบัญญัติไว้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ทั้งนี้ ประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ในระดับที่สูงกว่าก็ได้<sup>129</sup>

### 3.1.2.1 ความเป็นมาของความตกลง

ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 อันเป็นช่วงที่แต่ละประเทศต้องการแสวงหาแนวทางฟื้นฟูสภาพเศรษฐกิจและสังคมโลก จึงได้ร่วมมือกันในระดับพหุภาคีในการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศในการดูแลด้านต่าง ๆ เช่น องค์การสหประชาชาติเพื่อดูแลด้านการเมือง หรือกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) เพื่อดูแลด้านการเงิน สำหรับด้านการค้านั้นได้มีการพยายามจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization หรือ ITO) เพื่อดูแลและจัดระเบียบการค้าของโลก โดยการร่างกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) เพื่อจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศและกำหนดกฎระเบียบการค้าเสรีระหว่างประเทศ แต่การก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศกลับไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากขาดการเข้าร่วมของประเทศมหาอำนาจอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา จึงส่งผลให้ประเทศอื่น ๆ ไม่สนใจเข้าร่วมเป็นภาคีด้วย<sup>130</sup> คงมีแต่การจัดทำความตกลงชั่วคราวขึ้นมาใช้ไปพลางก่อน ซึ่งก็คือ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 (General Agreement on Tariffs and Trade หรือ ความตกลง GATT) ซึ่งเป็นความตกลงที่มีบทบาทสำคัญต่อการส่งเสริมการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศ โดยลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศทั้งภาษีศุลกากรและไม่ใช่อัตราภาษีศุลกากร อันเป็นการกีดกันทางการค้าและลดความ

<sup>128</sup> J.H. Reichman, "Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the Trps Component of the Wto Agreement" (1995).p. 348.

<sup>129</sup> จักรกฤษณ์ ครอบงวน, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. หน้า 36.

<sup>130</sup> บัณฑิต หลิมสกุล, "สิบปี Wto ความท้าทายขององค์การการค้าโลกในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน," ใน องค์การการค้าโลก. หน้า 6.

เหลื่อมล้ำทางการค้าระหว่างประเทศ<sup>131</sup> แม้ความตกลง GATT จะมีการเจรจาบทพจนกันเรื่อยมา แต่ก็มักเป็นการเจรจาในประเด็นเกี่ยวกับการค้าเป็นหลักเสียมากกว่า เช่น การเจรจาเกี่ยวกับความตกลงว่าด้วยสินค้าอุตสาหกรรม ข้อตกลงเรื่องสินค้าประเภทเคมีภัณฑ์ และข้อตกลงว่าด้วยมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ข้อตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ จนกระทั่ง การเจรจาการค้ารอบโตเกียว (Tokyo Round) ในปี ค.ศ. 1978 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอประเด็นเรื่องสินค้าปลอมแปลง ซึ่งถือเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง โดยเสนอให้จัดทำ ความตกลงว่าด้วยการต่อต้านสินค้าปลอมแปลง (Anti-Counterfeit Code) เพื่อขจัดการปลอมแปลงและลอกเลียนสินค้าให้หมดสิ้น เนื่องจากการปลอมแปลงสินค้าและจำหน่ายสินค้าปลอม ย่อมเป็นอุปสรรคและกีดขวางต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ แต่การจัดทำข้อตกลงดังกล่าวก็ยังไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใด<sup>132</sup>

ทั้งนี้ แม้ในขณะนั้นประเทศต่าง ๆ จะให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศตามอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) อาทิเช่น อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for Protection of Industrial Property) อนุสัญญากรุงเบิร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) อนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations) และสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับผังภูมิวงจรรวม (Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits) อยู่แล้วก็ตาม<sup>133</sup> แต่การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้อนุสัญญาเหล่านี้ยังคงไม่เพียงพอ กล่าวคือ การที่ความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับมีรายละเอียดและสาระสำคัญที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความคุ้มครอง จึงไม่ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครอง (Minimum Standard) เอาไว้ อีกทั้งยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามสิทธิ (Enforcement of Rights) ตลอดจนไม่มี

<sup>131</sup> พรจारी เนตรพิสุทธิ์, "Trips Plus: ศึกษาผลกระทบกรณีหากประเทศไทยทำความตกลง Fta เรื่องการขยายอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรกับประเทศสหรัฐอเมริกา" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550). หน้า 3.

<sup>132</sup> จักรกฤษณ์ ครอบงัน, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. หน้า 23.

<sup>133</sup> เฉลิมชัย กักเกียรติกุล, "ความเป็นมาของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Trips Agreement)," [Online]. Available from: [http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/1\\_7395.html](http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/1_7395.html)

มาตรการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ (Dispute Settlement Mechanisms) อีกด้วย<sup>134</sup> ดังนั้น จึงมีความจำเป็นจะต้องอุดช่องว่างของอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ เพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นนั่นเอง นอกจากนี้ การสูญเสียรายได้และผลประโยชน์จำนวนมากจากการถูกฉกฉวยเอาเทคโนโลยีและการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศพัฒนาแล้วจากการเข้าไปลงทุนทางอุตสาหกรรมในประเทศกำลังพัฒนา อันได้แก่ เกาหลีใต้ ไต้หวัน มาเลเซีย อินโดนีเซีย อินเดีย สาธารณรัฐประชาชนจีน เม็กซิโก ซึ่งประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่า การละเมิดดังกล่าวเกิดจากการที่หลายประเทศไม่มีการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เพียงพอ จึงต้องการให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวด<sup>135</sup> ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมานี้ จึงทำให้ประเทศพัฒนาแล้วอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปมีความพยายามอย่างมากในการผลักดันประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจาภายใต้กรอบความตกลง GATT ได้สำเร็จในการเจรจารอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ปี ค.ศ. 1986 โดยได้บรรจุหัวข้อ “ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า รวมทั้งการค้าสินค้าปลอมแปลง” เข้าเป็นหนึ่งในกรอบการเจรจาของคณะกรรมการการค้า<sup>136</sup> แต่เนื่องจากข้อเสนอที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา โดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองสิทธิบัตรที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกร้องให้คุ้มครองโดยไม่มีข้อยกเว้น ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้ยกเว้นการคุ้มครองในบางสาขา เช่น พันธุ์สัตว์ พันธุ์พืช ยา ดังนั้น การเจรจาในประเด็นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดำเนินไปอย่างยากลำบากและยาวนาน<sup>137</sup> จนกระทั่งที่ประชุมได้มอบหมายให้นาย Arthur Dunkel เลขาธิการทั่วไปรับเอาข้อเสนอของทั้งสองฝ่ายไปรวบรวมและปรับปรุงต่อไป ซึ่งสามารถลดความขัดแย้งของการเจรจาได้พอสมควร โดยเมื่อ นาย Arthur Dunkel ได้เสนอร่างกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Draft Final Act Embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation) และได้มีการผนวกเอาความตกลงที่เรียกว่า “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือความตกลงทริปส์ (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPS Agreement) เข้าไว้ในร่างดังกล่าวด้วย

<sup>134</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า หน้า 27.

<sup>135</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 23-25.

<sup>136</sup> เฉลิมชัย กักเกียรติกุล, "ความเป็นมาของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Trips Agreement)."

<sup>137</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า หน้า 31.



ความตกลงทริปส์ได้รับการลงนามรับรองจากประเทศภาคีสมาชิกในปี ค.ศ. 1994 และมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1995<sup>138</sup> โดยเป็นความตกลงที่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิและบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในลักษณะที่สร้างความสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในการสร้างสรรค์นวัตกรรมและเทคโนโลยีและผลประโยชน์ทางสังคม เช่น เงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้ที่ขอรับความคุ้มครองจะต้องเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ของตน ซึ่งถือว่าเป็นการก่อให้เกิดการเรียนรู้และถ่ายทอดเทคโนโลยีสู่สาธารณะนั่นเอง<sup>139</sup>

### 3.1.2.2 ความตกลงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า

ความตกลงทริปส์กำหนดมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไว้ใน Section 2 มาตรา 15 ถึงมาตรา 21 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 1) นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”

ความตกลงทริปส์ได้ให้นิยาม คำว่า “เครื่องหมาย” ไว้ในมาตรา 15 (1) หัวข้อ “Projectable Subject Matter” ดังนี้

สัญลักษณ์ใด ๆ (Any sign) หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ (Any Combination of Signs) ซึ่งสามารถใช้แยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากกิจการอื่นได้ (capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings) ย่อมสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ สัญลักษณ์เช่นว่านั้น โดยเฉพาะคำ (Words) ให้รวมถึง (Including) ชื่อของบุคคล (Personal Names) ตัวอักษร (Letters) ตัวเลข (Numerals) ส่วนประกอบของภาพ (Figurative Elements) และการรวมกลุ่มของสีต่าง ๆ เข้าด้วยกัน (Combinations of Colours) ตลอดจนการรวมกันอย่างใด ๆ ของสัญลักษณ์

<sup>138</sup> World Trade Organization, "The Making of the Trips Agreement : Personal Insights from the Uruguay Round Negotiations," ed. Jayashree Watal and Antony Taubman(2015).pp. 18-19.

<sup>139</sup> ศูนย์ข้อมูลและข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง (TCIJ), "Trips จากอูรุกวัยสู่ไทยแลนด์," [Online]. Available from: <https://www.tcijthai.com/news/2012/12/watch/1626>

เหล่านั้นด้วย (Any Combination of Such Signs) ย่อมเป็นสิ่งที่สามารถนำมาจดทะเบียนในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ ในกรณีที่สัญลักษณ์เหล่านั้นไม่มีลักษณะที่สามารถใช้แยกแยะ (not inherently capable of distinguishing) สินค้าหรือบริการของกิจการที่เกี่ยวข้องได้ บรรดาประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้สามารถนำมาจดทะเบียนได้ โดยพิจารณาจากความบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ (distinctiveness acquired through use) ก็ได้ นอกจากนี้ ประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้เครื่องหมายที่จะนำมาจดทะเบียนได้ว่าจะต้องเป็นสัญลักษณ์สามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Visually Perceptible) ด้วยก็ได้

เมื่อพิจารณานิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ตามความตกลงทริปส์ พบว่า ความตกลงทริปส์บัญญัติให้สิ่งที่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง ๆ โดยอาจเป็นสัญลักษณ์ที่มีลักษณะ รูปแบบ และประเภทอย่างใด ๆ รวมถึงการรวมตัวของสัญลักษณ์ประเภทเดียวกันหรือต่างประเภทกันก็ได้ หากสัญลักษณ์ดังกล่าวสามารถใช้จำแนกแยกแยะสินค้าของกิจการหนึ่งออกจากกิจการอื่น ๆ ได้ สัญลักษณ์นั้นก็ย่อมถือเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ทั้งสิ้น นอกจากนี้ ข้อความในส่วนท้ายของนิยามที่กำหนดว่า “...นอกจากนั้น ประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้เครื่องหมายที่จะนำมาจดทะเบียนได้นั้น จะต้องสามารถมองเห็นได้ด้วยตา (Visually Perceptible) ด้วยก็ได้” แสดงให้เห็นว่าประเทศภาคีสมาชิกสามารถเลือกได้ว่าจะให้ความคุ้มครองเฉพาะสัญลักษณ์ที่สามารถมองเห็นด้วยตาเปล่า หรืออาจอนุญาตให้นำสัญลักษณ์ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตามาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าก็ได้<sup>140</sup>

ดังนั้น เมื่อรสนชาติซึ่งเป็นสัญลักษณ์อย่างหนึ่งสามารถใช้จำแนกแยกแยะสินค้าของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าของกิจการอื่นได้ รสนชาติย่อมมีลักษณะบ่งเฉพาะและอาจได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งตามความตกลงทริปส์ได้นั่นเอง

<sup>140</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, หน้า 266.

## 2) เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน

ความตกลงทริปส์กำหนดลักษณะเครื่องหมายอันพึงจดทะเบียนได้ดังต่อไปนี้

2.1) เครื่องหมายนั้นจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของตัวเอง หรือเป็นลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ก็ได้ ทั้งนี้ความตกลงทริปส์ได้รับรองการเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ไว้ในตอนท้ายของมาตรา 15 (1) ว่าในกรณีที่เครื่องหมายเหล่านั้นไม่สามารถใช้แยกแยะ (not inherently capable of distinguishing) สินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากกิจการอื่น บรรดาประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้มีการจดทะเบียนโดยขึ้นกับความสามารถในการบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ (distinctiveness acquired through use) ก็ได้<sup>141</sup>

2.2) ต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงปารีสตามมาตรา 15 (2) กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าอาจถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน (Denying Registration) ได้ หากเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามรับจดทะเบียนตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส หรืออาจถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนด้วยเหตุผลอื่นซึ่งเหตุผลนั้นต้องไม่ขัดต่ออนุสัญญากรุงปารีส<sup>142</sup>

ตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามที่อนุสัญญากรุงปารีสกำหนดไว้ เช่น เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (Well-known Marks) หรือเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร ธงประจำชาติ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ทางราชการของประเทศภาคีสมาชิกหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือเครื่องหมายที่มีลักษณะละเมิดต่อสิทธิของบุคคลที่สามในประเทศที่ขอจดทะเบียน หรือเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีลักษณะหลอกลวงสาธารณชน

<sup>141</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 269.

<sup>142</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 270-271.

ส่วนตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าที่อาจถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลอื่น เช่น สิ่งที่น่ามาจดทะเบียนไม่มีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้า หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

2.3) ความตกลงทริปส์ มาตรา 15 (3) กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิก อาจกำหนดให้การใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนด้วยก็ได้ ซึ่งกำหนดไว้ว่า ประเทศภาคีสมาชิกอาจให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยขึ้นอยู่กับการใช้ได้ (depend on use) อย่างไรก็ตาม การใช้เครื่องหมายการค้าตามความเป็นจริง (actual use) จะต้องไม่เป็นเงื่อนไข สำหรับการยื่นคำขอจดทะเบียน (filing an application for registration) และคำขอจดทะเบียน ย่อมไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลเพียงว่า ไม่ได้มีการใช้เครื่องหมายตามที่ตั้งใจไว้ (intended use has not taken place) ก่อนพ้นระยะเวลา 3 ปีนับจากวันที่ยื่นขอจดทะเบียน (before the expiry of a period of three years from the date of application)

กล่าวคือ ความตกลงทริปส์ยินยอมให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถ กำหนดเอาการใช้เครื่องหมายการค้าเป็นเงื่อนไขในการรับจดทะเบียนได้ หรืออาจกล่าวได้ว่า ใน ขั้นตอนการรับจดทะเบียน หากปรากฏว่าเจ้าของเครื่องหมายไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าของตน ประเทศภาคีสมาชิกอาจปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในขั้นตอน การยื่นคำขอจดทะเบียน ประเทศภาคีสมาชิกไม่อาจนำเอาการใช้เครื่องหมายการค้ามาเป็นเงื่อนไข ในการยื่นคำขอจดทะเบียนได้ นอกจากนี้ ประเทศภาคีสมาชิกไม่อาจปฏิเสธคำขอจดทะเบียน โดยอาศัย เหตุผลเพียงว่า ยังไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าในขณะยื่นคำขอจดทะเบียน หรือยังไม่มีการใช้ เครื่องหมายการค้าในก่อนพ้นกำหนดระยะเวลา 3 ปีนับจากวันที่ยื่นคำขอจดทะเบียน<sup>143</sup>

2.4) ความตกลงทริปส์ มาตรา 15 (4) กำหนดห้ามมิให้ประเทศภาคี สมาชิกนำเอาลักษณะของสินค้าหรือบริการมาเป็นเงื่อนไขของการรับจดทะเบียน ดังนี้ “ลักษณะของ สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม” กล่าวคือ ไม่ว่าสินค้าหรือบริการมีลักษณะ หรือคุณภาพอย่างไร ผู้เป็นเจ้าของ เครื่องหมายย่อมสามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้<sup>144</sup>

<sup>143</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 271-273.

<sup>144</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า. 274.

เมื่อเครื่องหมายการค้าใดสามารถใช้จำแนกแยกแยะสินค้าหรือบริการออกจากสินค้าหรือบริการอื่นได้ ย่อมถือว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งความตกลงทริปส์ ยอมรับลักษณะบ่งเฉพาะทั้ง 2 ประการ ดังนี้ (1) เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง และ (2) เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ อันเกิดจากการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ใช้เครื่องหมายของตนกับสินค้ามาเป็นชั่วระยะเวลาหนึ่งจนผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถแยกแยะได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างจากสินค้าอื่น และเมื่อเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส เครื่องหมายการค้าที่ย่อมเป็นเครื่องหมายการค้าที่พึงได้รับจดทะเบียนตามความตกลงทริปส์ได้นั้นเอง

ดังนั้น การที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการนำรชชาติมาใช้เพื่อเป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตน กล่าวคือ เป็นการที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการใช้รชชาติกับสินค้าของตนเพื่อให้สาธารณชนใช้ในการแยกแยะสินค้าของตนออกจากสินค้าของกิจการอื่นได้ รชชาติดังกล่าวย่อมถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะและอาจได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งตามความตกลงทริปส์ได้

### 3) สิทธิในเครื่องหมายการค้า

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดรับรองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 16 (1) ไว้ความว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว (The Owner of A Registered Trademark) จะเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (The Exclusive Right) ในการใช้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน และมีสิทธิในการป้องกัน (Prevent) มิให้บุคคลที่สามนำเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือที่คล้ายกับของตนไปใช้ในทางการค้ากับสินค้าหรือบริการจำพวกเดียวกับสินค้าหรือบริการที่ได้รับการจดทะเบียนไว้แล้ว โดยปราศจากความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า (not having the owner's consent) หากเป็นการใช้ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิด (A Likelihood of Confusion) ในความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ทั้งนี้ หากปรากฏว่ามีการนำเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกันไปใช้กับสินค้าหรือบริการจำพวกเดียวกัน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าย่อมก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามที่กล่าวมาแล้วนั้น ย่อมจะต้องไม่เสื่อมเสียต่อสิทธิใด ๆ ที่มีอยู่ก่อน

(not prejudice any existing prior rights) และจะต้องไม่กระทบต่อการที่บรรดาประเทศภาคีสมาชิกจะกำหนดให้สิทธิเกิดขึ้นโดยการใช้ (on the basis of use)

กล่าวคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าซึ่งได้รับการจดทะเบียนแล้วย่อมเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าหรือบริการที่ได้จดทะเบียนไว้ บุคคลอื่นจะนำเครื่องหมายการค้าไปใช้โดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายไม่ได้ นอกจากนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิติดกันบุคคลอื่นมิให้ใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตนกับสินค้าหรือบริการที่เหมือนหรือคล้ายกับสินค้าที่ได้รับจดทะเบียนไว้แล้ว เนื่องจากการใช้เครื่องหมายในลักษณะดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภคหรือสาธารณชนได้ ซึ่งในมาตรานี้ได้กล่าวถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วเท่านั้น<sup>145</sup>

อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริพส์ได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 17 ดังนี้ “ประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้มีข้อยกเว้นในการจำกัดสิทธิในเครื่องหมายการค้า อาทิ การใช้ข้อความพรรณนาที่เป็นธรรม (Fair Use of Descriptive Terms) โดยข้อยกเว้นสิทธิที่กำหนดขึ้นนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและบุคคลที่สาม” กล่าวคือ บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจประเทศภาคีสมาชิกในการที่จะกำหนดข้อยกเว้นสิทธิในเครื่องหมายการค้าก็ได้ แต่จะต้องกำหนดโดยคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและบุคคลที่สามประกอบกันเป็นสำคัญ<sup>146</sup>

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 47 ที่กำหนดให้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่เป็นการขัดขวางบุคคลในการใช้ชื่อ ชื่อสกุล หรือชื่อสำนักงานของตนโดยสุจริตในทางการค้า และไม่เป็นการขัดขวางบุคคลที่จะใช้คำบรรยายโดยสุจริตซึ่งลักษณะหรือคุณลักษณะของสินค้านั้น ๆ

<sup>145</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า. 277-279.

<sup>146</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า. 284-285.

#### 4) ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ไว้ในมาตรา 18 หัวข้อ Term of Protection ว่า ระยะเวลาในการจดทะเบียน (Initial Registration) และการต่ออายุการจดทะเบียนในแต่ละครั้ง (Each Renewal of Registration) ให้กำหนดเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 7 ปี

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่ว่าระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเริ่มต้นนับเมื่อใดนั้น มีผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่า การที่ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ย่อมเป็นการปล่อยให้แต่ละประเทศสมาชิกสามารถกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นในการให้ความคุ้มครองเองได้ โดยอาจกำหนดให้เริ่มต้นนับจากวันที่ยื่นขอจดทะเบียน หรือวันที่ได้รับการจดทะเบียนก็ได้<sup>147</sup>

#### 3.2 บทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของต่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าரசชาติ

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศต่าง ๆ แล้ว ผู้เขียนเลือกศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใน คำพิพากษา และหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์ เนื่องจากเป็นประเทศที่มีการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เช่น เครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น เครื่องหมายการค้าสัมผัส รวมถึงเครื่องหมายการค้ารสชาติด้วย ตลอดจนเป็นประเทศที่มีมาตรฐานและได้รับการยอมรับว่ามีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีประสิทธิภาพ

<sup>147</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า. 286.

### 3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federal State) หรือที่เรียกกันว่า รัฐรวม ซึ่งประกอบด้วยมลรัฐทั้งสิ้นจำนวน 50 มลรัฐ โดยแต่ละมลรัฐมีอำนาจเด็ดขาดและสูงสุดในการปกครองตนเอง และไม่ก้าวล่วงซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ในแต่ละมลรัฐจะมีรัฐบาล มีผู้ว่ามลรัฐ มีรัฐสภา หน่วยงานราชการต่าง ๆ รับผิดชอบบริหารกิจการต่าง ๆ ภายในมลรัฐ มีศาลสำหรับพิจารณาพิพากษาภายในมลรัฐเอง รวมถึงมีอำนาจในการออกกฎหมายของตนเองด้วย แต่อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายในระดับมลรัฐจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ<sup>148</sup>

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดลักษณะการได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้า เพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไว้สำหรับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและยังไม่ได้จดทะเบียน ดังนั้น การได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา สามารถเกิดขึ้นได้ 3 รูปแบบ<sup>149</sup> ดังต่อไปนี้

- 1) สิทธิอันเกิดจากการใช้เครื่องหมายการค้า (Actual Use) ซึ่งถือเป็นสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) กล่าวคือ แม้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวยังไม่ได้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า แต่หากเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีการใช้เครื่องหมายดังกล่าวกับสินค้าของตน ย่อมได้สิทธิในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวอยู่นั้นเอง โดยผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมสามารถใช้คำว่า “TM” สำหรับการอ้างสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้
- 2) สิทธิอันเกิดจากการจดทะเบียนในรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือหลายรัฐ (State Registration)
- 3) สิทธิอันเกิดจากการจดทะเบียนที่สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Patent and Trademark Office หรือ USPTO) หรือที่เรียกว่า Federal Trademark Registration

<sup>148</sup> กอบกุล จันทวโร, "ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และการพิจารณาตัดสินคดีโดยลูกขุน เปรียบเทียบกับศาลไทย,"(2554).

<sup>149</sup> สุรพล คงลาภ, "การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสหรัฐอเมริกา,"(ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรมเฉลิมพระเกียรติห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม, 2560).



ทั้งนี้ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถนำเครื่องหมายการค้าของตนไปยื่นคำขอจดทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครองได้ใน 2 ระดับ<sup>150</sup> ดังต่อไปนี้

1) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในระดับมลรัฐ ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของแต่ละมลรัฐ (State Trademark Registration) ซึ่งถือว่ามีหลักเกณฑ์ ขั้นตอนกระบวนการ และค่าธรรมเนียมที่อำนวยความสะดวกให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้ามากกว่าการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลาง อย่างค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนในระดับมลรัฐจะอยู่ระหว่าง \$50 - \$75 หรืออาจน้อยกว่านั้นสำหรับหนึ่งจำพวกสินค้า ในขณะที่การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลาง มีค่าธรรมเนียมประมาณ \$275 - \$375 สำหรับหนึ่งจำพวกสินค้า<sup>151</sup> อย่างไรก็ตาม รายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ขั้นตอน กระบวนการในการจดทะเบียน รวมถึงอัตราค่าธรรมเนียม ย่อมแตกต่างกันออกไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของแต่ละมลรัฐ โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถนำเครื่องหมายการค้าของตนไปยื่นจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองในมลรัฐที่ตนประสงค์จะได้รับความคุ้มครอง โดยจะได้รับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและสิทธิในเครื่องหมายการค้าเฉพาะในมลรัฐที่ได้รับการจดทะเบียนเท่านั้น และเป็นการคุ้มครองที่ต่ำกว่าการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลาง ดังนั้น การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในระดับมลรัฐย่อมไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน เนื่องจากลักษณะการให้ความคุ้มครองมีความไม่เหมาะสมกับรูปแบบธุรกิจที่มีการดำเนินการระหว่างรัฐ หรือเป็นการขายสินค้าหรือบริการทางอินเทอร์เน็ตให้แก่ลูกค้าที่อยู่ในมลรัฐอีก<sup>152</sup>

2) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลาง (Federal Trademark Registration) หรือการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในระดับประเทศ ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของ

<sup>150</sup> INTA (International Trademark Association), "Selecting and Registering a Trademark : State Trademark Registration in the United States," [Online] Accessed: 27 March 2020. Available from: [www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/StateTrademarkRegistrationsUSFactSheet.aspx](http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/StateTrademarkRegistrationsUSFactSheet.aspx)

<sup>151</sup> Upcounsel, "State Trademark: Everything You Need to Know," [Online] Accessed: 27 March 2020. Available from: <https://www.upcounsel.com/state-trademark>

<sup>152</sup> Adam Garson, "Benefits of State Trademark Registration — Not Many," [Online] Accessed: 27 March 2020. Available from: <https://garson-law.com/benefits-of-state-trademark-registration-not-many/>

ประเทศสหรัฐอเมริกา (Lanham Act) โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องนำเครื่องหมายการค้าของตนที่ประสงค์จะขอความคุ้มครองไปยื่นต่อสำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (USPTO) โดยเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายในระดับประเทศกับสำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (USPTO) จะได้รับความคุ้มครองในมลรัฐทุกมลรัฐ รวมถึงในดินแดนอื่นซึ่งอยู่ในการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย อันได้แก่ ซาโมอา (American Samoa) เกาะกวม (Guam) เขตคลองปานามา (Panama Canal Zone) เกาะเวอร์จินส์ (Virgin Islands) เปอร์โตริโก (Puertorico) และ เกาะนอร์ทเทอร์นมาเรียนา (Northern Mariana Islands)<sup>153</sup>

ทั้งนี้ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลาง (Federal Trademark Registration) สามารถแบ่งออกได้อีก 2 ระบบ<sup>154</sup> ดังนี้

2.1) ระบบทะเบียนหลัก (Principal Registration) มาตรา 45 (15 U.S. code 1127) กำหนดเครื่องหมายการค้าซึ่งสามารถนำมายื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามระบบหลักได้นั้น จะต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 (15 U.S. code 1052) กล่าวคือ เครื่องหมายการค้า นั้นจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherently Distinctive) และไม่เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนดด้วย โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะต้องมีการใช้ หรือมีความตั้งใจจะใช้เครื่องหมายดังกล่าวอย่างเครื่องหมายการค้ากับสินค้าในเชิงการค้าการพาณิชย์ด้วย

2.2) ระบบทะเบียนรอง (Supplemental Registration) กำหนดสำหรับเครื่องหมายการค้าซึ่งปราศจากลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งไม่สามารถนำไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามระบบทะเบียนหลักได้ แต่เครื่องหมายการค้า นั้นเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ใช้เครื่องหมายดังกล่าวกับสินค้าของตนว่าเป็นเวลานานจนทำให้สาธารณชนสามารถใช้แยกแยะสินค้าสินค้าหนึ่งออกจากสินค้าอื่นได้ จนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ดังนั้น เจ้าของ

<sup>153</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "กฎหมายเครื่องหมายการค้า - ประเทศสหรัฐอเมริกา," (2559).

<sup>154</sup> ชลลดา คงภู, "ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเครื่องหมายการค้า" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี, 2555). หน้า 112-113

เครื่องหมายย่อมสามารถนำเครื่องหมายดังกล่าวมาขึ้นเพื่อขอรับความคุ้มครองตามระบบรองได้ โดยจำกัดเฉพาะเครื่องหมายดังกล่าวมีการใช้กับสินค้าแล้วเท่านั้น<sup>155</sup>

โดยเมื่อสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (USPTO) รับผิดชอบเครื่องหมายใดเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะได้รับหนังสือรับรองการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อเป็นเอกสารอันเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้น (Prima Facie Evidence) แสดงว่าเครื่องหมายการค้านั้นได้รับการจดทะเบียน และผู้ปรากฏชื่อเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) อันเป็นสิทธิเด็ดขาดในการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า (Use In Commerce) กับสินค้าหรือบริการจำพวกที่ระบุไว้ในหนังสือรับรองเท่านั้น ตลอดจนมีสิทธิอย่างใด ๆ ในฐานะผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาให้การรับรองไว้ นั่นเอง โดยผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมสามารถใช้สัญลักษณ์ตัว “R” ภายในเครื่องหมายวงกลมสำหรับการอ้างสิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งได้รับการจดทะเบียนแล้ว

แต่เดิมการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการให้ความคุ้มครองกับเครื่องหมายที่สามารถใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ โดยเป็นการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และข้อบังคับของรัฐ (State Statutes) เป็นสำคัญ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1870 สภาคองเกรสได้ผ่านพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าซึ่งถือเป็นกฎหมายกลาง (Federal Trademark Statutes) ฉบับแรก เพื่อวางหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้กลับบังคับใช้ได้ไม่นาน เนื่องจากในปี ค.ศ. 1879 ศาลฎีกาในคดี The Mark Case, 100 U.S. 82 (1879) ระบุว่า สภาคองเกรสร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับนี้ในลักษณะที่ไม่ชอบ (The Wrong Congressional Power) เนื่องจากรัฐธรรมนูญให้อำนาจสภาคองเกรสในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรเท่านั้น สภาคองเกรสจึงไม่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการออกพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด นอกจากนี้ ศาลฎีกายังปฏิเสธข้อโต้แย้งของสภาคองเกรสที่อ้างว่าสภาคองเกรสสามารถร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมาย

<sup>155</sup> Ben Natter, "United States: Trademark Registration in the United States: Overview of the Supplemental Register and Differences from the Principal Register,"(2020).

การค้าได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ (basing on the Patent and Copyright Clause) ด้วย<sup>156</sup> เพราะในความเป็นจริงแล้ว เครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่แตกต่างไปจากสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์อย่างมีนัยยะสำคัญ หลังจากคำตัดสินของศาลฎีกาในคดีดังกล่าว สภาคองเกรสจึงได้ดำเนินการตราพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่ขึ้นในปี ค.ศ. 1881 และตามมาด้วยพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าอีกในปี ค.ศ. 1905 และ ค.ศ. 1920 แต่กฎหมายเหล่านั้นกลับไม่ประสบความสำเร็จและก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างมาก ตัวอย่างเช่น การที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายบริการ หรือการที่เครื่องหมายการค้าไม่มีกำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง ดังนั้น จึงเกิดการผลักดันให้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าจนในที่สุดสภาคองเกรสได้ผ่าน Lanham Act 1946 เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1946 และให้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเครื่องหมายการค้าเดิมทั้งสิ้น<sup>157</sup>

เมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความเจริญเติบโต เทคโนโลยีมีความก้าวหน้า รวมถึงการแข่งขันทางการค้าที่รุนแรง Lanham Act จึงได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้ง เพื่อให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีประสิทธิภาพ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้ ในปี ค.ศ. 1988 สภาคองเกรสผ่านพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม (Trademark Law Revision Act) ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่ออนุญาตให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อใช้ในทางการค้าโดยอาศัยเจตนาสุจริต (Bona Fide Intent) ได้ ทั้งนี้ ในการยื่นคำขอจดทะเบียนต้องอาศัยพยานหลักฐานเกี่ยวกับการใช้งานจริงในทางการค้า (Actual Use In Commerce) ประกอบด้วย ตัวอย่างเช่น บันทึกรายงานเกี่ยวกับแผนงานปัจจุบันและในอนาคตสำหรับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้น อีเมลหรือเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งปรากฏเครื่องหมายการค้า นั้น และ

<sup>156</sup> ปริมาณ เอี่ยมศิริกุลมิตร, "ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า ศึกษาเฉพาะกรณีการนำเอาคำที่เล็งถึงคุณสมบัติของสินค้ามาประสมคำในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามปกติ" (ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2549). หน้า 99.

<sup>157</sup> Ethan Horwitz and Benjamin Levi, "Fifty Years of the Lanham Act: A Retrospective of Section 43(a)," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 7, 1 (1996). pp. 60-63.

ได้ถูกส่งให้แก่ผู้จัดจำหน่ายและผู้ค้าปลีก<sup>158</sup> รายละเอียดเกี่ยวกับการโฆษณาสินค้าที่ยื่นขอจดทะเบียน<sup>159</sup> ในปี ค.ศ. 1998 สภาคองเกรสผ่าน The Trademark Law Treaty Implementation Act เพื่อให้การปฏิบัติงานของหน่วยงาน และขั้นตอนเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ อย่างอนุสัญญากรุงปารีส และความตกลงกรุงนิช (Nice Agreement)<sup>160</sup> ในปี ค.ศ. 2002 สภาคองเกรสได้ผ่าน Madrid Protocol Implementation Act ซึ่งอนุมัติให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมระบบจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศ (the international trademark registration system) เพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น และในปี ค.ศ. 2006 สภาคองเกรสได้ผ่าน Trademark Dilution Revision Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายสำหรับให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง (Famous Marks) โดยเฉพาะ<sup>161</sup>

ทั้งนี้ เมื่อ Lanham Act 1946 เป็นพระราชบัญญัติที่สภาคองเกรสตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า “สหพันธรัฐบัญญัติ (Federal Law)” จึงถือเป็นกฎหมายกลางของประเทศและมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายภายใน (Domestic Law) ทั้งปวง ดังนั้น มลรัฐต่าง ๆ ไม่สามารถออกกฎหมายของมลรัฐภายในซึ่งถือเป็นกฎหมายลำดับรองในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับ Lanham Act 1946 ได้<sup>162</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>158</sup> "Los Santos, Llc V. Johnny D. Gabriel and Rosalie Gabriel," (Trademark Trial and Appeal Board, 2019).

<sup>159</sup> Cowan Liebowitz Latman, "Client Alert - Be Ready to Prove Intent to Use or Actual Use of a Trademark," (2017).

<sup>160</sup> Senate Executive Report, "Trademark Law Treaty with Regulations,"(U.S. Government Publishing Office, 1998).

<sup>161</sup> INTA (International Trademark Association), "Trademark Protection in the United States," [Online]. Available from:

[https://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Documents/LanhamAct\\_FactSheet.pdf](https://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Documents/LanhamAct_FactSheet.pdf)

<sup>162</sup> Lesley Daunt, "State Vs. Federal Law: Who Really Holds the Trump Card?," [Online]. Available from: [https://www.huffpost.com/entry/state-vs-federal-law-who-\\_b\\_4676579](https://www.huffpost.com/entry/state-vs-federal-law-who-_b_4676579)

### 3.2.1.1 นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”

บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Lanham Act 1946) ได้ให้นิยามคำว่า “เครื่องหมาย” และ “เครื่องหมายการค้า” ไว้ในมาตรา 45 (15 U.S. code 1127) ดังนี้ “เครื่องหมาย (Mark) โดยให้หมายความรวมถึง เครื่องหมายการค้า (Trademark) เครื่องหมายบริการ (Service mark) เครื่องหมายร่วม (Collective mark) หรือเครื่องหมายรับรอง (Certification mark) ”

ส่วน “เครื่องหมายการค้า (Trademark)” ให้หมายรวมถึง (Includes) คำ (Word) ชื่อ (Name) สัญลักษณ์ (Symbol) หรือเครื่องหมาย (Device) ใดๆ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกัน (Any Combination thereof) ซึ่งบุคคลได้ใช้โดยมีเจตนาสุจริต (Used by a person) ประสงค์จะนำไปใช้ (Intention to use) ในทางการค้าการพาณิชย์ (In commerce) และได้จดทะเบียนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อใช้ระบุ (Identify) และแยกแยะความแตกต่าง (Distinguish) ของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนออกจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น หรือที่มาจากแหล่งผลิตหรือจำหน่ายโดยบุคคลอื่น และเพื่อบ่งชี้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า (Indicate the source of the goods) แม้จะไม่รู้จักแหล่งกำเนิดนั้นก็ตาม

เมื่อพิจารณาจากนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” และ “เครื่องหมายการค้า” ตามที่ปรากฏใน Lanham Act แล้ว พบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ให้ลักษณะของการเป็นเครื่องหมายการค้าไว้ค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ เครื่องหมายที่อาจนำมาจดทะเบียนตามระบบจดทะเบียนกลางได้นั้น อาจเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะอย่างไรก็ได้ ใดๆ ก็ได้ โดยอาจเป็นคำ ชื่อ สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมาย ใดๆ ล้วนสามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้ทั้งสิ้น หากเครื่องหมายนั้นถูกใช้ในทางการค้าการพาณิชย์ เพื่อใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่แตกต่างกัน ดังนั้น การที่ผู้ประกอบการนำรสนชาติมาใช้กับสินค้าของตนเพื่อใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าของตนออกจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น รสนชาติย่อมถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่อาจจดทะเบียนได้ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

### 3.2.1.2 เจื่อนใจของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Lanham Act 1946) ได้กำหนดลักษณะของเครื่องหมายการค้าซึ่งสามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองต่อสำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (USPTO) ได้ไว้ในมาตรา 2 (15 U.S. code 1052) ว่า เครื่องหมายการค้าที่จะนำมายื่นคำขอจดทะเบียนได้ จะต้องมึลักษณะ ดังต่อไปนี้ มิฉะนั้น นายทะเบียนย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว

1) เครื่องหมายการค้าจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ (Inherently Distinctive) กำหนดว่า เครื่องหมายการค้าซึ่งยื่นขอจดทะเบียน ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหนึ่งออกจากสินค้าอื่นได้ ย่อมไม่อาจถูกปฏิเสธการรับจดทะเบียนได้

2) เครื่องหมายการค้าจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ตามมาตรา 2 (15 U.S. code 1052) ดังต่อไปนี้

2.1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (Immoral) หรือชี้แนะในทางที่ไม่ถูกต้อง (Deceptive) หรือเป็นที่เสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น ไม่ว่าจะบุคคลดังกล่าวจะยังมีชีวิตอยู่หรือไม่ก็ตาม หรือเป็นการดูหมิ่นสร้างความเสื่อมเสียต่อองค์กร ความเชื่อ หรือสัญลักษณ์ประจำชาติ

2.2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (A Geographical Indication)

2.3) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยหรือมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับธง (Flag) ตราอาร์ม (Coat of Arms)<sup>163</sup> หรือตราสัญลักษณ์อื่น ๆ (Insignia) ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือธง ตราอาร์มหรือตราสัญลักษณ์อื่น ๆ ของมลรัฐต่าง ๆ หรือธง ตราอาร์มหรือตราสัญลักษณ์อื่น ๆ ของประเทศอื่น

<sup>163</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยได้ให้นิยามของคำว่า “อาร์ม” ไว้ดังนี้ “อาร์ม [อาม] น. เครื่องหมายมักเป็นรูปโล่ที่ภายในผูกเป็นลวดลายใช้เป็นสัญลักษณ์ของวงศ์ตระกูล สถาบันต่าง ๆ เป็นต้น, เรียกเต็มว่า ตราอาร์ม.”

2.4) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นหรือประกอบด้วย ชื่อ รูปถ่าย ลายมือชื่อของบุคคลใด ๆ เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบุคคลดังกล่าว หรือประกอบด้วยชื่อ รูปถ่าย ลายมือชื่อของอดีตประธานาธิบดีแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาที่เสียชีวิตไปแล้ว เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สมรส (Widow) ของอดีตประธานาธิบดีคนดังกล่าว

2.5) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นหรือประกอบด้วย เครื่องหมายที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้ที่ได้รับความจดทะเบียนแล้วกับสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (USPTO) หรือเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายหรือชื่อทางการค้า (Trade Name) ของบุคคลอื่นที่ยังคงมีการใช้อยู่ ซึ่งเมื่อนำไปใช้กับสินค้าจำพวกที่ยื่นคำขอจดทะเบียนแล้วอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้

2.6) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยเครื่องหมายที่เมื่อนำไปใช้กับสินค้าจำพวกที่ยื่นคำขอจดทะเบียนแล้ว เป็นเพียงการบรรยายหรือพรรณนาเกี่ยวกับสินค้า (Descriptive) หรือเป็นเพียงการบรรยายหรือพรรณนาในแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า (Primarily Geographically Descriptive) หรือเป็นเพียงนามสกุล (Surname) หรือเป็นเครื่องหมายที่ประกอบด้วยสิ่งที่เป็นองค์ประกอบหน้าที่ (Functional) ของสินค้า

### 3.2.1.3 สิทธิในเครื่องหมายการค้า

สิทธิในเครื่องหมายการค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความจดทะเบียนปรากฏใน Lanham Act มาตรา 7 (15 U.S. Code § 1057.) ซึ่งกำหนดไว้ว่า เมื่อเครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนแล้วนั้น ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนย่อมได้รับหนังสือรับรองเครื่องหมายการค้า (Certificate of Registration of a Mark) เพื่อเป็นพยานหลักฐานในเบื้องต้น (Prima Facie Evidence) อันแสดงว่าผู้ที่ปรากฏชื่อในหนังสือรับรองเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว อันเป็นสิทธิเด็ดขาด (The Owner's Exclusive Right) ในการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้า (Use the Registered Mark In Commerce) กับสินค้าหรือบริการจำพวกที่ระบุไว้ในหนังสือรับรองเท่านั้น



นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังคุ้มครองและรับรองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ไว้ในมาตรา 32 (1) (15 U.S.C. § 1114) ดังนี้ ในกรณีที่มีบุคคลกระทำการใด ๆ ดังต่อไปนี้ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า (Without the Consent of the Registrant) บุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่อผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า

1) ใช้เครื่องหมายการค้าในการทางค้า (Use in Commerce) ในลักษณะที่เป็นการทำซ้ำ (Reproduction) ปลอมแปลง (Counterfeit) ลอกเลียน (Copy) หรือเลียนสี (Colorable Imitation) ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการขาย เสนอขาย จำหน่าย แจกจ่าย หรือการโฆษณาสินค้าหรือบริการใด ๆ ซึ่งเป็นการใช้ในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Cause Confusion) หรือเพื่อเป็นการลวง (Deceive) หรือ

2) ทำซ้ำ (Reproduction) ปลอมแปลง (Counterfeit) ลอกเลียน (Copy) หรือเลียนสี (Colorable Imitation) ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว และนำเครื่องหมายการค้าที่ทำซ้ำ ปลอมแปลง ลอกเลียน หรือเลียนสีไปใช้เป็นฉลาก สัญลักษณ์ ป้าย สิ่งพิมพ์ บรรจุภัณฑ์ หรือสื่อโฆษณาเพื่อใช้ในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ เป็นการใช้ในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด (Cause Confusion) หรือเพื่อเป็นการลวง (Deceive)

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าการใช้เครื่องหมายการค้าในทางการค้าในลักษณะใดที่เป็น การก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดนั้น ศาลจะพิจารณาว่ามีการก่อให้เกิดแนวโน้มของความสับสน (Likelihood of Confusion) หรือไม่ โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ 8 ประการ หรือที่เรียกว่า “Polaroid factors”<sup>164</sup> ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาในคดีระหว่าง Polaroid Corp. V. Polarad Electronics Corp.<sup>165</sup> ดังต่อไปนี้

1) ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าของโจทก์ หรือผู้ที่อ้างว่า เครื่องหมายการค้าของตนถูกละเมิด (Strength of the Mark) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาถึงระดับ

<sup>164</sup> Robert G. Bone, "Taking the Confusion out of "Likelihood of Confusion": Toward a More Sensible Approach to Trademark Infringement,"(United State of America 2012),p. 1332.

<sup>165</sup> "Polaroid Corp. V. Polarad Electronics Corp.," (United States Court of Appeals, Second Circuit, 1961).

ความบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าของโจทก์ หรืออาจกล่าวได้ว่า เมื่อระดับความบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าส่งผลต่อการรับรู้ของสาธารณชน ซึ่งเมื่อเครื่องหมายการค้าใดมีความบ่งเฉพาะมาก ผู้บริโภคย่อมรับรู้เกี่ยวกับสินค้าหรือแหล่งที่มาของสินค้าได้ง่าย และเมื่อมีบุคคลอื่นใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายยอมทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดได้มากขึ้นนั่นเอง<sup>166</sup> โดยศาลในสหรัฐอเมริกาได้แบ่งระดับชั้นของลักษณะบ่งเฉพาะออกเป็น 4 ระดับ<sup>167</sup> ดังนี้

1.1) เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะเป็นการพรรณนาหรืออธิบายถึงลักษณะของสินค้า (Arbitrary Marks) หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีคำแปลหรือไม่มีความหมาย (Fanciful Marks) ซึ่งถือเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง โดยเป็นเครื่องหมายประเภทที่ได้รับความคุ้มครองอย่างแข็งแกร่งที่สุดในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า<sup>168</sup>

ตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะเป็นการพรรณนาหรืออธิบายถึงลักษณะของสินค้า เช่น เครื่องหมายการค้า “Apple” สำหรับสินค้าคอมพิวเตอร์และโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือเครื่องหมายการค้า “Camel” สำหรับสินค้าบุหรี่ยี่สิบ<sup>169</sup>

ตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีคำแปลหรือไม่มีความหมาย เช่น เครื่องหมายการค้า “Kodak” สำหรับสินค้าเกี่ยวกับการถ่ายภาพ<sup>170</sup>

1.2) เครื่องหมายการค้าเชิงแนะนำ (Suggestive Marks) เป็นเครื่องหมายการค้าที่อาศัยการพรรณนาเกี่ยวกับลักษณะของสินค้าทางอ้อม โดยผู้บริโภคหรือสาธารณชนจะต้องพิจารณาและตีความอีกขั้นหนึ่งจึงจะทราบว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าใด

<sup>166</sup> Not Just Patents, "Likelihood of Confusion Factors," [Online]. Available from:

<https://likelytocausedconfusion.com/likelihoodofconfusionfactors.html>

<sup>167</sup> Molly S. Cusson, "Reverse Confusion: Modifying the Polaroid Factors to Achieve Consistent Results," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 6(1995).

<sup>168</sup> ปวีณา เอี่ยมศิริกุลมิตร, "ปัญหาเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการประสมคำที่เป็นไปตามปกติ (Unusual Combination)," (2550). หน้า. 102-103.

<sup>169</sup> INTA (International Trademark Association), "Fact Sheets introduction to Trademarks : Trademark Strength," [Online]. Available from:

<https://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/TrademarkStrengthFactSheet.aspx>

<sup>170</sup> "Fanciful Marks," [Online]. Available from: <https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/fanciful-marks/>

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า “AIRBUS” สำหรับบริการโดยสารเครื่องบิน หรือเครื่องหมายการค้า “NETFLIX” สำหรับบริการชมภาพยนตร์ผ่านอินเทอร์เน็ต<sup>171</sup>

1.3) เครื่องหมายการค้าเชิงพรรณนา (Descriptive Marks) เป็นเครื่องหมายการค้าที่อาศัยการพรรณนาเกี่ยวกับตัวสินค้าโดยตรง อาจบรรยายเป็นตัวอักษรหรือภาพก็ได้ หรือเป็นการอธิบายถึงแหล่งที่มา หรือชื่อสกุล โดยนำมาใช้จนได้ความหมายที่สอง (Secondary Meaning) จึงจะถือว่ามึลักษณะบ่งเฉพาะได้

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้าคำว่า “Suntan Oil” สำหรับสินค้าจำพวกน้ำมันทาผิว ซึ่งเป็นการอธิบายลักษณะของตัวสินค้าโดยตรง<sup>172</sup> หรือเครื่องหมายการค้าคำว่า “Sharp” สำหรับสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าที่ถูกนำมาใช้กับโทรทัศน์จนเกิดเป็นความหมายที่สอง กล่าวคือ คำว่า “Sharp” หมายถึง คม ชัด ซึ่งถือว่ามึลักษณะเป็นการอธิบายลักษณะภาพซึ่งเป็นผลลัพธ์จากการใช้งานก็ตาม แต่เมื่อนำมาใช้จนสาธารณชนรับรู้ว่าเป็นสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นสินค้าโทรทัศน์ ดังนั้น คำว่า “Sharp” จึงมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้แล้ว<sup>173</sup>

1.4) เครื่องหมายการค้าที่เป็นคำสามัญ (Generic Marks) ซึ่งเป็นชื่อสำหรับเรียกตัวสินค้านั้นเองโดยตรงจึงไม่สามารถใช้กับสินค้าจำพวกดังกล่าวได้ ดังนั้น ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะไม่ว่าจะใช้นานเพียงใดก็ตาม และไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้

ตัวอย่างเช่น คำว่า “ซีเรียล (Cereal)” ซึ่งแปลว่าธัญพืช ซึ่งถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของอาหารเช้า ดังนั้น ผู้ผลิตอาหารเช้าทุกรายย่อมสามารถใช้คำว่า “ซีเรียล” เพื่อกล่าวถึงผลิตภัณฑ์ของตนได้<sup>174</sup>

<sup>171</sup> INTA (International Trademark Association), "Fact Sheets introduction to Trademarks : Trademark Strength."

<sup>172</sup> "Descriptive Marks," [Online]. Available from: <https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/descriptive-marks/>

<sup>173</sup> "Strength of Marks," [Online]. Available from: <https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/>

<sup>174</sup> "Generic Terms," [Online]. Available from: <https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/generic-terms/>

2) พยานหลักฐานเกี่ยวกับความสับสนหลงผิดที่เกิดขึ้นจริง (Evidence of Actual Confusion) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานของโจทก์ที่อ้างว่าเครื่องหมายการค้าของจำเลยก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดของผู้บริโภค เช่น ประวัติการใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์และจำเลย ผลการสำรวจของผู้บริโภคในท้องตลาด<sup>175</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพยานหลักฐานของโจทก์สามารถแสดงได้ว่า แม้ผู้บริโภคได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว แต่เครื่องหมายการค้าของจำเลยยังอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้<sup>176</sup>

3) คุณภาพของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้า (The Quality of Defendant's Products or Services) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาเปรียบเทียบคุณภาพของสินค้าหรือบริการของโจทก์และจำเลย โดยหากสินค้าของจำเลยมีคุณภาพต่ำ การที่จำเลยใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับของโจทก์กับสินค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับโจทก์ที่วางขายในท้องตลาด นอกจากจะทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดแล้ว ยังเป็นการทำให้โจทก์เสียชื่อเสียงอีกด้วย<sup>177</sup>

4) ระดับความรู้ความเข้าใจของผู้บริโภค (Sophistication of the Buyers) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาเกี่ยวกับระดับความรู้ความเข้าใจของผู้บริโภคเกี่ยวกับสินค้านั้น โดยมองว่าหากผู้บริโภคมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสินค้านั้นมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าที่มีราคาแพงหรือมีความเฉพาะทาง ผู้บริโภคก็จะยิ่งมีความระมัดระวังในการเลือกซื้อค่อนข้างมาก และการใช้เครื่องหมายการค้าของจำเลยย่อมก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้ยากขึ้น<sup>178</sup>

5) เจตนาในการเลือกใช้เครื่องหมายการค้า (The Reciprocal of Defendant's Good Faith in Adopting its Own Mark) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาเจตนาของจำเลยในการเลือกใช้เครื่องหมายการค้าว่ามีเจตนาจะใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่ก่อให้เกิด

<sup>175</sup> Edwin S. Clark, "Finding Likelihood of Confusion with Actual Confusion: A Critical Analysis of the Federal Courts' Approach," *Golden Gate University Law Review* Vol. 22(January 1992).p. 398.

<sup>176</sup> Richard Stim, "Likelihood of Confusion: How Do You Determine If a Trademark Is Infringing?," [Online]. Available from: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/likelihood-confusion-how-do-you-determine-trademark-infringing.html>

<sup>177</sup> Robert G. Bone, "Taking the Confusion out of "Likelihood of Confusion": Toward a More Sensible Approach to Trademark Infringement."p. 1341.

<sup>178</sup> "Likelihood of Confusion Factors: Everything You Need to Know," [Online]. Available from: <https://www.upcounsel.com/likelihood-of-confusion-factors>

ความสับสนหลงผิด หรือเพื่อหลอกลวงผู้บริโภคและสาธารณชนหรือไม่ หรือเป็นการที่จำเลยยังคงใช้เครื่องหมายการค้านั้นต่อไปแม้จะถูกเตือนจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้วก็ตาม<sup>179</sup>

6) ความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าของคู่กรณี (Similarity of the Marks) โดยศาลจะพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าจากการเรียกขาน (Pronunciation) รูปร่างลักษณะ (Appearance) และความหมาย (Verbal Translation) ประกอบกัน<sup>180</sup>

7) ความใกล้เคียงของสินค้าหรือบริการ (Proximity of the Products or Services) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาว่าการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้นั้นจะต้องเป็นการใช้กับสินค้าหรือบริการที่เหมือนหรือคล้ายกัน

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า “Lexus” ของสินค้าจำพวกรถยนต์ ย่อมไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดกับเครื่องหมายการค้า “Lexis” ของการให้บริการฐานข้อมูล แม้คำดังกล่าวจะมีการสะกดและการเรียกขานที่คล้ายกัน แต่เครื่องหมายการค้าทั้งสองถูกนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการที่ไม่เหมือนหรือคล้ายกันเลย<sup>181</sup>

8) ความเป็นไปได้ในการขยายตลาดสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิด (The Likelihood that the Prior Owner will Bridge the Gap) กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาความเป็นไปได้ที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิดจะผลิตสินค้าที่ไม่ใช่สินค้าจำพวกที่เหมือนหรือคล้ายกับสินค้าของผู้ละเมิดเข้าสู่ตลาด หรือกล่าวในอีกนัยหนึ่งว่า หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิดนั้นมีโอกาสที่จะผลิตสินค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับสินค้าของผู้ละเมิด ย่อมอาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้นั้นเอง<sup>182</sup>

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียงหลักเกณฑ์เบื้องต้นเท่านั้น โดยในการพิจารณาของศาล ศาลจะพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป อย่างไรก็ตามกรณีศาลอาจ

<sup>179</sup> Richard Stim, "Likelihood of Confusion: How Do You Determine If a Trademark Is Infringing?"

<sup>180</sup> "Likelihood of Confusion Factors: Everything You Need to Know." "Likelihood of Confusion Factors: Everything You Need to Know."

<sup>181</sup> Richard Stim, "Likelihood of Confusion: How Do You Determine If a Trademark Is Infringing?"

<sup>182</sup> Robert G. Bone, "Taking the Confusion out of “Likelihood of Confusion”: Toward a More Sensible Approach to Trademark Infringement." p. 1340.

ใช้ช่องทางในทางการตลาด (Marketing Channels Used) เช่น ช่องทางการขายหรือการโฆษณา มาพิจารณาประกอบด้วย

### 3.2.1.4 ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Lanham Act) มาตรา 8 (15 U.S. code 1058) และมาตรา 9 (15 U.S. code 1059) ได้กำหนดระยะเวลาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองไว้ว่า เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วจะได้รับความคุ้มครองเป็นระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันที่เครื่องหมายการค้านั้นเข้าสู่ระบบจดทะเบียน และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอต่ออายุความคุ้มครองได้อีกคราวละ 10 ปี โดยจะต้องดำเนินการต่ออายุภายใน 1 ปีก่อนครบระยะเวลาคุ้มครอง 10 ปี หรือภายในระยะเวลาผ่อนผัน 6 เดือนนับแต่สิ้นสุดระยะเวลา 10 ปี

### 3.2.1.5 แนวทางการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เมื่อสืบค้นระบบฐานข้อมูลเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Trademark Electronic Search System) พบว่ามีผู้ผลิตและผู้ประกอบการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติจำนวนทั้งสิ้น 3 ราย เป็นจำนวน 9 คำขอ

#### 1) คำขอเลขที่ 76467774 และ 76468364

เครื่องหมายการค้ารสชาติส้ม (Orange flavor) ของบริษัท N.V. Organon สำหรับสินค้าจำพวกยาเม็ด (Tablet) ซึ่งบริษัทได้ยื่นคำขอจดทะเบียนเมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 2002 แต่นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าปฏิเสธการรับจดทะเบียน อย่างไรก็ตาม บริษัทได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งนายทะเบียนต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า (Trademark Trial and Appeal Board หรือ TTAB) ซึ่งคดีดังกล่าวมีรายละเอียด ดังนี้

### คดี In re N.V. Organon

บริษัท N.V. Organon ซึ่งเป็นบริษัทผลิตยาได้ยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติส้ม (Orange Flavor) เป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวกยาเม็ด (Tablet) ต่อสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (USPTO) แต่นายทะเบียนได้มีคำสั่งปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนรสชาติดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าโดยให้เหตุผลว่ารสชาติส้มดังกล่าวไม่อาจระบุ (Identify) หรือแยกแยะ (Distinguish) สินค้าจำพวกที่ปรากฏตามคำขอของผู้เป็นเจ้าของออกจากสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่นได้ เนื่องจากรสชาติส้มเป็นรสชาติมาตรฐาน (Standard Feature) สำหรับสินค้าจำพวกยาประเภทที่ต้องอาศัยการบริโภค (Orally-Administered Pharmaceutical Products) รสชาติส้มจึงไม่อาจทำหน้าที่ในการระบุแหล่งที่มาซึ่งถือเป็นหน้าที่หนึ่งของเครื่องหมายการค้าได้ นอกจากนี้ การที่บริษัทใช้รสชาติส้มโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์ (Unpleasant Taste) ของยาเพื่อทำให้ผู้บริโภคสามารถรับประทานยาได้ง่ายขึ้น ทำให้รสชาติส้มถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า (Functional)<sup>183</sup> ดังนั้น บริษัท N.V. Organon จึงได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่รับจดทะเบียนดังกล่าวต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า (TTAB)

ทั้งนี้ คณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้ามีความเห็นและข้อสังเกตเกี่ยวกับการนำรสชาติส้มมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้

(1) เนื่องจาก Lanham Act มาตรา 45 (15 U.S. code 1127) ซึ่งกำหนดบทนิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า (Trademark)” ไว้ว่า “เครื่องหมายการค้า ให้หมายรวมถึง คำ ชื่อ สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายอย่างใด ๆ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกัน ซึ่งบุคคลได้ใช้โดยมีเจตนาสุจริตประสงค์จะนำไปใช้ในทางการค้าพาณิชย์...” จึงถือเป็นการกำหนดนิยามของสิ่งที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ซึ่งย่อมหมายความรวมถึงเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ (Untraditional Marks) ด้วย และเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติยกเว้นรสชาติ (Taste หรือ Flavor) ในการเป็นเครื่องหมายการค้าไว้แต่อย่างใด ดังนั้น รสชาติย่อมสามารถ

<sup>183</sup> "In Re N.V. Organon, 76467774 (Ttab 12-7-2005)."

นำมายื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเพื่อให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองภายใต้ Lanham Act ได้<sup>184</sup>

(2) สินค้าจำพวกที่บริษัท N.V. Organon ยื่นคำขอจดทะเบียนนั้นเป็นสินค้าจำพวกยา ซึ่งเป็นสินค้าที่มีรสชาติอันไม่พึงประสงค์ (Unpleasant Taste) บริษัทยาจึงมักนำรสชาติผลไม้ชนิดต่าง ๆ มาแต่งรสชาติเพื่อให้ง่ายต่อการรับประทานของผู้ป่วย โดยเฉพาะรสชาติสัมผัสที่ถือว่าได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ดังนั้น การรับจดทะเบียนรสชาติสัมผัสเป็นเครื่องหมายการค้าอันทำให้บริษัทยารายใดรายหนึ่งได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรสชาติดังกล่าวย่อม ถือเป็น การผูกขาด (Monopoly) อันทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นเสียเปรียบในการแข่งขัน เพราะจะต้องไปเสี่ยงไปเลือกใช้รสชาติอื่นกับสินค้าของตนแทน<sup>185</sup>

(3) รสชาติสัมผัสที่นำมาใช้กับสินค้าจำพวกยานั้น ถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า (Functional) ของสินค้าจำพวกยาอยู่แล้ว โดยทำหน้าที่ในการกลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์ (Unpleasant Taste) ของยานั้นเอง และเมื่อผู้บริโภคหรือสาธารณชนรับประทานยา่อมรับรู้ว่ารสชาติสัมผัสเป็นส่วนหนึ่งของยาและมีไว้เพื่อกลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์ด้วย ดังนั้น รสชาติดังกล่าวย่อมไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะอันเป็นเงื่อนไขอันพึงได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้<sup>186</sup>

(4) เมื่อรสชาติสัมผัสไม่สามารถทำหน้าที่ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนใช้ในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าได้ ซึ่งเป็นหน้าที่ประการสำคัญของการเป็นเครื่องหมายการค้า เนื่องจากผู้บริโภคจะสามารถรับรู้รสชาติสัมผัสของยาได้ก็ต่อเมื่อได้ตัดสินใจและเลือกซื้อสินค้ายาดังกล่าวไปแล้วเท่านั้น<sup>187</sup> กล่าวคือ ในขณะที่เลือกซื้อสินค้านั้น ผู้บริโภคไม่มีโอกาสได้รับรู้และไม่ได้อาศัยรสชาติสัมผัสในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าเพื่อ

<sup>184</sup> Willajaenne F. McLean, "The Global Challenge of Intellectual Property Rights : Protecting Unconventional Trademarks in Europe Union and United State,"(2008).p. 187.

<sup>185</sup> Thomas A. Gallagher, "Nontraditional Trademarks: Taste/Flavor," The Trademark Reporter : The Law Journal of the International Trademark Association.p. 808.

<sup>186</sup> Willajaenne F. McLean, "The Global Challenge of Intellectual Property Rights : Protecting Unconventional Trademarks in Europe Union and United State."pp. 187-188.

<sup>187</sup> Arul George Scaria and Kavya Susan Mammen, "The Protection of Non-Traditional Trademarks : Non-Traditional Trademark in the Pharmaceutical Sector,"(Oxford University Press, 2018).p. 279.



ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าตัวเอง โดยผู้บริโภคจะรับรู้รสชาติดังกล่าวได้เมื่อได้ซื้อสินค้านั้นไปแล้วเท่านั้น<sup>188</sup>

ดังนั้น คณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าจึงเห็นว่า รสชาติส้ม (An Orange Flavor) ในสินค้าจำพวดยาไม่ได้ทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้า (Act as a Mark) และมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติส้มของบริษัท N.V. Organon นั้นเอง

**2) คำขอเลขที่ 77317330, 77317334, 77317336, 77317338, 77317340 และ 77317342**

เครื่องหมายการค้ารสชาติซึ่งประกอบด้วยส่วนผสมของลาเวนเดอร์ มินต์ ตะไคร้ และใบไทม์ (The Flavor Combination of Lavender, Mint, Lemon Grass, and Thyme) ของบริษัท Herbal Water, Inc. สำหรับสินค้าจำพวกเครื่องดื่มไม่มีแอลกอฮอล์ (Non-Alcoholic Flavored Beverages) ซึ่งบริษัทได้ยื่นคำขอจดทะเบียนเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 2007 แต่นายทะเบียนมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม บริษัทไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธดังกล่าวต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด ดังนั้น คำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติดังกล่าวจึงเป็นอันสิ้นผลไป (Dead) เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม ค.ศ. 2008

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

**3) คำขอเลขที่ 85007428**

เครื่องหมายการค้ารสชาติเปปเปอร์มินต์ (Peppermint Flavor) ของบริษัท Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG สำหรับสินค้าจำพวทยาพ่นลดอาการเจ็บคอ (Nitroglycerin Spray) ซึ่งบริษัทยื่นคำขอจดทะเบียนเมื่อวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 2010 แต่นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าปฏิเสธการรับจดทะเบียน อย่างไรก็ตาม บริษัทได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า โดยมีรายละเอียด ดังนี้

<sup>188</sup> "Taste Mark Refused Trade Mark Registration," [Online]. Available from: <http://ipkitten.blogspot.com/2003/09/taste-mark-refused-trade-mark.html>

### คดี In re Pohl-Boskamp GmbH & Co.

บริษัท Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติ เปปเปอร์มินต์ และกลิ่นเปปเปอร์มินต์ (Peppermint Flavor and Scent) เป็นเครื่องหมายการค้า สำหรับสินค้าจำพวกยาพ่นลดอาการเจ็บคอ (Nitroglycerin Spray) ซึ่งถูกนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนโดยให้เหตุผลว่ารสชาติเปปเปอร์มินต์ถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ ประการสำคัญของสินค้า (Functional Matter) ดังนั้น บริษัทจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่รับจดทะเบียน ดังกล่าวต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า

คณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้ามีความเห็นเกี่ยวกับเกี่ยวกับการ นำรสชาติเปปเปอร์มินต์มาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ได้บัญญัติว่ารสชาติ หรือกลิ่นนั้นไม่สามารถทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้าได้ โดยเมื่อพิจารณาจากบทนิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า (Trademark)” ใน Lanham Act แล้วพบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนด สิ่งที่อาจเป็นเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าอาจเป็นสิ่งใดก็ได้ที่ถูกใช้เพื่อทำหน้าที่ในการ แยกแยะสินค้าจากผู้ผลิตรายหนึ่งออกจากผู้ผลิตรายอื่น นอกจากนี้คณะกรรมการอุทธรณ์ยังอ้างคำ พิพากษาศาลฎีกาในคดี Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.,<sup>189</sup> ซึ่งระบุว่า มนุษย์อาจใช้ทุก สิ่งในฐานะ “สัญลักษณ์ (Symbol)” หรือ “เครื่องหมาย (Device)” ได้ทั้งสิ้น โดยทั้งสองคำนี้ไม่อาจ ถูกใช้ในลักษณะที่เป็นการจำกัด (Non-Restrictive) ได้ ดังนั้น รสชาติย่อมอาจทำหน้าที่เป็น เครื่องหมายการค้าได้นั้นเอง<sup>190</sup>

(2) แม้บริษัทจะอ้างว่าไนโตรกลีซินเซอริน (Nitroglycerin) ซึ่งเป็นตัวยาลหลักของสินค้าจำพวกยาพ่นเป็นสารที่ไม่มีรสชาติ (Tasteless) และไม่มีกลิ่น (Odorless) จึงไม่อาจ ถือว่ารสชาติเปปเปอร์มินต์นั้นถูกใช้ในการทำหน้าที่กลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์ (An Unpleasant Taste) ของยาพ่นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม โดยปกติแล้ว ยาพ่นมักมีน้ำมันเปปเปอร์มินต์เป็นส่วนผสม ในการผลิตตัวยา (Inactive Ingredient) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตัวยามีประสิทธิภาพดีขึ้นและ

<sup>189</sup> "Qualitex Co. V. Jacobson Products Co., Inc.," (United States Court of Appeals, 3 January 1994).

<sup>190</sup> Trademark Trial and Appeal Board, "The Opinion in in Re Pohl-Boskamp GmbH & Co. Kg ", ed. UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE.

ลดผลข้างเคียงจากการใช้ยา ดังนั้น รสชาติเปปเปอร์มินต์จึงถือองค์ประกอบหน้าที่ (Functionality) ของสินค้าจำพวดยาพ่นนั้นเอง<sup>191</sup>

(3) รสชาติเปปเปอร์มินต์ถือว่าล้มเหลวในการทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้า (Failure to Function as a Mark) เนื่องจากรสชาติดังกล่าวถือเป็นลักษณะส่วนหนึ่งของสินค้า (As a Characteristic of the Goods) จึงไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง และแม้บริษัทจะอ้างว่ามีการใช้รสชาติดังกล่าวมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 แต่บริษัทก็ยอมรับว่าผู้ผลิตในอุตสาหกรรมยาจำนวนมากมีการใช้รสชาติดังกล่าวกับสินค้าจำพวดยาพ่นเช่นเดียวกัน และเมื่อพิจารณาจากพยานหลักฐานที่บริษัทนำมาแสดงแล้ว พบว่า บริษัทไม่ได้โฆษณารสชาติดังกล่าวในฐานะเครื่องหมายการค้าของสินค้าอีกด้วย ดังนั้น รสชาติดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ (Secondary Meaning) ด้วยเช่นเดียวกัน<sup>192</sup>

ดังนั้น คณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าจึงเห็นว่า รสชาติและกลิ่นเปปเปอร์มินต์ (Peppermint Flavor and Scent) ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะซึ่งเป็นเงื่อนไขของเครื่องหมายการค้าอันพึงได้รับการจดทะเบียนได้

นอกจากนี้ จากการสืบค้นเพิ่มเติมพบว่า มีคำพิพากษาที่ได้มีการวินิจฉัยเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ารสชาติดังกล่าว โดยพบในคดี N.Y. Pizzeria, Inc. v. Syal ซึ่งเป็นคำตัดสินของศาลประจำมลรัฐ Texas และมีรายละเอียด ดังนี้

**คดี New York Pizzeria, Inc V. Ravinder Syal, et al.**

บริษัท New York Pizzeria, Inc ซึ่งประกอบกิจการร้านอาหารอิตาลีทำการฟ้องร้องอดีตผู้บริหารของบริษัทจากการผิดข้อตกลงในการรักษาความลับทางการค้าตามสัญญาเลิกจ้าง เนื่องจากอดีตผู้บริหารของบริษัทได้เปิดร้านอาหารอิตาลีชื่อว่า Gina's Italian Kitchen มา

<sup>191</sup> John L. Welch, "Precedential No. 7: Ttab Affirms Refusal to Register Peppermint Flavor and Scent for Nitroglycerin Spray," [Online]. Available from:

<http://thettablog.blogspot.com/2013/03/precedential-no-7-ttab-affirms-refusal.html>

<sup>192</sup> Board, T. T. a. A., "The Opinion in in Re Pohl-Boskamp GmbH & Co. Kg ".

แข่งขันกับร้าน New York Pizzeria โดยอาศัยสูตรอาหาร ข้อมูลความลับภายใน รวมถึงคู่มือของ บริษัทนั่นเอง ทั้งนี้ หนึ่งในประเด็นข้อพิพาทในคดี คือ ประเด็นที่บริษัท New York Pizzeria, Inc กล่าวอ้างว่าจำเลยทำซ้ำรสชาติของอาหารอิตาลี (Flavor of Italian Food) ซึ่งถือเป็นการละเมิด เครื่องหมายการค้ารสชาติของบริษัท<sup>193</sup>

ศาลประจำมลรัฐ Texas พิจารณาแล้ว มีความเห็นดังต่อไปนี้

(1) ตามที่บริษัทอ้างว่ารสชาติของอาหารอิตาลีเกิดจากส่วนผสมที่มี ลักษณะเฉพาะ (Specially Sourced Branded Ingredients) ประกอบด้วยนวัตกรรมและเทคนิคในการจัดเตรียมอาหารและการเก็บรักษาอาหารเป็นพิเศษของบริษัท จึงทำให้รสชาติอาหารอิตาลีของบริษัทมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งเมื่อผู้บริโภครับรู้ถึงรสชาติดังกล่าวย่อมทราบได้ในทันทีว่าเป็นสินค้าของบริษัท New York Pizzeria, Inc นั้น<sup>194</sup> ศาลประจำมลรัฐ Texas พิจารณาแล้ว เห็นว่า รสชาติของอาหารอิตาลีเป็นสิ่งที่เกิดจากกระบวนการประกอบอาหาร อย่าง การอบพิซซา หรือการผัดพาสต้า จึง ย่อมถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า (Functional) จำพวกอาหารอิตาลี จึงถือว่าเป็น เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ<sup>195</sup>

(2) รสชาติไม่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherently Distinctive) ได้ เนื่องจากผู้บริโภคไม่สามารถรับรู้จากรสชาติได้ในทันที และใช้รสชาติแยกแยะได้ว่าสินค้านั้นมี แหล่งกำเนิดจากที่ใด (“Automatically” Suggest a Product's Source) เพื่อตัดสินใจในการเลือก ซื้อสินค้า แต่ผู้บริโภคจะสามารถรับรู้รสชาติก็ต่อเมื่อได้เลือกซื้อสินค้าแล้วเท่านั้น ดังนั้น รสชาติจึงอาจ เกิดลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ (Secondary Meaning) เท่านั้น<sup>196</sup>

ดังนั้น รสชาติของอาหารอิตาลี (Flavor of Italian Food) จึงไม่ได้มีลักษณะ บ่งเฉพาะและไม่อาจทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้าได้นั่นเอง

<sup>193</sup> "New York Pizzeria, Inc., V. Ravinder Syal, Et AL,," (United States District Court for the Southern District of Texas, 2014).

<sup>194</sup> "Memorandum and Order of New York Pizzeria, Inc., Vs. Ravinder Syal, Et AL, ," (2014).p. 10.

<sup>195</sup> Adam L. Brookman, "Trademark Law : Protection, Enforcement and Licensing."p. 4-15.

<sup>196</sup> "Memorandum and Order of New York Pizzeria, Inc., Vs. Ravinder Syal, Et AL, ."p. 12.

ทั้งนี้ การเป็นองค์ประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของสินค้า (Functionality) อาจเกิดขึ้นได้ 3 ช่องทาง อันได้แก่ (1) องค์ประกอบของสินค้าซึ่งมีหน้าที่ในการใช้สอยประโยชน์ (Utilitarian) (2) องค์ประกอบของสินค้าซึ่งมีหน้าที่เป็นลักษณะในการตกแต่ง (Aesthetic) หรือ (3) องค์ประกอบของสินค้าซึ่งมีหน้าที่ในทางสื่อสาร (Communicative)<sup>197</sup> แต่อย่างไรก็ตาม โดยปกติแล้ว มีผู้ให้ความเห็นว่า ศาลอาจแบ่งการเป็นองค์ประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของสินค้าออกเป็น 2 ประเภทเท่านั้น กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบของสินค้าที่ทำหน้าที่ในการใช้สอยประโยชน์และทำหน้าที่เป็นลักษณะในการตกแต่งเท่านั้น<sup>198</sup> โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. องค์ประกอบของสินค้าซึ่งมีหน้าที่ในการใช้สอยประโยชน์ (Utilitarian Functionality) หมายถึง เมื่อองค์ประกอบนั้นจำเป็นต่อการใช้งาน หรือวัตถุประสงค์ของสินค้า<sup>199</sup> โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 หลักการ ดังนี้

1.1 ส่วนประกอบของสินค้าที่มีผลต่อตัวสินค้า ซึ่งเป็นหลักที่เกิดจากคดี *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.* 456 U.S. 844 (1982)<sup>200</sup> ซึ่งศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า การเป็นส่วนประกอบที่มีผลต่อสินค้า คือ การที่องค์ประกอบของสินค้ามีลักษณะที่จำเป็นต่อการใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ของสินค้า (Essential to Use) หรือเป็นความมุ่งหมายของสินค้า (Purpose of the Article) หรือเป็นลักษณะที่มีผลต่อราคาหรือคุณภาพของสินค้า (Affects the cost or quality of the article) กล่าวคือ หากสิ่งนั้นมีลักษณะเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กล่าวมา ย่อมถือว่าสิ่งนั้นเป็นองค์ประกอบที่มีลักษณะจำเป็นต่อการใช้สอยสินค้าซึ่งไม่อาจได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าได้

1.2 ส่วนประกอบของสินค้าที่มีผลต่อการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นหลักที่เกิดจากคดี *In re Morton-Norwich Products Inc.*, 671 F.2d 1332 (CC 1982) ซึ่งเป็นคดีที่มีการวางหลักเกณฑ์และอธิบายเกี่ยวกับการเป็นองค์ประกอบหนึ่งของสินค้าไว้ว่า การที่แบบซึ่งเป็น

<sup>197</sup> Kristen E. Knauf, "Shades of Gray: The Functionality Doctrine and Why Trademark Protection Should Not Be Extended to University Color Schemes," *Marquette Sports Law Review*, 1.p. 364.

<sup>198</sup> มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, "การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress)" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 41.

<sup>199</sup> "Traffix Devices, Inc V. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001)," (March 2001).

<sup>200</sup> "Inwood Laboratories V. Ives Laboratories, 456 U.S. 844 (1982)," (U.S. Supreme Court, 1982).

องค์ประกอบของสินค้ามีลักษณะการใช้สอยหรือไม่ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการที่คุณลักษณะอรรถประโยชน์เท่านั้น แต่ขึ้นอยู่กับระดับของการมีความเป็นอรรถประโยชน์ของแบบนั้นด้วย<sup>201</sup> โดยได้แบ่งการมีลักษณะใช้สอยขององค์ประกอบของสินค้าไว้ 4 ลักษณะ (The Four Factor)<sup>202</sup> ดังต่อไปนี้ (1) ในกรณีส่วนประกอบของสินค้าซึ่งได้รับสิทธิบัตรความคุ้มครอง ซึ่งสิทธิบัตรดังกล่าวมีการเปิดเผยข้อได้เปรียบด้านการใช้สอยของส่วนประกอบของสินค้า ย่อมเป็นหลักฐานแสดงถึงการมีคุณลักษณะด้านการใช้สอยในสินค้านั้น เว้นแต่สิทธิบัตรเปิดเผยเกี่ยวกับส่วนประกอบสินค้าเป็นบางส่วนเท่านั้น ย่อมไม่อาจถือว่าเพียงพอที่จะถือว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งของสินค้าได้<sup>203</sup> (2) เมื่อมีการโฆษณาแก่ผู้บริโภคและสาธารณชนโดยผู้สร้างสรรค์ในลักษณะที่เป็นการอ้างอิงในด้านที่ดีหรือเป็นประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้สอยส่วนประกอบของสินค้าดังกล่าว (3) ความพร้อมของผู้แข่งขันในตลาดในการหาและใช้ส่วนประกอบของสินค้านั้น (4) ปรากฏในข้อเท็จจริงว่า ส่วนประกอบของสินค้าเกิดจากการะบวนการผลิตที่ง่าย ไม่ซับซ้อน หรือมีค่าใช้จ่ายต่ำ<sup>204</sup> กล่าวคือ ทั้ง 4 ลักษณะถือเป็นลักษณะการใช้สอยประเภทที่ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นที่ทำให้สินค้ามีคุณค่าและประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงจำเป็นต่อการแข่งขันทางการค้าของสินค้าจำพวกดังกล่าว จึงไม่ควรมิบุคคลใดได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว<sup>205</sup>

2. องค์ประกอบของสินค้าซึ่งมีหน้าที่เป็นลักษณะในการตกแต่ง (Aesthetic Functionality) คือ การเป็นคุณลักษณะที่เป็นประโยชน์ด้านการตกแต่งสินค้า (Decorative Features) เพื่อให้สินค้านั้นมีรูปร่างภายนอกที่ดีขึ้น (Improve The Appearance) เพื่อการจำหน่าย

<sup>201</sup> "In Re Morton-Norwich Products, Inc. 671 F.2d 1332 (C.C.P.A. 1982)," (United States Court of Customs and Patent Appeals, 1982).

<sup>202</sup> Jr. Michael D. Hobbs, "Orange Flavor Is No Trademark : Trademark Trial and Appeal Board Finds It Functional; Mark for Taste Has yet to Be Registered.,"(The National Law Journal, 2007).

<sup>203</sup> มธุรส เจริญจันทร์โสภณ, "การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress)."หน้า 179-180.

<sup>204</sup> Jeffery Handelman, "Guide to Ttab Practice,"(Wolters Kluwer in New York, 2007).p. 7-28,

<sup>205</sup> ชุติมดี กอจิตตวนิจ, "การให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมบริการอาหารภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย" (ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2556).หน้า 89.

สินค้า<sup>206</sup> โดยเป็นหลักการที่ปรากฏในคดี *Pagliario v. Wallace China Co.*, 198 F. 2d 339, (9<sup>th</sup> Cir. 1952)<sup>207</sup> โดยศาลได้มีความเห็นว่าเกี่ยวกับการเป็นองค์ประกอบของสินค้าไว้อย่างกว้างว่า แบบที่มีการตกแต่งโดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการใช้สอย (Functionality) และเป็นส่วนประกอบสำคัญ (Important Ingredient) ในการทำให้สินค้านั้นประสบความสำเร็จในทางการค้า (in the commercial success of the product)<sup>208</sup> ถ้าวางองค์ประกอบดังกล่าวทำหน้าที่เป็นในการตกแต่งสินค้านั้นไม่อาจได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายการค้าได้ อย่างไรก็ตาม ต่อมา หลักการนี้ไม่ได้รับการยอมรับและไม่ถูกนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีมากขึ้น และแม้ถูกนำไปใช้ก็เป็นการใช้อย่างจำกัด เนื่องจากการจำกัดความทำให้ศาลจะต้องปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองทุกลักษณะที่ผู้บริโภคตัดสินใจเลือกซื้อเพราะความพอใจด้านสุนทรียภาพ (Aesthetically Pleasing)<sup>209</sup>

ตัวอย่างเช่น ศาลในคดี *Vuitton et Fils S.A. v. J. Young Enterprises, Inc.* 644 F.2d 769 (9th Cir. 1981)<sup>210</sup> ซึ่งได้ให้เหตุผลว่า หากพิจารณาตามหลักการในคดี *Pagliario* ลายสัญลักษณ์ (Insignia) ของ Louis Vuitton ซึ่งเป็นลายบนกระเป๋าถือนั้นย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองและไม่ว่าผู้ใดก็อาจทำซ้ำได้ เนื่องจากเป็นลายสัญลักษณ์ดังกล่าวถือเป็นการตกแต่งซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการทำให้สินค้าประสบความสำเร็จ และได้วางหลักเกี่ยวกับ Aesthetic Functionality ไว้ว่า เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าก็เพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความแน่ใจและสามารถระบุแหล่งที่มาของสินค้าเพื่อใช้ในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้า และแม้สัญลักษณ์ถูก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>206</sup> Richard J. Berman, "Color Me Bad: A New Solution to the Debate Color Trademark Registration," (George Washington Law Review, 1994).p. 118.

<sup>207</sup> "Pagliario V. Wallace China Co., 198 F. 2d 339, 95 U.S.P.Q. 45," (United States Court of Appeals Ninth Circuit., 1952).

<sup>208</sup> Justin Hughes, "Non-Traditional Trademarks and the Dilemma of Aesthetic Functionality," ใน *The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives* (2018).p. 110.

<sup>209</sup> มจรุส เจริญจันทร์โสภณ, "การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress)."หน้า 184.

<sup>210</sup> "Vuitton Et Fils S.A. V. J. Young Enterprises, Inc. 644 F.2d 769 (9th Cir. 1981)," (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1981).

ใช้เพื่อการตกแต่ง แต่หากความจริงแล้วสัญลักษณ์นั้นเป็นสิ่งที่ผู้บริโภคประสงค์ที่จะซื้อเพราะสามารถระบุแหล่งที่มาได้ ย่อมไม่มีเหตุผลเพียงพอในการปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองได้นั้นเอง<sup>211</sup>

### 3.2.2 สหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) ถือเป็นองค์การระหว่างประเทศที่เกิดจากการรวมกลุ่มของประเทศในภูมิภาคยุโรป<sup>212</sup> ทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม กฎหมาย และวัฒนธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างสันติภาพเป็นการถาวรระหว่างประเทศในภูมิภาคยุโรป ในลักษณะเป็นสถาบันแบบเหนือรัฐ (Supranational Institution) ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงถือเป็นสถาบันที่มีอำนาจเหนือประเทศสมาชิกทั้งปวง<sup>213</sup> โดยในปี ค.ศ. 2007 ประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปได้ลงนามร่วมกันในสนธิสัญญากรุงลิสบอน (Lisbon Treaty) เห็นชอบในการสละอำนาจอธิปไตยเพื่อแก่ความร่วมมือเหนือรัฐ (Supranational Cooperation) ในเรื่องต่อไปนี้ (1) สหภาพศุลกากร (Customs Union) (2) การออกกฎระเบียบด้านการแข่งขัน (Competition Rules) (3) นโยบายด้านการเงิน (Monetary Policy) สำหรับประเทศที่ใช้สกุลเงินยูโร (4) การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพทางทะเล (Marine Biological Resources) ภายใต้นโยบายร่วมด้านประมง และ (5) นโยบายการค้าร่วม (Common Commercial Policy)<sup>214</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>211</sup> Yevgeniy Markov, "Raising the Dead: How the Ninth Circuit Avoided the Supreme Court's Guidelines Concerning Aesthetic Functionality and Still Got Away with It in Au-Tomotive Gold," *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 6, 2 (2008), pp. 200-201.

<sup>212</sup> ในปัจจุบัน ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีทั้งสิ้น 27 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรีย เบลเยียม บัลแกเรีย ไซปรัส สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มอลตา เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส โรมาเนีย สโลวาเกีย สเปน สวีเดน และโครเอเชีย

<sup>213</sup> กรมยุโรป กระทรวงต่างประเทศ, "สหภาพยุโรป / กรอบความร่วมมือพหุภาคี : สหภาพยุโรป (the European Union - Eu)," [Online] Accessed: 27 มีนาคม 2563. Available from: [www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-\(The-European-Union---EU\).html](http://www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-(The-European-Union---EU).html)

<sup>214</sup> สำนักงานที่ปรึกษาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีประจำสถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงรัสเซลส์, "ข้อมูลอียู : Guidelines and Policies," [Online]. Available from: <https://www.thaiscience.eu/guidelines-policies.php>



สหภาพยุโรปเป็นสถาบันที่มีระบบกฎหมายเป็นของตนเอง และมีอำนาจในการตรา บทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับทุกประเทศในสหภาพยุโรปได้ โดยบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญอาจแบ่งเป็น 2 บ่อเกิด (Two Main Sources of EU Law) ดังนี้ (1) กฎหมายลำดับแรก (Primary Law) ซึ่งคือ สนธิสัญญา (Treaty) ฉบับต่าง ๆ เช่น สนธิสัญญากรุงโรม (Rome Treaty) สนธิสัญญากรุงแมสทริชต์ (Maastricht Treaty) สนธิสัญญากรุงลิสบอน (Lisbon Treaty) (2) กฎหมายลำดับรอง (Secondary Law) ซึ่งได้แก่ กฎระเบียบ (Regulation) ข้อบังคับ (Directive) และคำตัดสิน (Decision)<sup>215</sup> ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of the European Union หรือ CJEU) ได้วางหลักการสำคัญ 2 ประการของกฎหมายสหภาพยุโรปที่ทำให้ทุกประเทศในสหภาพยุโรปจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายลำดับแรกและกฎหมายลำดับรอง ดังนี้

1) หลักการมีผลบังคับใช้โดยตรง (Direct Effect) คือ หลักการที่กำหนดให้กฎหมายของสหภาพยุโรปมีผลบังคับใช้โดยตรงต่อประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปและปัจเจกชน ซึ่งเป็นพลเมืองของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปด้วย กล่าวคือ การที่เอกชนสามารถอ้างและบังคับสิทธิตามกฎหมายของสหภาพยุโรปต่อรัฐหรือต่อเอกชนด้วยกันเองได้โดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาจากบ่อเกิดของกฎหมายและลำดับศักดิ์ของกฎหมายประกอบด้วย<sup>216</sup> เช่น หากเป็นกฎระเบียบ (Regulation) ย่อมมีผลผูกพันและบังคับใช้ได้โดยตรงในฐานะกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก ในขณะที่ข้อบังคับ (Directive) แม้จะมีผลบังคับใช้โดยตรงต่อกฎหมายของประเทศสมาชิก แต่ไม่มีผลใช้บังคับในฐานะกฎหมายภายใน โดยประเทศสมาชิกจะต้องอนุวัติการเพื่อให้มีผลเป็นกฎหมายภายในก่อนจึงจะใช้บังคับได้<sup>217</sup>

2) หลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายสหภาพยุโรป (Supremacy of EU Law) คือ หลักการที่กำหนดสถานะให้กฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายสูงสุด โดยศาลระบุว่าเมื่อประเทศสมาชิกได้จำกัดอำนาจอธิปไตยบางส่วนของตนและโอนอำนาจดังกล่าวให้แก่สหภาพยุโรปแล้ว

<sup>215</sup> European Justice, "Eu Law," [Online]. Available from: [https://e-justice.europa.eu/content\\_eu\\_law-3-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_eu_law-3-en.do)

<sup>216</sup> สิทธิชัย โชคสวัสดิ์ไพศาลและคณะผู้จัดทำ (กลุ่มที่ 2), "Legal Foundation of the European Union, European Competition Law, the Eu's Four Freedoms: Free Movement of People and Court Visit (International Court of Justice)." หน้า 13-16.

<sup>217</sup> อมราพร สัจจารักษ์ตระกูล, "ข้อพิจารณาเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะในเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ" (ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2549). หน้า 48.

สหภาพยุโรปจึงมีอำนาจในการออกกฎหมายที่มีค่าบังคับผูกพันประเทศสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตามด้วย ดังนั้น กฎหมายใดที่มีลักษณะขัดหรือแย้ง หรือไม่สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรปย่อมไม่อาจบังคับได้ กล่าวคือ กฎหมายของสหภาพยุโรปถือเป็นกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่ากฎหมายภายในฉบับต่าง ๆ ของประเทศสมาชิกนั่นเอง<sup>218</sup>

ดังนั้น กฎหมายของสหภาพยุโรปจึงถือเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ กฎหมายที่ออกโดยสหภาพยุโรปจะเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกโดยตรง และมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกได้ทันทีเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป โดยประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องให้สัตยาบันหรือออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ภายในมาอนุวัติการอีก นอกจากนี้ ในกรณีที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกขัดหรือแย้งกับกฎหมายของสหภาพยุโรป ประเทศสมาชิกไม่อาจตั้งข้อสงวนใด ๆ ที่จะไม่ปฏิบัติตามได้ โดยจะต้องดำเนินการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายภายในของตนเพื่อให้สอดคล้องและเป็นไปตามกฎหมายของสหภาพยุโรปด้วย<sup>219</sup>

ทั้งนี้ สหภาพยุโรปได้ประกาศและบังคับใช้ข้อบังคับฉบับแรกในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หรือ First Council Directive No. 89/104/EEC เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1988 เพื่อให้ประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายใน โดยได้วางหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า อาทิเช่น ลักษณะเครื่องหมายการค้าอันพึงได้รับจดทะเบียน การบัญญัติให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะป้องกันบุคคลอื่นที่จะใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตน<sup>220</sup> นอกจากนี้ข้อบังคับข้างต้นแล้ว สหภาพยุโรปยังได้ประกาศและบังคับใช้กฎระเบียบเครื่องหมายการค้า (The Trademark Regulation) อีกด้วย โดยกฎระเบียบฉบับแรกเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1993 ภายใต้ชื่อว่า Council Regulation (EC) No 40/94 of December 20, 1993 สำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

<sup>218</sup> นริศ วงศ์ตระกูล, "ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปกับกฎหมายของประเทศสมาชิก และการยอมรับกฎหมายสหภาพยุโรปของเบลเยียมและเยอรมัน," (สำนักการต่างประเทศ) หน้า 6.

<sup>219</sup> อุษณีย์ เอ็มศิรินันท์, "ประชาคมอาเซียนในแบบสหภาพยุโรป: การเปรียบเทียบโครงสร้างความร่วมมือตามธรรมนูญองค์การ," วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย หน้า 91.

<sup>220</sup> อมราพร สัจจาร์กษ์ตระกูล, "ข้อพิจารณาเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะในเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ." หน้า 49.

ของสหภาพยุโรป (Community Trade Mark หรือ CTM) อย่างไรก็ตาม กฎระเบียบฉบับดังกล่าวถูกแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้ง<sup>221</sup> โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 2015 สหภาพยุโรปได้ประกาศกฎระเบียบชื่อว่า “REGULATION (EU) 2015/2424” ซึ่งส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหลายประการ เช่น การเปลี่ยนชื่อเรียกเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปจาก Community Trade Mark เป็น European Union Trade Mark (EUTM)<sup>222</sup> และการเปลี่ยนชื่อหน่วยงาน (Office) ที่ทำหน้าที่ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจากสำนักงานเพื่อการรวมตลาดภายในสหภาพยุโรป (Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) หรือ OHIM)) เป็นสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาของสหภาพยุโรป (European Union Intellectual Property Rights Office หรือ EUIPO)<sup>223</sup> รวมทั้งการกำหนดเพิ่มเติมให้สิทธิแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า (Licensee) ในการฟ้องร้องบุคคลที่สามที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าแทนเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ การจำแนกประเภทของสินค้าและบริการใหม่ (The Classification of Goods and Services) รวมถึงการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมใหม่<sup>224</sup> ทั้งนี้ กฎระเบียบเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปฉบับปัจจุบันคือ กฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป ฉบับปี 2017 ภายใต้ชื่อว่า REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark<sup>225</sup> ซึ่งเป็นการแก้ไขปรับปรุงหลักการ 3 ประการ ดังนี้ 1) การนำหลักการในการแสดงลักษณะของเครื่องหมายที่จะต้องมีความชัดเจนและเป็นรูปธรรม

<sup>221</sup> Michael Hawkins, "Eu Trademark Reform: Where We Are, How We Got Here and What It Means for Users,"(INTA (International Trademark Association), 2015).

<sup>222</sup> JUSTIN M. JACOBSON, "A Look at Non-Traditional Trademarks: Color, Sound & Scent in the United States."

<sup>223</sup> Gabrielle Olsson Skalin, "Eu Trademark Law Reform Series: The New Face of Ohim," [Online] Accessed: 28 March 2020. Available from:

[http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/EU\\_TM\\_Reform\\_1\\_7022.aspx](http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/EU_TM_Reform_1_7022.aspx)

<sup>224</sup> Daniel Marschollek, "Eu Trade Mark Law Reforms : 10 Things to Know," [Online]. Available from: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/1ee50866/eu-trade-mark-law-reforms>

<sup>225</sup> EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE (EUIPO), "New Eu Trade Mark Regulation : Changes Applying 1 October 2017," [Online]. Available from: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/eu-trade-mark-regulation>

(Represented Graphically) ออกจากเงื่อนไขในการยื่นคำขอจดทะเบียน เพื่อเปิดโอกาสให้สามารถนำเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ เช่น เสียง (Sound) ภาพเคลื่อนไหว (Motion) ภาพ 3 มิติ (Hologram) มายื่นคำขอจดทะเบียนได้ 2) การเพิ่มเครื่องหมายรับรอง (Certification Mark) เป็นหนึ่งในเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป เนื่องจากเครื่องหมายดังกล่าวใช้ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ และ 3) การปรับเปลี่ยนขั้นตอน (Procedural Changes) ในการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เช่น สามารถดำเนินการเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ต ทั้งการยื่นคำขอ การคัดค้าน การเพิกถอนการจดทะเบียน และในกรณีที่ยานหลักฐานที่จะนำเสนอเป็นภาษาใดภาษาหนึ่งของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแล้ว ผู้ยื่นคำขอไม่ต้องแปลยานหลักฐานดังกล่าวอีกต่อไป<sup>226</sup>

การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในสหภาพยุโรปแบ่งออกเป็น 3 ระดับ<sup>227</sup> โดยพิจารณาจากความประสงค์ของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ต้องการให้เครื่องหมายการค้าของตนได้รับความคุ้มครองในระดับใด<sup>228</sup> ดังต่อไปนี้

1) ในระดับประเทศ (Nation Level) สำหรับเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ต้องการให้เครื่องหมายการค้าของตนได้รับความคุ้มครองในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น โดยยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยตรงต่อสำนักงาน หรือหน่วยงานซึ่งทำหน้าที่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของแต่ละประเทศนั้น ๆ

2) ในระดับภูมิภาค อันได้แก่ สหภาพเศรษฐกิจเบนลักซ์ (Bénélux) สำหรับเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ต้องการให้เครื่องหมายการค้าของตนได้รับความคุ้มครองในประเทศเบลเยียม ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศลักเซมเบิร์ก โดยสามารถนำเครื่องหมายการค้าของตนไปยื่นคำขอจดทะเบียนต่อ Benelux Office for Intellectual Property (BOIP)

<sup>226</sup> EUIPO, "New Eu Trade Mark Reform: Changes Applying from 1 October 2017,"(2017).

<sup>227</sup> Your Europe European Union, "Trade Marks," [Online] Accessed: 28 March 2020. Available from: [https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/trade-marks/index\\_en.htm](https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/trade-marks/index_en.htm)

<sup>228</sup> โครงการความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างอาเซียน-สหภาพยุโรป (ARISE Plus IPR หรือ ARISE+ IPR), "พิธีสารมาดริด (Madrid Protocol) เส้นทางสู่การสร้างตราสินค้าระดับโลก,"(2561).

3) ในระดับสหภาพยุโรป สำหรับเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ต้องการให้เครื่องหมายการค้าของตนได้รับความคุ้มครองในทุกประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป โดยสามารถนำเครื่องหมายการค้าของตนไปยื่นจดทะเบียนต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาของสหภาพยุโรป (European Union Intellectual Property Rights Office หรือ EUIPO) ทั้งนี้ มาตรา 146 ของกฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป บัญญัติให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอด้วยภาษาทางการของประเทศใดประเทศหนึ่งในสหภาพยุโรปก็ได้ แต่จะต้องระบุเลือกภาษาที่ 2 ซึ่งเป็นภาษาใดภาษาหนึ่งจาก 5 ภาษาทางการ ได้แก่ อังกฤษ (English) ฝรั่งเศส (French) เยอรมัน (German) อิตาลี (Italian) และสเปน (Spanish) เพื่อเป็นภาษาสำหรับการดำเนินการกระบวนการพิจารณา การคัดค้าน หรือการเพิกถอนเครื่องหมายการค้า

### 3.2.2.1 นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”

กฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปได้ให้นิยามของเครื่องหมายการค้าซึ่งสามารถนำยื่นคำขอจดทะเบียนในสหภาพยุโรปได้ไว้ในมาตรา 4 ดังนี้ เครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (Signs of which an EU Trade Mark) นั้น อาจประกอบด้วย สัญลักษณ์ใด ๆ (Any Signs) โดยเฉพาะคำ (In Particular Words) และให้หมายรวมถึง (Including) ชื่อของบุคคล (Personal Names) การออกแบบ (Designs) ตัวอักษร (Letters) ตัวเลข (Numerals) สี (Colours) รูปร่างของสินค้า (The Shape of Goods) หรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า (The Packaging of Goods) หรือเสียง (Sounds) ซึ่งสัญลักษณ์ดังกล่าวสามารถถูกใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่าง (Distinguishing) ของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งจากผู้ประกอบการรายอื่นได้ และสามารถแสดงให้ปรากฏบนระบบจดทะเบียนของสหภาพยุโรป (Being Represented on the Register of European Union Trade Marks) ในลักษณะที่ทำให้นายทะเบียนและสาธารณชนสามารถตรวจสอบได้อย่างชัดเจน (Clear) และแม่นยำ (Precise) เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว

เมื่อพิจารณาจากบทนิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ตามที่ปรากฏในกฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปแล้วพบว่า กฎระเบียบดังกล่าวให้ความหมายของ

สัญลักษณ์ซึ่งอาจนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าไว้ค่อนข้างกว้าง โดยการใช้คำว่า “สัญลักษณ์ใด ๆ (Any Signs)” และหากสัญลักษณ์นั้นมีหลักเกณฑ์ประกอบกันครบ 2 ประการ กล่าวคือ สามารถใช้แยกแยะสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการรายอื่นได้และสามารถแสดงให้เห็นปรากฏบนระบบจดทะเบียนได้

นอกจากนี้ การใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง (Including)” นั้น ย่อมถือเป็นเพียงการยกตัวอย่างของสิ่งซึ่งอาจเป็นสัญลักษณ์เท่านั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะสัญลักษณ์ที่ระบุไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้น หากரசชาติสามารถถูกนำมาใช้เพื่อแยกแยะสินค้าหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นได้ และสามารถแสดงบนระบบจดทะเบียนของสหภาพยุโรปได้แล้วนั้น รสชาติย่อมถือเป็นสัญลักษณ์อย่างหนึ่งซึ่งสามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ตามกฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปนั่นเอง

### 3.2.2.2 เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน

กฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปได้กำหนดลักษณะเครื่องหมายที่ไม่อาจได้รับการจดทะเบียนไว้ในมาตรา 7 ดังนี้ กล่าวคือ นายทะเบียนมีสิทธิปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ หากเครื่องหมายการค้า นั้น มีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีสัญลักษณ์ซึ่งไม่เข้าลักษณะที่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ตามมาตรา 4 (do not conform to the requirements of Article 4) กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะไม่ตรงตามนิยามคำว่าเครื่องหมายและเครื่องหมายการค้า ในมาตรา 4 นั้นเอง

(2) เครื่องหมายการค้าที่ซึ่งขาดคุณลักษณะบ่งเฉพาะของตนเอง (Devoid of Any Distinctive Character) กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถใช้แยกแยะสินค้าของกิจการหนึ่งออกจากกิจการอื่นได้

(3) เครื่องหมายการค้าที่ซึ่งประกอบไปด้วยสัญลักษณ์ ที่มีลักษณะที่สามารถระบุในทางการค้าเกี่ยวกับประเภท (Kind), คุณภาพ (Quality), ปริมาณ (Quantity), วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย (Intended Purpose), มูลค่า (Value), แหล่งกำเนิด (Geographical Origin) หรือ

ระยะเวลาการผลิตของสินค้าหรือบริการ, หรือลักษณะอื่น (Other Characteristics) ของสินค้าหรือบริการนั้น

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้าคำว่า “BABY-DRY” ย่อมไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าผ้าอ้อมเด็กได้ เนื่องจากย่อมเล็งเห็นถึงวัตถุประสงค์และคุณภาพในตัวสินค้าได้ ตามคำพิพากษาเลขที่ C-383/99<sup>229</sup>

(4) เครื่องหมายการค้าที่ซึ่งประกอบไปด้วยสัญลักษณ์หรือสิ่งบ่งชี้ ซึ่งกลายเป็นสิ่งสามัญในภาษาที่ใช้กันในปัจจุบัน (Become Customary in the Current Language) หรือเป็นสิ่งสามัญที่ใช้กันโดยสุจริตในประเพณีปฏิบัติทางการค้า (Practices of the trade) กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีการใช้อย่างแพร่หลายจนเป็นที่เข้าใจของผู้บริโภคและสาธารณชนทั่วไป หรือผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถรับรู้รับทราบได้ทันทีว่าสินค้าที่ปรากฏเครื่องหมายนั้นเป็นสินค้าประเภทใด

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายรูปเครื่องหมายบวกลีขาวและแดง ซึ่งเป็นเครื่องหมายสำหรับสินค้าจำพวทยาหรือเกี่ยวกับทางแพทยะนั้นเอง<sup>230</sup>



(5) สัญลักษณ์ที่ซึ่งประกอบไปด้วยรูปร่าง หรือลักษณะต่าง ๆ ที่เล็งถึงลักษณะของสินค้า หรือเป็นรูปร่างหรือลักษณะต่าง ๆ ของสินค้าที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิค หรือเป็นรูปร่างหรือลักษณะต่าง ๆ ที่ซึ่งทำให้มูลค่าของสินค้าเพิ่มขึ้น กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยสัญลักษณ์ที่สามารถเล็งได้ว่าลักษณะของสินค้านั้นเป็นเช่นไร และอาจมีลักษณะที่มีความจำเป็นต่อการใช้งานของตัวสินค้าเอง

<sup>229</sup> Ulrich Hildebrandt, "Trade Mark Law in Europe: Case Law of the Court of Justice of the European Union,"(2016).p.86.

<sup>230</sup> Eva Troiani, "Signs Become Customary Cannot Be Registered as Trademarks," [Online]. Available from: <https://registrare-marchio.com/en/signs-become-customary-cannot-be-registered-as-trademarks/>

ตัวอย่างเช่น ของเล่นตัวต่อเลโก้ (Lego) ซึ่งรูปร่างของตัวต่อเลโก้ชิ้นเป็น ส่วนหนึ่งของการใช้งาน<sup>231</sup>

(6) เครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อย ของประชาชน (Public policy) ศีลธรรมอันดี (Morality)

(7) เครื่องหมายการค้าที่ซึ่งหลอกลวงต่อสาธารณะถึงลักษณะที่แท้จริงของ สินค้าหรือบริการ เช่น คุณภาพ หรือ แหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ

(8) เครื่องหมายทางการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 6ter ของอนุสัญญา กรุงปารีส ซึ่งได้แก่ เครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร ธงประจำชาติ และเครื่องหมายอื่น ๆ ของประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงปารีส สัญลักษณ์ของทางราชการ เครื่องหมายรับรอง มาตรฐานซึ่งแสดงถึงการควบคุมและการรับประกันจากหน่วยงานราชการ และเครื่องหมายที่มีการ ลอกเลียนในลักษณะที่เป็นตราประจำตระกูล รวมทั้งชื่อย่อและชื่อขององค์การระหว่างประเทศซึ่ง ประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงปารีสเป็นสมาชิกด้วย

(9) เครื่องหมายทางการค้าซึ่งรวมถึงเข็ม (Badge) ตราสัญลักษณ์ (Emblem) หรือตราประจำตระกูล (Escutcheon) นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในข้อ 8 และเป็นเครื่องหมายที่มี ลักษณะเป็นประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะ (Particular Public Interest) เว้นแต่ได้รับความยินยอม จากผู้มีอำนาจให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้

ทั้งนี้ เครื่องหมายที่มีลักษณะเป็นประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะ คือ เครื่องหมายที่เป็นสัญลักษณ์หรือประกอบด้วยสัญลักษณ์ที่สามารถเชื่อมโยงถึงกิจกรรมที่ดำเนินการ โดยองค์การระหว่างประเทศได้ (had a particular link with one of the activities carried out by an international intergovernmental organisation) โดยเฉพาะกิจกรรมที่เป็นการดำเนินการ ภายในสหภาพยุโรป (one of the areas of activity of the European Union)<sup>232</sup>

<sup>231</sup> Antoon Quaedvlieg, "Shapes with a Technical Function: An Ever-Expanding Exclusion?," [Online]. Available from: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-016-0423-6>

<sup>232</sup> EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE (EUIPO), "Absolute Grounds for Refusal — Trade Marks in Conflict with Flags and Other Symbols (Article 7(1)(H) and (I) Eutmr),"(2017),pp. 14-15.



ตัวอย่างเช่น สัญลักษณ์สกุลเงินยูโร (€ หรือ The Euro Sign) ซึ่ง คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) กำหนดเพื่อใช้เป็นสกุลเงินกลางภายในประเทศ สมาชิกสหภาพยุโรป (Eurozone)



(10) เครื่องหมายทางการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามไม่ได้รับจดทะเบียน (are excluded from registration) ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป หรือกฎหมายภายในของประเทศ สมาชิก หรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่สหภาพยุโรปหรือประเทศสมาชิกเป็นผู้จัดทำขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิด (Designations of Origin) และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications)

(11) เครื่องหมายทางการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามไม่ได้รับจดทะเบียน (are excluded from registration) ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป หรือกฎหมายภายในของประเทศ สมาชิก หรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่สหภาพยุโรปหรือประเทศสมาชิกเป็นผู้จัดทำขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองกรรมวิธีในการผลิตไวน์แบบดั้งเดิม (Traditional Terms for Wine)

(12) เครื่องหมายทางการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามไม่ได้รับจดทะเบียน (are excluded from registration) ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป หรือกฎหมายภายในของประเทศ สมาชิก หรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่สหภาพยุโรปหรือประเทศสมาชิกเป็นผู้จัดทำขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองหรือรับประกันเป็นพิเศษกับสินค้าและผลิตภัณฑ์ซึ่งอาศัยวิธีการผลิตแบบดั้งเดิม (Traditional Specialities Guaranteed หรือ TSG) ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองการผลิตสินค้า จำพวกอาหารที่มีองค์ความรู้ในการเลือกใช้วัตถุดิบและการปรุงอาหารแบบดั้งเดิมตามภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งมีการอนุรักษ์และสืบทอดกันทางประเพณีจากรุ่นสู่รุ่น โดยไม่คำนึงถึงแหล่งผลิต<sup>233</sup>

(13) เครื่องหมายทางการค้าที่ประกอบด้วยหรือถูกผลิตโดยมีองค์ประกอบสำคัญ (Reproduce in their Essential Elements) เป็นชื่อสกุลของพันธุ์พืช (An Earlier Plant Variety

<sup>233</sup> ชื่นชีวิน ยิ้มเฟื่อง และกมลวรรณ อยู่วัฒน์, "สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับการส่งเสริมธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546," วารสารวิชาการแพรวกาฬสินธุ์ ปีที่ 6(2562).หน้า 140.

Denomination) ที่ได้รับการจดทะเบียนตามกฎหมายของสหภาพยุโรป หรือกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก หรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่สหภาพยุโรปหรือประเทศสมาชิกเป็นผู้จัดทำขึ้น เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิในพันธุ์พืช (Plant Variety Rights)

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะตามข้อ (1) – (13) ย่อมไม่อาจรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ในสหภาพยุโรป แม้ว่าเหตุผลในการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามาจากเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของสหภาพเท่านั้น

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะตามข้อ (2) (3) และ (4) อาจได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าก็ได้ หากเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะบังเอิญที่เกิดจากการใช้สินค้าหรือบริการจำพวกที่ได้ยื่นคำขอจดทะเบียน

นอกจากนี้แล้ว มาตรา 8 ยังกำหนดให้เครื่องหมายการค้าย่อมถูกปฏิเสธไม่อาจได้รับจดทะเบียนได้เมื่อมีการคัดค้านโดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนไปแล้ว เครื่องหมายการค้าย่อมถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน เมื่อเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายเครื่องหมายการค้า ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดของสาธารณชนได้ และเป็นการใช้กับสินค้าหรือบริการจำพวกที่ได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปแล้วด้วย

### 3.2.2.3 สิทธิในเครื่องหมายการค้า

สิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป ซึ่งใช้บังคับเหมือนกันในทุกประเทศสมาชิกนั้น จะต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าจะต้องได้รับการจดทะเบียนแล้ว (Obtained by Registration) เท่านั้น จึงจะถือว่าผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (The Proprietor Exclusive Rights Therein) ในเครื่องหมายการค้าที่ตนตามมาตรา 9

เมื่อมีการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในสหภาพยุโรปแล้ว ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ในเครื่องหมายการค้าดังกล่าว ในประการที่จะใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าจำพวกที่ตนได้รับจดทะเบียนไว้แล้ว มีสิทธิ

ป้องกันบุคคลอื่นในการกระทำละเมิดด้วยการใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตนกับสินค้าเดียวกัน หรือประเภทคล้ายกับสินค้าที่ตนได้รับการจดทะเบียนไว้แล้ว ในประการที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดของผู้บริโภคหรือสาธารณชนว่าเป็นสินค้าซึ่งอยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้าของตนได้ รวมถึงการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน หรือโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าให้แก่ผู้อื่นโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ ตลอดจนมีสิทธิอย่าง ๆ ตามที่กฎหมายให้การรับรองไว้อีกด้วย ทั้งนี้ เมื่อเป็นการจดทะเบียนตามกฎหมายของสหภาพยุโรป ย่อมถือว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นมีสิทธิตลอดทั่วทุกประเทศที่เป็นสมาชิกนั่นเอง<sup>234</sup>

อย่างไรก็ตาม สิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมถูกจำกัดหากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะตามที่ระบุไว้ในมาตรา 14 หัวข้อ Limitation of The Effects of an EU Trade Mark ดังนี้

บุคคลผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว ย่อมไม่มีสิทธิห้ามบุคคลภายนอกซึ่งกระทำโดยสุจริตในทางอุตสาหกรรมและทางการค้า (With Honest Practices in Industrial or Commercial Matters) ในการที่จะใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ชื่อ (Name) หรือที่อยู่ (Address) ของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา กล่าวคือ แม้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้วจะเหมือนหรือคล้ายกับชื่อหรือที่อยู่ของบุคคลอื่น แต่สิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นย่อมไม่เป็นกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาในการที่จะใช้ชื่อหรือที่อยู่ของตนแม้จะเป็นการใช้ในทางอุตสาหกรรมหรือทางการค้าก็ตาม<sup>235</sup>

ตัวอย่างเช่น ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าชื่อ “Ferrari” ซึ่งได้รับจดทะเบียนสำหรับสินค้าจำพวกรถยนต์ ย่อมไม่มีสิทธิห้ามบุคคลที่มีชื่อว่า “Ferrari” ในการที่เขาจะใช้ชื่อของตนเอง

(2) สัญลักษณ์ (Signs) หรือสิ่งบ่งชี้ (Indications) ซึ่งไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ (Not Distinctive) หรือซึ่งเป็นการระบุเกี่ยวกับประเภท (Kind) คุณภาพ (Quality) ปริมาณ

<sup>234</sup> Aidan O'Neill, "Eu Law for Uk Lawyers,"(Hart Publishing, 2011).

<sup>235</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายเครื่องหมายการค้า, หน้า 123.

(Quantity) วัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย (Intended Purpose) ค่านิยม (Value) แหล่งกำเนิด (Geographical Origin) ระยะเวลาในการผลิตสินค้าหรือจัดให้มีบริการ หรือเป็นคุณลักษณะอื่น ๆ ของสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ บุคคลภายนอกมีสิทธิสามารถใช้สัญลักษณ์หรือสิ่งบ่งชี้ข้อใด ๆ เพื่ออธิบายหรือบรรยายเกี่ยวกับรายละเอียดต่าง ๆ โดยอาจเป็นประเภท คุณภาพ คุณสมบัติ ลักษณะ หรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการก็ได้

ตัวอย่างเช่น เจ้าของเครื่องหมายการค้า “Parrot Bay” สำหรับสินค้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แม้คำดังกล่าวจะได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าแล้วก็ตาม ก็ย่อมไม่ถึงเป็นการจำกัดสิทธิในการที่บุคคลอื่นจะใช้คำว่า “Parrot Bay” กับสินค้าของตนเพื่อระบุเกี่ยวกับความเป็นแหล่งกำเนิดของสินค้าก็ได้ เนื่องจาก Parrot Bay เป็นชื่อของสถานที่ที่มีชื่อเสียงในการตกปลาของประเทศสหรัฐอเมริกาแถบครอสตารีก้านนั่นเอง<sup>236</sup>

(3) เครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นเครื่องหมายที่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการอธิบาย (Identifying) หรืออ้างอิง (Referring) ว่าเป็นสินค้าหรือบริการของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเครื่องหมายการค้าที่มีความจำเป็นเพื่อระบุวัตถุประสงค์ของสินค้าหรือบริการโดยเฉพาะ กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป ที่ไม่ว่าบุคคลใดก็มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนกับสินค้าของตน เพื่ออธิบายหรืออ้างถึงว่าสินค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าในสหภาพยุโรป

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมาย “CE MARK” ซึ่งเป็นเครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นสินค้าอุตสาหกรรมที่จำหน่ายในสหภาพยุโรป ไม่ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้ารายใดก็มีสิทธิในการใช้เครื่องหมายดังกล่าวกับสินค้าของตน



<sup>236</sup> พิบูล ตันสุภผล, "คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 2 ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า." หน้า 13.

### 3.2.2.4 ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

กฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 52 กำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้วเป็นระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้รับจดทะเบียนจากหน่วยงานที่มีอำนาจ (Date of Filing) รวมถึงสามารถจดทะเบียนเพื่อต่ออายุเครื่องหมายการค้าได้อีกคราวละ 10 ปี

### 3.2.2.5 แนวทางให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เมื่อสืบค้นระบบฐานข้อมูลเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (The EUIPO's Database) แล้วพบว่า มีผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติเป็นจำนวนทั้งสิ้น 3 ราย 4 คำขอ ดังนี้

#### 1) คำขอเลขที่ 001452853

เครื่องหมายการค้ารสชาติสตอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ (The Taste Of Artificial Strawberry Flavour) ของบริษัท Eli Lilly and Company สำหรับจำพวกที่ 5 ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับยาและสารเคมีกำจัดวัชพืช (Pharmaceuticals and Herbicides) รายการสินค้าเภสัชภัณฑ์หรือยา (Pharmaceutical Preparations) ซึ่งบริษัทได้ยื่นคำขอจดทะเบียนเมื่อวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 2000 และถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเมื่อวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 2004

อย่างไรก็ตาม บริษัทได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งนายทะเบียนดังกล่าวต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า (Board of Appeal) โดยมีรายละเอียดปรากฏตามความเห็นในคดี Case R 120/2001-2 ดังนี้

## คดี Case R 120/2001-2

บริษัท Eli Lilly and Company ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ (The Taste Of Artificial Strawberry Flavour) เป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติสำหรับสินค้าจำพวทยา (Pharmaceutical Preparations) ต่อสำนักงานเพื่อการรวมตลาดภายในสหภาพยุโรป (Office for Harmonization in the Internal Market หรือ OHIM ซึ่งปัจจุบันคือหน่วยงานที่มีชื่อว่า The EU Intellectual Property Office หรือ EUIPO) ซึ่งนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนโดยให้เหตุผลว่ารสชาติดังกล่าวไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ (Lack of Distinctive) และไม่สามารถแสดงออกซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะได้โดยชัดเจน เป็นรูปธรรมได้ (not capable of being represented graphically)<sup>237</sup> ดังนั้น บริษัท Eli Lilly & Co. จึงได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป

คณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้ามีความเห็นและข้อสังเกตเกี่ยวกับการจดทะเบียนรสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์เป็นเครื่องหมายการค้า ดังนี้

(1) รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ถือเป็นหนึ่งในรสชาติทั่วไปที่มักถูกนำมาใช้ในสินค้าจำพวทยาเพื่อใช้กลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์ (Unpleasant Taste) ของตัวยารวมถึงเพื่อดึงดูดผู้บริโภค (More Attractive To Consumers) ในการตัดสินใจเลือกซื้อ นอกจากนี้ ผู้บริโภคหรือสาธารณชนไม่ได้รับรู้รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ในฐานะเครื่องหมายการค้า (As A Trademark) แต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้บริโภคหรือสาธารณชนไม่ได้ใช้รสชาติในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าที่มีรสชาติดังกล่าวออกจากสินค้าจำพวทยาของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นด้วย โดยผู้บริโภคจะเลือกซื้อยาตามที่ปรากฏในใบสั่งยาของแพทย์ ซึ่งแพทย์มักเลือกสั่งยาที่มีรสชาติที่พึงประสงค์เท่านั้น นอกจากนี้ ผู้บริโภคมักรับรู้รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ในฐานะที่เป็นสิ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่อกลบหรืออำพรางรสชาติที่ไม่น่าพึงประสงค์ของสินค้าจำพวทยา ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ (Functional) ของสินค้าจำพวทยา ดังนั้น รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์จึงไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะนั่นเอง<sup>238</sup>

<sup>237</sup> Willjaenne F. McLean, "The Global Challenge of Intellectual Property Rights : Protecting Unconventional Trademarks in Europe Union and United State."p. 188.

<sup>238</sup> "In Case R 120/2001-2," (The Decision of the Second Board of Appeal, 2003).

(2) ในการบรรยายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ารสชาติ ในคำขอจดทะเบียนซึ่งปรากฏเพียงคำบรรยายว่า “รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ (Artificial Strawberry Flavour)” ย่อมไม่ถือว่าเป็นการแสดงออกโดยชัดเจน (Capable of Being Represented Graphically) ตามมาตรา 4 ของ Community Trade Mark ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เครื่องหมายการค้าจะต้องสามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจน... (A community trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically...)” การแสดงออกได้อย่างชัดเจนนั้นจะต้องเป็นไปตาม “หลักการ Sieckmann Criteria” ซึ่งเป็นหลักการที่เกิดจากการวางบรรทัดฐานของศาลสหภาพยุโรปในคดี Ralf Sieckmann V. Deutsches Patent-und Markenamt Case (Case C-273/00)<sup>239</sup>

ทั้งนี้ ศาลในสหภาพยุโรปมีความเห็นว่า ในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติจะต้องนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาด้วยเช่นเดียวกับการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นด้วย กล่าวคือ การบรรยายเป็นลายลักษณ์อักษร (In Written Words) ไม่ถือว่าเป็นการแสดงออกโดยชัดเจนตามหลักการดังกล่าว (not satisfy the graphic representation requirement) นั้นเอง<sup>240</sup>

(3) ในการผลิตสินค้าใด ๆ โดยเฉพาะอย่างสินค้าจำพวดยาซึ่งมักมีการนำรสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์มาใช้เพื่อกลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์นั้น หากยินยอมให้มีการจดทะเบียนรสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์เป็นเครื่องหมายการค้าได้ ย่อมเป็นการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่บุคคลนั้นในการที่ใช้รสชาติดังกล่าวกับสินค้าจำพวดยา ซึ่งถือเป็นการเอาเปรียบผู้ผลิตรายอื่นให้ไม่สามารถใช้รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์กับสินค้าจำพวดยาได้อีกนั่นเอง<sup>241</sup>

ดังนั้น คณะกรรมการอุทธรณ์จึงมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนรสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ (The Taste of Artificial Strawberry Flavour) เป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติสำหรับสินค้าจำพวดยาของบริษัท

<sup>239</sup> Jacob Bolte, "The Removal of the Requirement for Graphical Representation of Eu Trade Marks : The Impact of the Amending Trade Mark Regulation" OREBRO UNIVERSITET, 2016).p. 27.

<sup>240</sup> "Taste Mark Refused Trade Mark Registration." "Taste Mark Refused Trade Mark Registration."

<sup>241</sup> "In Case R 120/2001-2."p. 6.

สำหรับคดี Ralf Sieckmann V. Deutsches Patent-und Markenamt Case (Case C-273/00) มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

บริษัท Ralf Sieckmann ได้นำกลิ่นซินนามอนของสารเมธิลซินนามาเทไปยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น (Olfactory Signs) โดยคำขอจดทะเบียนปรากฏว่า บริษัทบรรยายลักษณะของกลิ่นไว้เพียงว่า “กลิ่นหอมแบบผลไม้ซึ่งผสมกับกลิ่นซินนามอนเล็กน้อย (Balsamically Fruity with The Slight Hint of Cinnamon)” และ แม้ เอก สาร อัน เป็น พยานหลักฐานประกอบคำขอจะมีการแสดงสูตรทางเคมี (Chemical Formula) ไว้ว่า  $C_6H_5-CH = CHCOOCH_3$  ของกลิ่นดังกล่าวเพื่อประกอบการพิจารณาไว้แล้วด้วยก็ตาม แต่สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศเยอรมันได้ปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนกลิ่นดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุผลที่ว่า การพรรณนาเป็นลายลักษณ์ (Written Words) และสูตรทางเคมี ไม่อาจถือได้ว่าเครื่องหมายการค้ากลิ่นดังกล่าวได้แสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าได้อย่างชัดเจนแล้ว (Be Represented Graphically) และไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (Inherently Distinctive)<sup>242</sup>

ต่อมา บริษัทจึงได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งนายทะเบียนต่อศาลของสหภาพยุโรป ซึ่งศาลของสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยและวางหลักการเกี่ยวกับการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 2 ของระเบียบสหภาพยุโรปในขณะนั้น (Article 2 of First Council Directive 89/10/EEC) ซึ่งบัญญัติว่า “A trade mark may consist of any sign capable of being represented graphically, particularly words,....” ไว้ว่า แม้เครื่องหมายการค้าไม่จำเป็นต้องสามารถแสดงออกด้วยวิธีการที่มองเห็นได้ก็ตาม แต่จะต้องเป็นการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะออกมาได้โดยชัดเจน เป็นรูปธรรม (Graphic Representation) ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่า แม้จะเป็นการใช้วิธีการดังต่อไปนี้รวมกันแล้ว (1) การเขียนพรรณนาลักษณะของกลิ่น (2) การใช้สูตรทางเคมี และ (3) การใช้วิธีการนำส่งตัวอย่างกลิ่น ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจน เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้ เนื่องจากการเขียนพรรณนาลักษณะของกลิ่นไม่มีความชัดเจน และแม่นยำไม่เพียงพอ ส่วนแสดงสูตรทางเคมีเป็นก็เป็นเพียงการแสดงออกในทางสัญลักษณ์เท่านั้น ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงลักษณะของกลิ่นได้ รวมถึงตัวอย่างกลิ่นนั้นถูกมองว่าไม่

<sup>242</sup> Willajaenne F. McLean, "The Global Challenge of Intellectual Property Rights : Protecting Unconventional Trademarks in Europe Union and United State."pp. 184-186.



คงทน เมื่อเวลาผ่านไปอาจทำให้เกิดการผิพื้อนไปจากกลิ่นเดิมและหากเก็บรักษาไม่ดี กลิ่นอาจระเหยไปได้ด้วย<sup>243</sup>

ดังนั้น ศาลของสหภาพยุโรปจึงได้วางหลักไว้ว่า การแสดงออกโดยชัดเจน (Be Represented Graphically) ของลักษณะบ่งเฉพาะจะต้องเป็นการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะโดยวิธีการแสดงภาพ (Images), เส้น (Lines), หรือตัวอักษร (Characters) และการแสดงออกด้วยวิธีการใด ๆ จะต้องมิลักษณะ 7 ประการ ดังนี้ 1) มีความชัดเจน (Clear) 2) มีความแม่นยำ (Precise) 3) สมบูรณ์ในตัวเอง (Self-Contained) 4) เข้าถึงได้ง่าย (Easily Accessible) 5) เข้าใจได้ง่าย (Intelligible) 6) มีความคงทนยั่งยืน (Durable) และ 7) ไม่เปลี่ยนแปลงได้ง่าย (Objective) โดยหลักการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในชื่อหลักการที่เรียกว่า “Sieckmann Criteria”<sup>244</sup>

## 2) คำขอเลขที่ 003065513 และ 003065513

เครื่องหมายการค้ารสชาติส้ม (Orange Taste) ของบริษัท N.V. Organon สำหรับจำพวกที่ 5 ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับยาและสารเคมีกำจัดวัชพืช (Pharmaceuticals and Herbicides) รายการสินค้าลดความดัน (Antidepressants) ซึ่งบริษัทได้ยื่นคำขอจดทะเบียนเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2003 และถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ. 2005 โดยนายทะเบียนระบุเหตุผลในการปฏิเสธว่าเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

ทั้งนี้ บริษัท N.V. Organon ไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนดังกล่าวต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า (Board of Appeal) แต่อย่างใด

## 3) DE SMAAK VON DROP BX No. 625971

เครื่องหมายการค้ารสชาติชะเอมเทศ (Liquorice) ของบริษัท Maurice H.A.G. Kotte สำหรับสินค้าจำพวกที่ 16 กระดาษและสิ่งพิมพ์ (Paper and Printed Goods) รายการสินค้า

<sup>243</sup> ธัญญาณี องค์กรไพศาล, "การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลิ่น" (ศิลปศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556). หน้า 32.

<sup>244</sup> "Ralf Sieckmann V Deutsches Patent- Und Markenamt.," (European Court of Justice, 2002).

กระดาษแข็ง สินค้าที่ทำจากกระดาษแข็ง สิ่งพิมพ์ อุปกรณ์จำเป็นภายในสำนักงาน โดยได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติในสหภาพเศรษฐกิจเบนเนลักซ์ (Bénélux) อย่างไรก็ตาม เครื่องหมายการค้านี้ได้สิ้นอายุการคุ้มครองแล้ว เมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 2007

ในคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าชะเอมเทศ (Liquorice) ของบริษัทนั้น บริษัทได้พรรณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายแต่เพียงลายลักษณ์อักษร (Written) เท่านั้น แต่เนื่องจากการยื่นจดทะเบียนก่อนที่ศาลสหภาพยุโรปจะได้อ้างหลักการเกี่ยวกับการแสดงออกโดยชัดเจนและเป็นรูปธรรม (Graphic Representation) หรือหลักการ Sieckmann Criteria ไว้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าด้วยอิทธิพลของหลักการดังกล่าว การพรรณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าแต่เพียงลายลักษณ์อักษร ย่อมไม่เพียงพอที่จะรับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้อีกต่อไป<sup>245</sup>

### 3.2.3 ประเทศแคนาดา

แต่เดิมมีผู้อยู่อาศัยซึ่งเป็นชนพื้นเมืองหลากหลายกลุ่มในประเทศแคนาดา จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1534 นักสำรวจฝรั่งเศสได้เข้ามาสำรวจและมีการตั้งรกราก และยึดเป็นประเทศอาณานิคม จนกระทั่งปี ค.ศ. 1763 ประเทศฝรั่งเศสแพ้สงครามเซลิเซียครั้งที่ 3 (Third Silesian War หรือ The Seven Years' War) จึงต้องยกดินแดนเกือบทั้งหมดในอเมริกาเหนือให้แก่ประเทศอังกฤษ<sup>246</sup> ต่อมา ในปี ค.ศ. 1867 ประเทศอังกฤษได้มอบให้ประเทศแคนาดามีสิทธิในการปกครองตนเองและจัดตั้งเป็นประเทศแคนาดาในเครือจักรภพ (Dominion of Canada) ขึ้นในรูปแบบพันธรัฐซึ่งประกอบด้วย แคนาดาตอนบน (Upper Canada) และแคนาดาตอนล่าง (Lower Canada) และขยายออกไปทาง

<sup>245</sup> Vasheharan Kanesarajah, "The Taste of Ripe Strawberries: Representing Non-Visual Trademarks." p. 4.

<sup>246</sup> History.com Editors, "Seven Years' War," [Online]. Available from: <https://www.history.com/topics/france/seven-years-war>

ทิศตะวันตก ต่อมาในปี ค.ศ. 1931 ประเทศแคนาดาได้รับการยอมรับในฐานะประเทศหนึ่ง โดยในปัจจุบันประเทศแคนาดาประกอบด้วย 10 รัฐ (Provinces) และ 3 ดินแดน (Territory)<sup>247</sup>

การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศแคนาดาเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนที่ประเทศแคนาดาจะรวมตัวจัดตั้งเป็นประเทศแคนาดาในเครือจักรภพเสียอีก โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรกเป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นในปี ค.ศ. 1860 และมีการบังคับใช้ภายในรัฐแคนาดา (Province of Canada) เท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1867 รัฐ New Brunswick ได้ประกาศกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อบังคับใช้ภายในรัฐของตนเช่นกัน โดยในภายหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าได้ถูกมาบัญญัติรวมกันใน The 1868 Dominion Trade Mark and Design Act ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่มีการกำหนดนิยามเครื่องหมายการค้า การจดทะเบียน การเพิกถอน และการโอนเครื่องหมายการค้า ตลอดจนกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการจดทะเบียน เป็นต้น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้ง โดยในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1953 ซึ่งทำให้ Trade Mark and Design Act ถูกยกเลิกจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับนี้แทน ได้แก่ Trade Marks Act และ Industrial Design and Union Label Act หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการแยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและการออกแบบออกจากกัน ซึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (Trademarks Act) ถือเป็นพระราชบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าค่อนข้างครบถ้วน ทั้งการกำหนดให้มีคำขอจดทะเบียน และรายการในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ซึ่งต้องปรากฏรายละเอียดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า จำพวกสินค้าหรือบริการที่ประสงค์ขอรับความคุ้มครอง และบุคคลผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า รายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการจดทะเบียน การตรวจสอบคำขอจดทะเบียน การคัดค้านการจดทะเบียน การต่ออายุเครื่องหมายการค้า และการยกเลิกการให้ความ

<sup>247</sup> Government of Canada, "Discover Canada - Canada's History," [Online]. Available from: <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/discover-canada/read-online/canadas-history.html>

คุ้มครอง รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว ตลอดจนการขอรับการเยียวยาเมื่อมีการละเมิดอีกด้วย<sup>248</sup>

อนึ่ง ประเทศแคนาดาได้ประกาศและบังคับใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (Trademarks Act) ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมฉบับล่าสุด เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2019 ซึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับสนธิสัญญาด้านทรัพย์สินทางปัญญา 3 ฉบับ อันได้แก่ พิธีสารมาดริด (Madrid Protocol) ข้อตกลงนิซ (Nice Agreement) และสนธิสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยเครื่องหมายการค้า (Singapore Treaty on the Law of Trademarks) นั้นเอง<sup>249</sup>

ทั้งนี้ หนึ่งในหลักการที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งล่าสุด คือ เงื่อนไขในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาแห่งประเทศแคนาดา (Canadian Intellectual Property Office หรือ CIPO) เนื่องจาก แต่เดิมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ากำหนดให้เครื่องหมายการค้าที่จะนำมายื่นจดทะเบียนได้จะต้องถูกใช้ในประเทศแคนาดา หรือเป็นที่รู้จักในประเทศแคนาดา หรือมีการจดทะเบียนและถูกใช้ในต่างประเทศแล้ว หรือมีความตั้งใจที่จะใช้และต่อมาได้ใช้จริงในประเทศแคนาดาเท่านั้น แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจึงได้ถูกยกเลิกไป โดยมาตรา 31 (1) ได้บัญญัติกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองในการใช้ จะใช้ หรือมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าหรือบริการของตนในประเทศแคนาดา กล่าวคือ ในกรณีที่เครื่องหมายการค้ามีลักษณะอันพึงได้รับจดทะเบียนแล้ว เจ้าของเครื่องหมายย่อมสามารถนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมายื่นคำขอจดทะเบียนได้ แม้จะยังไม่ได้มีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นกับสินค้า หรือเครื่องหมายการค้านั้นยังไม่ได้เป็นที่รู้จักในตลาด หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนและถูกใช้ในประเทศอื่นก็ตาม หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า

<sup>248</sup> Stuart C. McCormack, "Intellectual Property Law of Canada,"(2010).pp. 73-75.

<sup>249</sup> Robert (Rob) D. McDonald Q.C. (Bennett Jones LLP), "It's Finally Happening—Major New Trademark Law Takes Effect in Canada on June 17, 2019,"(www.mondaq.com, 2019).

สามารถนำเครื่องหมายการค้าของตนไปยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองได้ก่อนที่จะนำเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าของตน<sup>250</sup>

### 3.2.3.1 นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”

แต่เดิม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศแคนาดาไม่ได้ให้นิยามไว้ว่า “สัญลักษณ์” ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด ประเทศแคนาดาจึงได้เพิ่มเติมนิยามคำว่า “สัญลักษณ์” ขึ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยกำหนดนิยามให้ครอบคลุมทั้งเครื่องหมายการค้ารูปแบบดั้งเดิม และเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ อย่าง รูปร่างรูปทรง เสียง กลิ่น รสชาติ สัมผัส ไฮโลแกรม ภาพ 3 มิติ นั่นเอง โดยหากสัญลักษณ์ใดมีลักษณะบ่งเฉพาะ ก็ย่อมสามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้<sup>251</sup>

ดังนั้น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศแคนาดาจึงได้ให้นิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า” และ “สัญลักษณ์” ไว้ในมาตรา 2 ดังนี้

เครื่องหมายการค้า (Trademark) หมายความว่า สัญลักษณ์ (Sign) หรือ การรวมกันของสัญลักษณ์ (Combination of Signs) ซึ่งถูกใช้หรือมีวัตถุประสงค์ที่จะถูกใช้ (is used or proposed to be used) เพื่อแยกแยะความแตกต่าง (Distinguishing) ของสินค้าหรือบริการที่ใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวออกจากสินค้าหรือบริการที่ใช้สัญลักษณ์อื่น และรวมถึงเครื่องหมายรับรองด้วย (Certification Mark)

สัญลักษณ์ (Sign) ให้ความหมายรวมถึง (Including) คำ (Word) ชื่อของบุคคล (Personal Name) การออกแบบ (Design) ตัวอักษร (Letter) ตัวเลข (Number) สี (Colour) รูปร่างส่วนประกอบ (Figurative Element) รูปทรง 3 มิติ (Three-Dimensional Shape) ภาพ 3

<sup>250</sup> Toba Cooper and Daryna Kutsyna Christopher Heer, "Significant Amendments to the Canadian Trade-Marks Act Came into Force on June 17, 2019," [Online]. Available from: <https://www.heerlaw.com/changes-trademarks-act>

<sup>251</sup> Anna Clark and Jaclin Cassios (Dentons) Anna Loparco "Key Changes to Canada's Trademark Law,"(www.mondaq.com, 2018).

มิติ (Hologram) ภาพเคลื่อนไหว (Moving Image) หีบห่อหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า (Mode of Packaging Goods) เสียง (Sound) กลิ่น (Scent) รสชาติ (Taste) สัมผัส (Texture) หรือการจัดวางตำแหน่งของสัญลักษณ์ (Positioning of a Sign)

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากนิยามซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศแคนาดาแล้ว พบว่า ประเทศแคนาดายอมรับรสชาติในฐานะสัญลักษณ์ที่จะนำมาใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งหากรสชาติดังกล่าวถูกใช้หรือมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้ในการแยกแยะ ความแตกต่างของสินค้าหรือบริการ ย่อมถือว่ารสชาติมีลักษณะบ่งเฉพาะและอาจนำไปยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตาม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศแคนาดาได้นั่นเอง

### 3.2.3.2 เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศแคนาดามาตรา 12 กำหนดลักษณะของเครื่องหมายการค้าซึ่งสามารถจดทะเบียนได้ (Registrable) นั้น จะต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะ หรือประกอบด้วยลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นคำ (Word) ที่เป็นชื่อ (Name) หรือนามสกุล (Surname) ของบุคคลธรรมดา ซึ่งยังมีชีวิตอยู่ (who is living) หรือเสียชีวิตไม่เกิน 30 ปี
- (2) เป็นภาพวาด (Depicted) ภาพเขียน (Written) หรือเสียง (Sounded) ในภาษาอังกฤษหรือภาษาฝรั่งเศส ในลักษณะที่เป็นการบรรยายถึงคุณลักษณะ (Character) หรือคุณภาพ (Quality) ของสินค้าหรือบริการ หรือเป็นการบรรยายที่เกี่ยวข้องกับการใช้งาน วัตถุประสงค์ในการใช้ เงื่อนไขในการใช้ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการผลิต (The Persons Employed in Their Production) หรือแหล่งกำเนิด (Place of Origin) ของสินค้านั้น
- (3) เป็นชื่อของสินค้าหรือบริการที่สามารถเชื่อมโยงกับการใช้งานหรือวัตถุประสงค์ในการใช้งานของสินค้า ไม่ว่าในภาษาใด ๆ (In Any Language)
- (4) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว (Confusing with a Registered Trademark)

(5) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 9 หรือ 10 ดังรายละเอียดต่อไปนี้

(5.1) เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะต้องห้ามเด็ดขาดตามมาตรา 9 ซึ่งกำหนดไว้ว่า ห้ามบุคคลใดใช้เครื่องหมายที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายจนทำให้เกิดความสับสนหลงผิดกับเครื่องหมายที่มีลักษณะต่อไปนี้เป็นเครื่องหมายการค้าโดยเด็ดขาด

(1) ตราอาร์มหรือสัญลักษณ์ประจำราชวงศ์ (Royal Arms or Chest) หรือพระราชอิสริยยศ (Royal Standard)

(2) ตราอาร์มหรือสัญลักษณ์ประจำตัวของสมาชิกราชวงศ์

(3) พระราชอิสริยยศ (Standard) ตราอาร์มหรือสัญลักษณ์ของนายกรัฐมนตรี (His Excellency the Governor General)

(4) คำ (Word) หรือสัญลักษณ์ (Symbol) ซึ่งอาจทำให้สาธารณชนเชื่อได้ว่า เป็นสินค้าหรือบริการที่ถูกผลิต จำหน่าย หรือดำเนินการภายใต้ความอุปถัมภ์ของราชวงศ์ หรืออาศัยอำนาจของรัฐบาล

(5) ตราอาร์ม สัญลักษณ์หรือธงประจำประเทศแคนาดาหรือจังหวัดในประเทศแคนาดา

(6) เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์กาชาด (Emblem of the Red Cross on a White Ground)

(7) เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์เสี้ยววงเดือนแดง (Emblem of the Red Crescent on a White Ground) และคริสตัลแดง (Red Crystal) หรือเป็นสัญลักษณ์ที่มีลักษณะเทียบเท่าเครื่องหมายประจำชาติมุสลิมของประเทศอิหร่าน เช่น เครื่องหมายรูปสิงโตแดงกับดวงอาทิตย์ (The Red Lion and Sun) ซึ่งถือเป็นหนึ่งในเครื่องหมายกาชาดสำหรับการให้ความคุ้มครองหน่วยบริการทางการแพทย์ตามอนุสัญญาเจนีวา<sup>252</sup>

<sup>252</sup> สภากาชาดไทย, "การใช้เครื่องหมายกาชาด," [Online]. Available from:

<https://www.redcross.or.th/aboutus/emblem/>



(8) ธงประจำชาติ หรือตราอาร์ม สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายของประเทศในสหภาพยุโรป หรือเป็นสัญลักษณ์ของทางราชการ และเครื่องหมายรับรองมาตรฐานซึ่งแสดงถึงการควบคุมและการรับประกันจากประเทศในสหภาพยุโรป รวมถึงเครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร ธงประจำชาติ และเครื่องหมายอื่น ๆ ชื่อย่อ และชื่อขององค์การระหว่างประเทศตามมาตรา 6ter ของอนุสัญญากรุงปารีส

(9) คำหรือเครื่องหมายที่มีลักษณะทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง (Scandalous) เป็นคำหยาบหรือลามกอนาจาร (Obscene) หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Immoral)

(10) เครื่องหมายการค้าที่อาจทำให้บุคคลอื่นเสื่อมเสียหรือถูกเข้าใจผิด

(11) ภาพเหมือนหรือลายมือชื่อของบุคคลธรรมดา ซึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือเสียชีวิตไม่เกิน 30 ปี

(12) คำว่า “สหประชาชาติ” (“United Nations”) หรือสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายขององค์การสหประชาชาติ (The Official Seal or Emblem of the United Nations)

(13) เข็ม (Badge) ตรา สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายพระราชินี ตามกฎหมายป้องกันประเทศ (Her Majesty’s Forces as defined in the National Defence Act) หรือเข็ม ตรา สัญลักษณ์ของมหาวิทยาลัย หรือเป็นเครื่องหมายการค้าของราชการที่ใช้โดยองค์กรสาธารณะ (Public Authority)

(5.2) เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะต้องห้าม เต็มขาดตามมาตรา 10 กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่เป็นสัญลักษณ์หรือประกอบด้วยสัญลักษณ์ที่ถูก



ใช้โดยสุจริตเป็นการทั่วไปในทางการค้าจนเป็นที่ยอมรับในประเทศแคนาดาว่าเป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงคุณลักษณะ ประเภท คุณภาพ มูลค่า แหล่งกำเนิดของสินค้า วันที่ผลิตสินค้า

(6) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 10.1 กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders' Rights Act)

(7) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไวน์ (Wine) และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (Spirit) เว้นแต่เครื่องหมายการค้าที่จะจดทะเบียนเมื่อนำไปใช้กับสินค้าไวน์และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แล้วไม่สามารถระบุแหล่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายในประเทศได้

(8) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เว้นแต่เครื่องหมายการค้าที่ยื่นคำขอจดทะเบียนเมื่อนำไปใช้กับสินค้าเกษตรหรืออาหารแล้วไม่สามารถระบุแหล่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายในประเทศได้

(9) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายโอลิมปิกและพาราลิมปิก (Olympic and Paralympic Marks Act) กล่าวคือ เครื่องหมายที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโอลิมปิกและพาราลิมปิกย่อมไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้



นอกจากนี้ จะต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่ถูกใช้ (Is Used) หรือมุ่งหมายที่จะใช้ (Proposed to be Used) กับจำพวกสินค้าหรือบริการที่สามารถบ่งชี้ถึงประโยชน์ของการใช้งาน หรือหน้าที่ในการใช้สอย (Utilitarian Function) ของสินค้าหรือบริการนั้นได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะตามข้อ 1) หรือข้อ 2) อาจได้รับการจดทะเบียนก็ได้ กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่เป็นชื่อหรือนามสกุล หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการบรรยายถึงคุณลักษณะหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการ หรือเป็นการบรรยายถึงการใช้งาน วัตถุประสงค์ในการใช้ เงื่อนไขในการใช้ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการ

ผลิต หรือแหล่งกำเนิดของสินค้านั้น ย่อมสามารถนำมาจดทะเบียนได้ หากในวันที่ยื่นคำขอจดทะเบียน เครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ โดยพิจารณาจากสภาวะแวดล้อม รวมถึงระยะเวลาในการใช้เครื่องหมายการค้าประกอบกัน

### 3.2.3.3 สิทธิในเครื่องหมายการค้า

#### 1) สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน

มาตรา 30 (1) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า กำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอเพื่อจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองในการใช้ (Using) หรือเพื่อที่จะใช้ (Propose to Use) เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าหรือบริการของตนได้ในประเทศแคนาดา

#### (1) สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าซึ่งได้รับจดทะเบียนจากสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศแคนาดา (CIPO) แล้วนั้น ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการใช้ (Use) เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกับสินค้าหรือบริการตามจำพวกสินค้าหรือบริการที่ได้รับการจดทะเบียนภายในประเทศแคนาดาตาม มาตรา 19 กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าตามจำพวกที่ตนได้รับจดทะเบียนไว้ การโอนเครื่องหมายการค้าให้บุคคลอื่นใด ไม่ว่าจะเป็นการโอนพร้อมกิจการด้วยหรือไม่ก็ได้ ตลอดจนมีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้<sup>253</sup>

<sup>253</sup> Stuart C. McCormack, "Intellectual Property Law of Canada." pp 194-198.

(2) สิทธิในการป้องกันมิให้บุคคลอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า

มาตรา 20 กำหนดให้ เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิป้องกันห้ามมิให้ผู้อื่นละเมิดเครื่องหมายการค้าของตนโดยการกระทำการ ดังต่อไปนี้

a) ขาย (Sells) จำหน่าย (Distributes) หรือโฆษณา (Advertises) สินค้าหรือบริการที่มีการใช้เครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้าในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนได้ (with a confusing trademark or trade name)

b) ผลิต (Manufactures) ก่อให้เกิดการผลิต (Causes to be Manufactured) ครอบครอง (Possesses) นำเข้า (Imports) ส่งออก (Exports) หรือพยายามส่งออก (Attempts to Export) ซึ่งสินค้าซึ่งใช้เครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้าในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสน (with a confusing trademark or trade name) เพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย (Sale) หรือจำหน่าย (Distribution) สินค้าเหล่านั้น

c) ขาย (Sells) หรือจำหน่าย (Distributes) ซึ่งฉลาก (Label) หรือบรรจุภัณฑ์ (Packaging) ที่ปรากฏเครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้า โดยบุคคลนั้นรู้ (Knows) หรือควรรู้ (Ought to Know) ว่าฉลากหรือบรรจุภัณฑ์มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับสินค้าหรือบริการที่ไม่ใช่สินค้าหรือบริการของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า และการขาย จำหน่าย หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการที่มีการใช้เครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้าในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนได้

d) ผลิต (Manufactures) ก่อให้เกิดการผลิต (Causes to be Manufactured) ครอบครอง (Possesses) นำเข้า (Imports) ส่งออก (Exports) หรือพยายามส่งออก (Attempts to Export) ซึ่งฉลาก (Label) หรือบรรจุภัณฑ์ (Packaging) ที่ปรากฏเครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้า โดยบุคคลนั้นรู้ (Knows) หรือควรรู้ (Ought to Know) ว่าฉลากหรือบรรจุภัณฑ์มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับสินค้าหรือบริการที่ไม่ใช่สินค้าหรือบริการของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า และการขาย จำหน่าย หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการที่มีการใช้เครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้าในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนได้

อย่างไรก็ตาม สิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมไม่ถือเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลที่สามในการกระทำการใด ๆ ดังต่อไปนี้ และไม่ถือเป็นการที่บุคคลที่สามละเมิดเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายอีกด้วย

(1) การใช้โดยสุจริต (Bona Fide Use) ซึ่งชื่อของตนเป็นชื่อทางการค้า กล่าวคือ แม้ชื่อใดอย่างหนึ่งจะได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว แต่หากบุคคลใด ๆ มีชื่อที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้านั้น บุคคลดังกล่าวไม่ถูกห้ามและยังคงสามารถใช้ชื่อของตนนั้นได้ต่อไป แม้จะเป็นการใช้ทางการค้าก็ตาม

(2) การใช้โดยสุจริต (Bona Fide Use) ซึ่งชื่อทางภูมิศาสตร์ของสถานที่ตั้งของสถานประกอบการ และการใช้คำอธิบายถึงลักษณะหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการโดยตรง และไม่เป็นการใช้อย่างเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ บุคคลใด ๆ ย่อมมีสิทธิใช้ชื่อทางภูมิศาสตร์ของสถานที่ตั้งของสถานประกอบการเพื่ออธิบายหรือแสดงถึงลักษณะหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการโดยตรงได้ แต่ต้องไม่ใช่การใช้เครื่องหมายการค้า

ตัวอย่างเช่น การอธิบายว่าเป็นนาฬิกาในประเทศสวิตเซอร์แลนด์เพื่อแสดงว่านาฬิกาได้รับการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพและมีคุณภาพสูงนั่นเอง

(3) การใช้คุณสมบัติของสินค้าซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้า (Any Utilitarian Feature Embodied in the Trademark) กล่าวคือ ไม่อาจนำคุณสมบัติเกี่ยวกับการใช้สอยของสินค้ามาเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากไม่ว่าบุคคลใด ย่อมสามารถใช้คุณสมบัติของสินค้าเพื่ออธิบายเกี่ยวกับตัวของสินค้าว่ามีคุณสมบัติหรือการใช้สอยหรือใช้ประโยชน์อย่างไรได้

ตัวอย่างเช่น รูปร่างหรือรูปทรงของของเล่นตัวต่อเลโก้ เนื่องจากรูปร่างหรือรูปทรงของตัวต่อนั้นเป็นสิ่งที่อธิบายถึงคุณสมบัติในการใช้สอยของของเล่นประเภทตัวต่อ<sup>254</sup>

(4) การใช้เพื่อบ่งบอกข้อมูลเฉพาะสำหรับสินค้าประเภทไวน์และสุรา สินค้าเกษตร หรืออาหาร กล่าวคือ จะต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่บ่งบอกข้อมูลเกี่ยวกับ

<sup>254</sup> "Kirkbi Ag V. Ritvik Holdings Inc., 2005 Scc 65 (Canlii), [2005] 3 Scr 302,," (SUPREME COURT OF CANADA, 2005).

สินค้าประเภทไวน์ตาม Section 11.18(3) สุราตาม Section 11.18(4) สินค้าเกษตรหรืออาหารตาม Section 11.18(4.1)

ตัวอย่างเช่น Geneva Gin, Hollands Gin, London Gin หรือ Malt Whiskey Valencia Orange, Black Forest Ham, Parmesan หรือ St. George Cheese

นอกจากนี้ เมื่อเครื่องหมายการค้าได้รับจดทะเบียนแล้ว ผู้ยื่นคำขอจะได้รับหนังสือรับรองการจดทะเบียน ซึ่งถือเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้น (Prima Facie Evidence) ว่าบุคคลผู้ปรากฏชื่อในหนังสือรับรองเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า<sup>255</sup>

## 2) สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้รับการจดทะเบียน

แม้เครื่องหมายการค้าจะยังไม่ได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าก็ตาม เจ้าของเครื่องหมายยังคงมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกับสินค้าหรือบริการในประเทศแคนาดาได้ โดยได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายหลักทั่วไป (Common Law)<sup>256</sup> นอกจากนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังมีสิทธิป้องกันมิให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนกับสินค้าหรือบริการที่เหมือนหรือคล้ายในภูมิภาคเดียวกัน รวมถึงการฟ้องร้องต่อบุคคลที่ทำการลวงขาย (Passing off) ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการละเมิด (The Tort of Passing Off) ได้อีกด้วย<sup>257</sup>

<sup>255</sup> Neil Melliship and Jeffrey Vicq (Clark Wilson LLP), "Trademarks Comparative Guide,"(2019).

<sup>256</sup> Toba Cooper and Daryna Kutsyna Christopher Heer, "7 Benefits of Registering Your Trademark in Canada," [Online]. Available from: Christopher Heer, Toba Cooper and Daryna Kutsyna,

<sup>257</sup> Christopher Heer and Katie Wei, "The Differences between Unregistered and Registered Trademarks in Canada," [Online]. Available from: <https://www.heerlaw.com/differences-unregistered-registered-trademarks>

### 3.2.3.4 ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

แต่เดิม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศแคนาดากำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนไว้ 15 ปี แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2019 ได้มีการปรับกำหนดระยะเวลาลดลงเหลือเพียง 10 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามที่สนธิสัญญาสิงคโปร์ กำหนดไว้<sup>258</sup>

ดังนั้น ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว จึงมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ได้รับการจดทะเบียน และเมื่อครบระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนต่ออายุเครื่องหมายต่อไปได้อีก 10 ปี ตามที่บทบัญญัติในมาตรา 46

### 3.2.3.5 แนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ

ในการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศแคนาดา พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ข้อ 30 (2) หัวข้อ Contents of Application กำหนดให้คำขอจดทะเบียนจะต้องมีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) รายละเอียดเกี่ยวกับเงื่อนไขในทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการใช้ หรือจะใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการ

(2) ในกรณีที่เป็นเครื่องหมายรับรอง (A Certification Mark) จะต้องระบุรายละเอียด (Particulars of the Defined Standard) ในการใช้เครื่องหมายรับรองว่า มีวัตถุประสงค์ในการใช้เครื่องหมายรับรองเพื่ออะไรด้วย

(3) การบรรยาย (Representation) และ/หรือการพรรณนา (Description) ซึ่งทำให้เครื่องหมายการค้ามีความชัดเจน (Clear) และทำให้เครื่องหมายการค้านั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

<sup>258</sup> Peter Giddens, "Changes to Canada's Trademark Law Explained," [Online]. Available from: <https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/ChangestoCanadasTrademarkLawExplained.aspx>

(4) ข้อมูลหรือรายละเอียดใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง (Any Prescribed Information or Statement)

ทั้งนี้ ข้อบังคับเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า (Trademarks Regulation) ข้อ 31(e) กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติจะต้องระบุข้อมูลและรายละเอียดที่เกี่ยวข้อง (Any Prescribed Information or Statement) นอกจากนี้ ในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติจะต้องบรรยายเกี่ยวกับรสชาติได้อย่างชัดเจน (Clear) และสั้นกระชับได้ใจความ (Concise)<sup>259</sup>

ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยรสชาติชะเอมดำ (The trademark consists of the taste of black licorice.)



เมื่อทำการสืบค้นระบบฐานข้อมูลเครื่องหมายการค้าของประเทศแคนาดา (Canadian Trademarks Database) แล้ว พบว่า ระบบสืบค้นของประเทศแคนาดาสามารถค้นหาตามประเภทของเครื่องหมายการค้าได้ โดยมีการระบุเครื่องหมายการค้ารสชาติเป็นหนึ่งในประเภทเครื่องหมายการค้าในระบบสืบค้นแล้ว และเมื่อสืบค้นการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติทั้งหมด พบว่า มีผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ทั้งสิ้นจำนวน 30 ราย เป็นจำนวนทั้งสิ้น 31 คำขอ

Results found: 31 [Third-party disclaimer](#)

▼ Search Criteria

Your query was

Search for:	All
within category:	All
within type:	Taste
with status:	All
that were:	All from 1865-01-01 to 2020-07-28
with Vienna classifications:	None

View   Display

<sup>259</sup> Canadian Intellectual Property Office, "Practice Notices : Non-Traditional Trademarks,"(2019).

ทั้งนี้ คำขอจำนวน 31 คำขอล้วนอยู่ในสถานะ “FORMALIZED” ทั้งสิ้น สถานะ “FORMALIZED” เป็นสถานะที่ CIPO จะระบุไว้ในระบบสำหรับเครื่องหมายการค้าที่อยู่ในขั้นตอนแรกของการยื่นคำขอจดทะเบียน กล่าวคือ เมื่อผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนได้กรอกคำขอจดทะเบียนครบถ้วน (The Application) ได้แก่ ชื่อและที่อยู่ของผู้ยื่นคำขอ เครื่องหมายการค้า จำพวกสินค้าหรือบริการ รวมทั้งได้ชำระค่าธรรมเนียม (The Application Fee) เรียบร้อยแล้ว CIPO จะระบุ (Assign) วันที่ยื่นคำขอ (A Filing Date) และเลขที่คำขอให้แก่ผู้ยื่นคำขอ (An Application Number) และจะบันทึกคำขอจดทะเบียนเข้าสู่ฐานข้อมูล (Canadian Trademarks Database) โดยเครื่องหมายการค้าใดอยู่ในขั้นตอนนี้ CIPO จะถูกระบุสถานะในระบบว่า “FORMALIZED” นั้นเอง และเป็นขั้นตอนก่อนนายทะเบียนทำการตรวจสอบ (Examination) คำขอและรายละเอียดของเครื่องหมายการค้า ว่าเป็นเครื่องหมายที่สามารถรับจดทะเบียนได้หรือไม่ต่อไป<sup>260</sup>

คำขอจำนวน 31 คำขอมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

**1) คำขอเลขที่ 1975865**

เครื่องหมายการค้ารสชาติเค็มของน้ำเชื่อมเมเปิ้ลกับขิง (The trademark consists of the taste of salted maple syrup with ginger.) ของบริษัท Endurance Tap Incorporated สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ เครื่องดื่มรูปแบบเจลสำหรับให้พลังงาน (Energy Gels) อาหารอัดแท่งให้พลังงาน (Energy Bars) ผงละลายสำหรับดื่มทดแทนการเสียพลังงานและเกลือแร่ (Dissolving Powder for Making Energy and Electrolyte Replacement Drinks)

**2) คำขอเลขที่ 1976530**

เครื่องหมายการค้ารสชาติสปาร์คกลิ้งไวน์โบรเซ็กโก (Prosecco is the name of a Sparkling Wine) ของบริษัท The Brosé Group Inc Jason Meyers Jason Trenton สำหรับ

<sup>260</sup> Canadian Intellectual Property Office, "How Your Trademark Application Is Processed,"(2018).



รายการสินค้า ดังนี้ ไวน์ (Wine) ไวน์องุ่น (Grape Wine) สปาร์คกลิ้งไวน์ (Sparkling Wine) ไวน์ขาว (White Wine)

**3) คำขอเลขที่ 1976641**

เครื่องหมายการค้ารสชาติชาชนิดต่าง ๆ ของบริษัท Meysam Yaghoobi สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ ชาดำ (Black Tea), ชาสมุนไพร (Herbal Tea), ชาเขียว (Green Tea), ชาที่มีรสชาติต่าง ๆ (Flavoured Tea) เครื่องดื่มไม่ผสมแอลกอฮอล์ (None-Alcoholic Drinks) น้ำอัดลม (Soft Drinks) และชาบรรจุถุงทุกชนิด (All Kind of Tea Bags)

**4) คำขอเลขที่ 1979870**

เครื่องหมายการค้ารสชาติกาแฟดำคั่ว (The Taste of Dark Roast Coffee) ของบริษัท Glenn Decaries สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ กระดาษห่อ (Wrapping) และบรรจุภัณฑ์ (Packaging) สำหรับบรรจุกาแฟ

**5) คำขอเลขที่ 1980021**

เครื่องหมายการค้าอาหารประเภทไข่เจียว (The Taste of Omelet) ของบริษัทร้านอาหาร RAJU OMELET CANADA INC. สำหรับรายการสินค้าอาหารประเภทไข่และอาหารที่ปรุงด้วยเครื่องเทศของอินเดีย (Egg variations and dishes made with Indian spices) และบริษัทได้บรรยายรายละเอียดไว้ในคำขอ ดังนี้ “อาหารประเภทไข่และอาหารที่ทำจากเครื่องเทศของอินเดีย ดังต่อไปนี้ ข้าวและไข่ต้มที่ผัดด้วยเนยและเครื่องเทศ (Butter Boil Tikka Rice), ไข่ต้มที่ทอดด้วยเนยและเครื่องเทศ (Butter Boil Tikka), ไข่เจียวที่ทอดด้วยเนยที่ผัดกับมะเขือเทศและสมุนไพร (Butter Crush Bhurji), ไข่ดาวทอดด้วยเนย (Butter Crush Half Fry), ไข่ดาวทอดด้วยเนยและเครื่องเทศมาซาลา (Butter Masala Half Fry), ไข่เจียวที่ทอดด้วยเนย (Butter Omelet), ไข่ต้มที่ทอดด้วยเนยและเครื่องเทศสีเขียวและใบมินต์ (Green Boil Tikka), ไข่เจียวที่ทอดด้วยเนย

ละลายและครีมชีสรสชาติเข้มข้น (Green Cheese), ข้าวและไข่ที่ผัดผสมกับเครื่องแกงสีเขียวซึ่งทำจากผักชีและพริกเขียว (Green Putav) เป็นต้น

**6) คำขอเลขที่ 1982280-1982281**

เครื่องหมายการค้ารสชาติน้ำมันมะกอกคุณภาพสูงและน้ำส้มสายชูบัลซามิก (The taste of high quality olive oil and balsamic vinegar) ของบริษัท Sous les oliviers inc. สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ น้ำมันมะกอกบริสุทธิ์ น้ำมันมะกอกสำหรับปรุงอาหาร เครื่องปรุงรส น้ำมันสำหรับปรุงรส เครื่องเทศสำหรับใช้ปรุงอาหาร ผงปรุงรสอาหาร

**7) คำขอเลขที่ 1983307**

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารของร้านอาหาร (The Taste of Restaurant) ของบริษัท Local Kitchen & Wine Bar Inc. สำหรับบริการสถานบันเทิงและร้านอาหาร (Bar and Restaurant Services)

**8) คำขอเลขที่ 1983533**

เครื่องหมายการค้ารสชาติชา (The Taste of Tea) ของบริษัท Amizone Inc. สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ เครื่องดื่มที่ทำจากชา (Beverages made of Tea), ชาดำ (Black Tea), ชาซีลอน (Citron Tea), ชาผลไม้ (Fruit Teas) ชาเอิร์ลเกรย์ (Earl Grey Tea), ชาเย็น (Iced Tea), ชามะนาว (Lime Tea), ชาเขียวญี่ปุ่น (Japanese Green Tea), ชาสมุนไพร (Herbal Teas), ชาอูหลง (Oolong Tea), กาแฟใส่นม (Coffee Beverages with Milk), กาแฟเย็น (Iced Coffee), ช็อคโกแลต (Chocolate) ขนมพุดดิ้ง (Dessert Puddings), แซนวิช (Sandwiches), ขนมปังกระเทียม (Garlic Bread), น้ำผึ้ง (Honey), น้ำเชื่อมเมเปิ้ล (Maple Syrup) เป็นต้น

9) คำขอเลขที่ 1985296

เครื่องหมายการค้ารสชาติหวานของของขนมอบ (The Taste of Sweet Bakery) ของบริษัท Ontario LTD// Fairy Sweet สำหรับสินค้าจำพวกอาหารอบ (Baked Goods) ผลิตภัณฑ์คีโต (Keto Products) และกระบวนการทำขนมหวาน (Confections Process)

10) คำขอเลขที่ 1987966

เครื่องหมายการค้ารสชาติเนื้อแกะหมัก (The Taste of Brewing Lamb) ของบริษัท La Bèlerie S.E.N.C. สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ ไส้กรอกเนื้อสัตว์ เนื้อสัตว์แช่แข็ง และบริษัทได้บรรยายรายละเอียดไว้ในคำขอ ดังนี้ “เนื้อแกะที่ได้จากการหมัก ซึ่งมีความนุ่มกว่าปกติเพราะถูกเลี้ยงด้วยธัญพืชที่ผ่านการต้มมาแล้วหลายครั้ง”

11) คำขอเลขที่ 1989074

เครื่องหมายการค้ารสชาติเผ็ดร้อนของพริก (The Taste of Chilly Hot) ของบริษัท Lea and Dahlia Khan สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ ซอสเผ็ด (Hot Sauce) ซอสพริก (Pepper Sauce) ซอสสำหรับเนื้อบ่าปิ้ง (Sauces for Barbecued Meat)

12) คำขอเลขที่ 1990338

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารประเภทเนื้อ (The Taste Meats) ของบริษัท Sarah Armstrong สำหรับบริการเป็นตัวแทนอาหาร (Food Presentation) และบริษัทได้บรรยายรายละเอียดไว้ในคำขอ ดังนี้ “อาหารประเภทเนื้อซึ่งถูกหั่นเป็นทรงพีระมิดและเสียบไม้ก๊อ (Platter of Meats, Formed in the Shape of a Pyramid Consists of Sticks), ไส้กรอกของกรีก (Greek sausage) เครื่องในวัว (Beef Patties) และเมนู Gyros เนื้อ (Loose Sliced Gyro Meats)”

**13) คำขอเลขที่ 1996313**

เครื่องหมายการค้ารสชาติชา (The Taste of Tea) ของบริษัท Denise Atkinson Marc H. สำหรับรายการสินค้า ชาข้าวป่า (Wild Rice Tea)

**14) คำขอเลขที่ 2001101**

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารที่ถูกปรุงด้วยการย่างแบบบาบีคิวของอเมริกาใต้ (The Flavour of the South American style of BBQ'ing) ของบริษัท Sebastian & Co Fine Meats Ltd. สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ เครื่องเทศที่สามารถกินได้ (Edible Spices) เครื่องปรุงรสอาหาร (Food Seasonings) เกลือปรุงรส (Seasoned Salt) เครื่องเทศ (Spices) เครื่องเทศในรูปแบบผง (Spices in the Form of Powders) และบริษัทได้บรรยายรายละเอียดไว้ในคำขอ ดังนี้ “รสชาติที่ได้รับแรงบันดาลใจจาก Asado ซึ่งเป็นเทคนิคในการย่างบาบีคิวของอเมริกาใต้ (The South American Style of BBQ'ing) โดยบริษัทได้จับเอารสชาติซึ่งมีเอกลักษณ์ในการย่างด้วยกลิ่นของไม้ควีนส์ส้ม (A Slight Tang of Citrus) และถ่านแท้ เพื่อใช้สำหรับย่างเนื้อสัตว์ ปลา เต้าหู้ เบอเกอร์ ผัก และอื่น ๆ โดยสามารถใช้ได้ทั้งการอบ การย่าง และการรมควัน”

**15) คำขอเลขที่ 2005399**

เครื่องหมายการค้ารสชาติบาบีคิว (The Taste of BBQ) ของบริษัท Happy A&J Enterprise Ltd. สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ บาบีคิวสไตล์อเมริกาใต้ (Southern Style BBQ) และไก่ทอด (Fried Chicken)

**16) คำขอเลขที่ 2006111**

เครื่องหมายการค้ารสชาติดาร์กช็อกโกแลต (The Taste of Dark Chocolates) ของบริษัท Opus Enterprises สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ ช็อกโกแลต (Chocolate)

ช็อคโกแลตแห่งผสมกัญชา (Chocolate Bars Infused with Cannabis) และบริษัทได้บรรยายรายละเอียดไว้ในคำขอ ดังนี้ “After Dark Chocolates เป็นผลิตภัณฑ์ที่เป็นมิตรกับผู้ป่วยโรคเบาหวาน (Diabetic Friendly) ปราศจากน้ำตาล (Sugar Free) เป็นมังสวิรัติ (Vegan) ทำจากผลิตภัณฑ์ออแกนิก (Organically Sourced) เป็นผลิตภัณฑ์กัญชาที่สามารถกินได้ (Line of Cannabis Edibles) ซึ่งถูกผสมรวมในระดับที่เหมาะสม โดยในปัจจุบันมีหลายรสชาติ เช่น รสเค็ม (“SALTY PETER”) รสโฮเวอร์มินต์ (“HOVER MINT”) รสส้ม (“ORANGE YOU GLAD”) รสมะนาว (“BLIMEY! KEYLIMEY”) รสเนยถั่ว (“PEANUT BETTER”) เป็นต้น”

### 17) คำขอเลขที่ 2009091

เครื่องหมายการค้ารสชาติเครื่องดื่มของประเทศแคนาดา ซึ่งได้แก่ เบียร์ ไวน์ กาแฟ ชา น้ำอัดลม และเครื่องดื่มประเภทกลั่น (Beer-Wine-Coffee-Tea-Soft Drinks-Bottled Water-Distilled Beverages) ของบริษัท un Saveur du Canada สำหรับรายการสินค้าจำพวกที่ 16 กระดาษและสิ่งพิมพ์ (Paper and Printed goods) และบริษัทได้บรรยายรายละเอียดไว้ในคำขอ ดังนี้ “รสชาติของเบียร์ ไวน์ กาแฟ ชา น้ำอัดลม เครื่องดื่มประเภทกลั่น เช่น เหล้า เหล้าจิน (Gin) วอดก้า (Vodka) สก๊อตวิสกี้ (Scotch Whiskey) เหล้ารัม (Rum) และเวอร์มูต (Vermouth) ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรของแคนาดา (Canadian Agriculture Products) ซึ่งถูกใช้ในงานบริการด้านการกระจายเสียงและการบันเทิงสำหรับรายการโทรทัศน์ (Broadcasting and Entertainment Services for a TV Show) การจัดเตรียมสำหรับงานเลี้ยงและบริการร้านอาหาร (Provision for Banquet & Restaurant Services) การให้บริการอาหารและเครื่องดื่มแก่สาธารณชน (The Serving of Food and Beverages to Member of the Public)”

### 18) คำขอเลขที่ 2009641

เครื่องหมายการค้ารสชาติบรันดีรสผลไม้ (The Taste of Fruit Brandy's) ของบริษัท Keeghan Isenor, Kieran Isenor, - OG Distillery. สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ บรันดี

(Brandy) ค็อกเทลบรันดี (Cocktail Brandy) บรันดีรสเชอร์รี่ (Cherry Brandy) บรันดีสำหรับทำอาหาร (Cooking Brandy)

### 19) คำขอเลขที่ 2009726

เครื่องหมายการค้ารสชาติมี้อาหารแบบวลาตีมีร์ ปูติน (Vladimir Poutine Concept) ซึ่งเป็นอาหารประกอบไปด้วยเนื้อและมันฝรั่งทอดราดด้วยชีสและเกรวี่<sup>261</sup> ของบริษัท Henry Wolfond & Arron Barberian สำหรับรายการสินค้าเกี่ยวกับนม (Dairy Curd) มันฝรั่งทอด (French Fries) เกรวี่เนื้อสัตว์ (Meat Gravies) และบริษัทได้บรรยายรายละเอียดไว้ในคำขอ ดังนี้ “มี้อาหารแบบวลาตีมีร์ ปูติน คืออาหารที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะร้านอาหาร ผลิตภัณฑ์อาหารสำเร็จรูป การตลาด และกิจการส่งเสริมการขาย (The Vladimir Poutine concept is a food related business not limited to, restaurants, packaged food products, marketing & promotional events, etc.)”



### 20) คำขอเลขที่ 2013310

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารฟิลิปปินส์ (The Taste of Filipino food) ของบริษัท ABS-CBN CANADA ULC สำหรับบริการจำพวก การโฆษณาสินค้าและบริการต่าง ๆ (Advertising the Goods and Services of Others) การบันเทิงในรูปแบบการแสดงการเต้น (Dance performances), การแสดงสดทางดนตรี (Live Musical) และจัดงานเทศกาล (Organizing Community Festivals)

<sup>261</sup> "Vladimir Poutine," [Online]. Available from: <https://foodperestroika.com/2011/03/06/vladimir-poutine/>

**21) คำขอเลขที่ 2014872**

เครื่องหมายการค้ารสชาติเนื้อเสียบไม้ย่างแบบตะวันออกกลาง (The Taste of Shawarma) ของบริษัท K&W Shawarma and Restaurant INC สำหรับร้านอาหารที่ให้บริการอาหารและเครื่องดื่ม โดยเฉพาะเนื้อเสียบไม้ย่างแบบตะวันออกกลาง (Shawarma) และอาหารเมดิเตอร์เรเนียน (Mediterranean food)

**22) คำขอเลขที่ 2023547**

เครื่องหมายการค้ารสชาติเนื้อย่างแบบบราซิล (BARBEQUE) ของบริษัท Reuben Riley สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ เนื้อสัตว์ (Beef) เนื้อไก่ (Chicken) สลัดโคลสลอว์ (Coleslaw) เนื้อหมู (Pork)

**23) คำขอเลขที่ 2031307**

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารอินเดีย (Indian Cuisine) ของบริษัท Kulvinder Mann สำหรับบริการบาร์และภัตตาคาร (Bar and Restaurant Services)

**24) คำขอเลขที่ 2031750**

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารของบริษัท Hook + Ladder Digital สำหรับบริการส่งอาหารโดยภัตตาคาร (Delivery of Food by Restaurants) บริการสอนทำอาหาร (Cooking Instruction)

**25) คำขอเลขที่ 2034074**

เครื่องหมายการค้ารสชาติทาโก้ (Taco) ของบริษัท Fabio Molina สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ พุดดิ้งขนมปัง (Bread pudding) เบอร์ริโต (Burritos) นาโชส (Nachos) ทาโก้ (Tacos) เบียร์ (Beer) น้ำดื่มบรรจุขวด (Bottled Water) น้ำอัดลม (Soft Drinks) เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ค็อกเทล (Alcoholic Cocktails)

**26) คำขอเลขที่ 2035318**

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารที่ประกอบด้วยแลคโตส โคเชอร์และส่วนผสมที่ปราศจากถั่ว (Lactose, Kosher and Nut Free Specialty Food Mixes.) ของบริษัท Constantinos Kentros สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ เค้ก (Cake) ขนมหวาน (Dessert) แพนเค้ก (Pancakes) และวาฟเฟิล (Waffles)

**27) คำขอเลขที่ 2036787**

เครื่องหมายการค้ารสชาติขนมคุกกี้กรอบ (Crispy Guokui) ของบริษัท Famous Bird Ltd. สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ เครื่องเทศอบ (Baking spices) ซอสบาร์บีคิว (Barbecue Sauce) ขนมปัง (Bread) ขนมหวาน (Pastries) เครื่องปรุงรส (Confectionery) ผงฟู (Baking Powder) เกลือ (Salt) เครื่องปรุงรส (Seasonings)

**28) คำขอเลขที่ 2037750**

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาหารอินเดียของบริษัท Tongue 2 Tummy สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ อาหารและขนมทานเล็กพร้อมด้วยขนมหวานและถั่ว (Snacks and Meals featuring restaurant Sweets and Refreshments Nuts) เครื่องเทศ (Spices) ธัญพืชและผลิตภัณฑ์จากนม (Grains and Dairy products)



### 29) คำขอเลขที่ 2038169

เครื่องหมายการค้ารสชาติกาแฟ (Coffee Flavor) ของบริษัท Zekirija Alievski สำหรับสินค้ากาแฟ (Coffee)

### 30) คำขอเลขที่ 2041109

เครื่องหมายการค้ารสชาติเครื่องเทศท้องถิ่นและสมุนไพรของบริษัท Daniel Picard สำหรับรายการสินค้า ดังนี้ น้ำตาลเมเปิ้ล เกลือทะเล พริกไทย ผงกระเทียม หัวหอม และพริก

#### 3.2.4 ประเทศนิวซีแลนด์

ประเทศนิวซีแลนด์เป็นประเทศที่มีลักษณะเป็นเกาะตั้งอยู่ทางตอนใต้ของประเทศออสเตรเลีย เดิมประเทศนิวซีแลนด์เป็นที่อาศัยของชาวเมารี (Maori) โดยในปี ค.ศ. 1769 กัปตันเจมส์ คุก ชาวอังกฤษได้เดินเรือเข้ามา มีการทำการค้าขาย และแลกเปลี่ยนอารยธรรมระหว่างกัน อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1840 ได้มีการประกาศว่าประเทศนิวซีแลนด์เป็นของเครือจักรภพอังกฤษ และทำสนธิสัญญาไวตังกิ (Treaty of Waitangi) กับหัวหน้าเผ่าของชาวเมารี เพื่อสงบศึกระหว่างชาวเมารีด้วยกันเองและกับชาวยุโรป และแม้ในปัจจุบันจะถือว่าประเทศนิวซีแลนด์เป็นประเทศที่มีเอกราชสามารถปกครองตนเอง แต่ก็ยังคงถือว่าอยู่ในเครือจักรภพ อันมีองค์สมเด็จพระบรมราชาธิราชินีนาถแห่งอังกฤษเป็นประมุข ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย<sup>262</sup>

การให้คุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศนิวซีแลนด์นั้นเกิดขึ้นช้ากว่าทางฝั่งยุโรป กล่าวคือ ในขณะที่ในสหราชอาณาจักรมีการปฏิวัติอุตสาหกรรม ซึ่งส่งผลให้มีการผลิตสินค้าที่เหมือนกันเป็นจำนวนมากออกจากโรงงาน จึงได้มีการประกาศและบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าแล้ว แต่ประเทศนิวซีแลนด์ยังคงเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับเกษตรกรรม

<sup>262</sup> Immigration New Zealand, "A Brief History," ed. Innovation and Employment Ministry of Business(2020).

โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการทำประมงโดยใช้เชือกในการจับสัตว์น้ำ ซึ่งการทำประมงโดยใช้เชือกนั้นไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใด จึงมีการคิดค้นการทำประมงในรูปแบบใหม่ ๆ อยู่เสมอ จนกระทั่งเมื่อบริษัท Kiwi Ingenuity ได้คิดค้นเครื่องมือเพื่อใช้ในการจับสัตว์น้ำขึ้น ซึ่งถือเป็นเครื่องมือที่ได้รับความนิยมและมีการใช้อย่างแพร่หลายในชาวประมงทั่วประเทศ และเมื่อเครื่องมือจับสัตว์น้ำของบริษัท Kiwi Ingenuity ได้รับความนิยมทำให้มีการผลิตเครื่องมือจับสัตว์น้ำออกมาเป็นจำนวนมาก และมีการใช้เครื่องหมายเพื่อแสดงให้ชาวประมงและสาธารณชนทราบว่าเครื่องมือดังกล่าวเป็นของผู้ผลิตรายใด ดังนั้น เมื่อมีการใช้เครื่องมือในการแยกแยะความแตกต่างและแสดงแหล่งที่มาของสินค้าแล้ว จึงเกิดการผลักดันให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าขึ้น ๆ ด้วย<sup>263</sup> ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรกของประเทศนิวซีแลนด์ จึงถูกร่างขึ้นภายใต้ชื่อ “Trade Marks Act 1866” ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้รับหลักการส่วนใหญ่มาจากกฎหมายเกี่ยวกับการลวงขายของประเทศอังกฤษ (British Merchandise Marks Act of 1862) และเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายแรกที่ได้รับการจดทะเบียนในประเทศนิวซีแลนด์ เป็นเครื่องหมายการค้าชื่อของบริษัท JAS. Hennessy & Co. สำหรับสินค้าจำพวกขวดบรันดี<sup>264</sup>

ทั้งนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศนิวซีแลนด์ฉบับปัจจุบัน ได้แก่ Trade Marks Act 2002 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมเครื่องหมายการค้าภายใต้ระบบการจดทะเบียนเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า โดยบัญญัติให้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการใช้เครื่องหมายการค้าและมีสิทธิในการป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ โดยเมื่อเครื่องหมายการค้าได้รับจดทะเบียนแล้ว เจ้าของเครื่องหมายย่อมสามารถนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปใช้กับสินค้าของตนเพื่อขายและจำหน่ายแก่สาธารณชนได้ นอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวยังจัดให้มีระบบสืบค้นเครื่องหมายการค้า (A Searchable Register of Trade Marks) เพื่อให้สาธารณชน และผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการสามารถสืบค้นได้ว่าเครื่องหมายใดได้รับการจดทะเบียนแล้วและเป็นเครื่องหมาย

<sup>263</sup> AJ Park, "The History of Ip in 3 Minutes,"(2017).

<sup>264</sup> New Zealand Intellectual Property Office, "History of Ip in New Zealand," [Online] Accessed: 31 March 2020. Available from: <https://www.iponz.govt.nz/about-iponz/history-of-ip-in-new-zealand/>

ของใคร<sup>265</sup> โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ประสงค์ให้เครื่องหมายการค้าของตนได้รับความคุ้มครองในประเทศนิวซีแลนด์ สามารถยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand Intellectual Property Office หรือ IPONZ)

### 3.2.4.1 นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”

บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศนิวซีแลนด์ได้กำหนดนิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า (Trade Mark)” และ “สัญลักษณ์ (Sign)” ซึ่งจะนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 5 ดังนี้

“เครื่องหมายการค้า (Trade Mark) หมายความว่า สัญลักษณ์อย่างใด ๆ (Any Sign) ซึ่งสามารถแสดงออกมาเป็นรูปธรรม (Being Represented Graphically) และถูกใช้แยกแยะความแตกต่าง (Distinguishing) ของสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น

สัญลักษณ์ (Sign) ให้ความหมายรวมถึง (Includes) ยี่ห้อ (Brand) สี (Colour) เครื่องหมาย (Device) หัวข้อ (Heading) ฉลาก (Label) ตัวอักษร (Letter) ชื่อ (Name) ตัวเลข (Numeral) รูปร่างรูปทรง (Shape) ลายมือชื่อ (Signature) กลิ่น (Smell) เสียง (Sound) รสชาติ (Taste) หรือป้าย (Ticket) คำ (Word) และสิ่งเหล่านี้รวมกัน (Any Combination of Signs)”

เมื่อพิจารณาแล้ว พบว่า ประเทศนิวซีแลนด์กำหนดให้รสชาติว่าเป็นหนึ่งในสัญลักษณ์ ซึ่งอาจนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากสามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรมและสามารถใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าของบุคคลอื่นได้ ดังที่จะเห็นได้จากการที่ประเทศนิวซีแลนด์ได้บัญญัติคำว่า “รสชาติ” ไว้อย่างชัดเจนในนิยามของคำว่า “สัญลักษณ์ (Signs) นั้นเอง

<sup>265</sup> Rob Batty, "The Challenges of Prior Use to New Zealand Registered Trade Mark Law," [Online] Accessed: 17 April 2020. Available from: <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2014/11.pdf>

### 3.2.4.2 เงื่อนไขของการเป็นเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดลักษณะเครื่องหมายการค้าที่อาจนำไปยื่นขอจดทะเบียนได้ ดังต่อไปนี้

(1) เครื่องหมายการค้าจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 18 กล่าวคือ นายทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องไม่รับจดทะเบียนในกรณีดังต่อไปนี้

- 1.1) สัญลักษณ์นั้นไม่อาจเป็นเครื่องหมายการค้า
- 1.2) เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ (No Distinctive Character)
- 1.3) เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยสัญลักษณ์หรือสิ่งบ่งชี้เพียงอย่างเดียว (Only of Signs or Indications) ซึ่งเมื่อนำมาใช้ในทางการค้าแล้ว เป็นการระบุถึงชนิดคุณภาพ ปริมาณ วัตถุประสงค์ มูลค่า แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ เวลาในการผลิตหรือให้บริการ หรือลักษณะอื่นของสินค้าหรือบริการในทางการค้าได้
- 1.4) เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยสัญลักษณ์ หรือสิ่งบ่งชี้ซึ่งกลายเป็นสิ่งสามัญในภาษาที่ใช้กันในปัจจุบัน หรือเป็นสิ่งสามัญที่ใช้กันโดยสุจริตในประเพณีปฏิบัติทางการค้า

อย่างไรก็ตาม นายทะเบียนอาจไม่ปฏิเสธการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวก็ได้ หากนายทะเบียนได้พิจารณาผลของการใช้ และสภาวะแวดล้อมอื่น ๆ ก่อนวันที่มีการยื่นคำขอจดทะเบียนแล้วพบว่า เครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้

(2) เครื่องหมายการค้าจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้น นายทะเบียนย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ดังต่อไปนี้

- 2.1) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ตามมาตรา 20 กล่าวคือ คณะกรรมการเครื่องหมายการค้าย่อมไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหากเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีลักษณะเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์และสุรา ตาม Geographical Indications (Wine and Spirits) Registration Act 2006 หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับไวน์หรือสุรา แต่ไม่ได้เกิดขึ้นใน

แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ ซึ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ขึ้นทะเบียนไว้ หรือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่มีแนวโน้มสร้างความหลอกลวงหรือสร้างความสับสนหลงผิดได้

ตัวอย่างเช่น การระบุว่าเป็นไวน์ตามสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หนึ่ง แต่ความจริงแล้วไม่ใช่ไวน์จากแหล่งดังกล่าว เพื่อแสดงให้เห็นผู้บริโภคหรือสาธารณชนเข้าใจว่าเป็นไวน์ที่มีคุณภาพสูงนั่นเอง

2.2) เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยชื่อ หรือสูตรทางเคมีซึ่งมีการใช้อย่างทั่วไป และชื่อที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นชื่อหรือส่วนประกอบ หรือส่วนผสมทางเคมีอย่างใด ๆ ตามมาตรา 21 กล่าวคือ นายทะเบียนจะไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีประกอบด้วยชื่อหรือสูตรทางเคมีซึ่งมีการใช้อย่างทั่วไป (Commonly Used Chemical Names) และชื่อที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นชื่อหรือส่วนประกอบหรือส่วนผสมทางเคมีอย่างใด ๆ (Any Single Chemical Element or Single Chemical Compound) แต่ไม่รวมถึงคำที่ถูกใช้เพื่ออธิบายเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ ประกอบรวมกับชื่อหรือคำอธิบายเกี่ยวกับการใช้งาน และเป็นการใช้โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตแล้ว

ตัวอย่างเช่น คำว่า “H<sub>2</sub>O” ย่อมไม่ได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ แต่ยังคงสามารถใช้คำดังกล่าวในการอธิบายเกี่ยวกับการใช้งานของผลิตภัณฑ์แก่สาธารณชนได้

2.3) เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยชื่อของบุคคล ที่ไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 23 กล่าวคือ เมื่อเครื่องหมายการค้าที่นำมายื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยชื่อของบุคคล จะต้องยื่นประกอบกับหนังสืออนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Consent) ของบุคคลนั้น หรือตัวแทนทางกฎหมายของบุคคลนั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวได้เสียชีวิตไปแล้วเกินกว่า 10 ปีก่อนวันที่ยื่นคำขอ หรือนายทะเบียนเห็นว่าไม่สามารถได้รับความยินยอมด้วยเหตุผลประการอื่นใด

2.4) เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยชื่อราชวงศ์ หรือชื่อสมาชิกภายในราชวงศ์ (A Representation of Her Majesty or Any Member of the Royal Family) เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้องให้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ตามมาตรา 24

2.5) เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยรูปภาพของธง (Flag) เครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร (Armorial Bearing) ตราประจำตำแหน่ง (Insignia) เหรียญตรากล้าหาญ (Orders of Chivalry) หรือเครื่องราชอิสริยาภรณ์ (Decorations) อื่นใด เว้นแต่คำยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะประกอบด้วยหนังสือให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ที่มิสิทธิอนุญาตและระบุนุญาตให้ใช้อย่างเครื่องหมายการค้าได้ ตามมาตรา 27

ตัวอย่างเช่น ตราอาร์มประจำสมเด็จพระราชินีอลิซาเบธ



2.6) เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยธง (Flags) หรือ เครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร (Armorial Bearing) ตัวย่อ (Abbreviation) ชื่อ (Names) ของรัฐอื่นที่เป็นประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงปารีสหรือความตกลงทริปส์ หรือเป็น ธง หรือเครื่องหมายยศหรือตำแหน่งทางการทหาร ตัวย่อ ชื่อของรัฐอื่นที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ อนุสัญญากรุงปารีสหรือความตกลงทริปส์ โดยปราศจากความยินยอมจากผู้มีอำนาจ รวมทั้ง สัญลักษณ์ของทางราชการ (Official Signs) และเครื่องหมายรับรองมาตรฐาน (Hallmarks) ซึ่งแสดง ถึงการควบคุมและการรับประกันจากหน่วยงานราชการของประเทศที่เป็นประเทศภาคีสมาชิกของ อนุสัญญากรุงปารีสและความตกลงทริปส์ ตามมาตรา 28

2.7) เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยเครื่องหมายยศ หรือตำแหน่งทางการทหาร (Armorial Bearing) หรือธง (Flags) หรือตราหรือเครื่องหมายอื่นใด (Emblem) หรือตัวย่อ (Abbreviation) ชื่อ (Names) ขององค์การระหว่างประเทศ (International Intergovernmental Organisation) หรือของประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งเป็นสมาชิกและเป็น เครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุงปารีสหรือความตกลงทริปส์ ตามมาตรา 29

(3) เครื่องหมายการค้าจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของ บุคคลอื่นซึ่งได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้ว ตามมาตรา 25 กล่าวคือ นายทะเบียน เครื่องหมายการค้ายอมปฏิเสธการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าซึ่งมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้าย

กับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนสำหรับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันก็ตาม รวมถึงเครื่องหมายการค้าซึ่งมีส่วนประกอบสำคัญที่เหมือนหรือคล้าย หรือเป็นการแปลงจากเครื่องหมายการค้าซึ่งมีชื่อเสียงในประเทศนิวซีแลนด์ (Well-Known)

### 3.2.4.3 สิทธิในเครื่องหมายการค้า

#### 1) สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดให้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน ถือเป็นทรัพย์สินของบุคคล (Personal Property) และสามารถถูกบังคับในลักษณะเดียวกับทรัพย์สิน (may be enforced in the same way) ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 9 นั้นเอง

นอกจากนี้ มาตรา 10 ยังบัญญัติให้การรับรองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะกระทำการใด ๆ ในเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอีกด้วย กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว (The Owner of a Registered Trade Mark) เป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ที่จะกระทำการใด ๆ ดังต่อไปนี้ ตลอดจนมีสิทธิไปรับการเยียวยา (Remedies) ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนี้ให้การรับรองไว้

- (1) ใช้เครื่องหมายการค้า (Use the Registered Trade Mark) กับสินค้าหรือบริการตามที่ได้รับจดทะเบียน
- (2) อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ (Authorise Other Persons to Use) เครื่องหมายการค้าของตน
- (3) โอน (Assign) หรือรับมรดก (Transmit) ซึ่งเครื่องหมายการค้าได้ โดยอาจเป็นการโอนหรือรับมรดกพร้อมกับกิจการด้วยหรือไม่ก็ตาม และ
- (4) ออกหนังสือรับรอง (Give Valid Receipts) เพื่อเป็นหลักฐานสำหรับการโอนหรือการรับมรดก

## 2) สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้รับการจดทะเบียน

แม้เครื่องหมายการค้าจะยังไม่ได้รับจดทะเบียน ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายยังคงมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตน และมีสิทธิฟ้องร้องและดำเนินคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการละเมิด<sup>266</sup> และบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังต่อไปนี้ได้อีกด้วย

- กฎหมายเกี่ยวกับการลวงขาย (Passing Off) กล่าวคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลที่สามที่นำเครื่องหมายการค้าของตนไปใช้กับสินค้าหรือบริการในลักษณะเป็นการลวงขาย หรือลวงความเป็นเจ้าของ
- กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม (The Fair Trading Act หรือ FTA) กล่าวคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกซึ่งใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตและเป็นการใช้ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือเป็นการหลอกลวงประชาชน<sup>267</sup>

### 3.2.4.4 ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า และการต่ออายุความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าซึ่งได้รับจดทะเบียนไว้แล้วในมาตรา 57 และมาตรา 58 กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้วจะมีกำหนดระยะเวลาให้ความคุ้มครองเป็นเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ได้รับการจดทะเบียน (Commencing on the Deemed Date of Registration) เว้นแต่มีกรณีที่ทำให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าสิ้นสุดลงก่อนครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว อันได้แก่ มาตรา 61 ซึ่งกำหนดให้สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการแสดงเจตนาเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของตนหรือมาตรา 62 ซึ่งคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าหรือศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียน

<sup>266</sup> Australian Government, "Ip Protection in New Zealand,"(2016).

<sup>267</sup> BaldwinSon & Carey, "Introduction to Trade Marks," [Online]. Available from: <https://nzppi.co.nz/documents/trademarkintro.pdf>



ทั้งนี้ เมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถยื่นคำขอต่ออายุความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้อีกคราวละ 10 ปี ตามมาตรา 58 และมาตรา 59

### 3.2.4.5 แนวทางการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ

ระบบตรวจสอบเครื่องหมายการค้าของประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand Trade Mark Check) ระบุรายละเอียดการบรรยายลักษณะของเครื่องหมายการค้าเฉพาะ คำ (Word) รูปภาพ (Image) คำและภาพรวมกัน (Combined) ภาพ 3 มิติ (3D) ภาพเคลื่อนไหว (Animation) สี (Colour) เสียง (Sound) และกลิ่น (Smell) เท่านั้น โดยยังไม่มีการระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการบรรยายรสชาติแต่อย่างใด

เมื่อสืบค้นระบบตรวจสอบเครื่องหมายการค้าของประเทศนิวซีแลนด์แล้วพบว่า ยังไม่มีผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการใดยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติไว้กับสำนักทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศนิวซีแลนด์เลย

#### บทที่ 4

#### วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

ในบทก่อนนี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม พ.ศ. 2510 (Paris Convention for the Protection Industrial Property 1967) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือ ความตกลงทริปส์ (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)) รวมถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้า คำพิพากษา และหลักเกณฑ์ของประเทศต่าง ๆ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งล้วนแต่เป็นประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าทั้งสิ้น ในบทนี้ ผู้เขียนได้ดำเนินการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยแบ่งกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

1. กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ได้แก่
  - 1) นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ นักวิชาการชำนาญการพิเศษ เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2563
  - 2) นางแหวดดาว ดำรงผล ผู้อำนวยการกองกฎหมาย เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน พ.ศ. 2563
  - 3) นายวุฒิพัฒน์ จิรส์ย์ชำนะ นิติกรชำนาญการพิเศษ เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน พ.ศ. 2563
2. ที่ปรึกษากฎหมาย ได้แก่
  - 1) ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล หัวหน้าสำนักงานสมนึกและสุธิษายความ เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2563
  - 2) นายสืบศิริ ทวีผล ทนายความหุ้นส่วน (Partner) บริษัท ทิลลิเก้แอนด์กิบบินส์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด (Tilleke & Gibbins International Ltd.) เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน พ.ศ. 2563

### 3. ผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ได้แก่

- 1) นายกันท์ กุลธัญญ์ภูยา Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์ อินดัสตรี จำกัด (Thai Nippon Rubber Industry Co., Ltd.) ผู้ผลิตยางอนามัยและเจลหล่อลื่น ยี่ห้อมันทัช (One Touch) และผู้รับจ้างผลิตยางอนามัยและเจลหล่อลื่น (OEM) ให้แก่บริษัทเอกชน และองค์กรเอกชน (NGOs) ทั้งในและต่างประเทศ เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ. 2563
- 2) นายจตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ ผู้อำนวยการฝ่ายพัฒนาธุรกิจ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล หัวหน้าแผนกทะเบียนยา บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508) จำกัด เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2563
- 3) นายกันท์พงษ์ จิตสมบุญ บริษัท สยามฟาร์มาซูติคอล จำกัด เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2563
- 4) นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เภสัช จำกัด และดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาสมาคมผู้ผลิตยาสมุนไพรและร้านขายยา เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2563
- 5) นายชัชวรินทร์ กุวัชกะพันธ์ Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบันดารา (Bandara Hotels & Resorts) เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2563

### 4. ผู้บริโภค พิจารณาสัมภาษณ์ตามช่วงอายุและเพศ ได้แก่

- 1) นางสาววรินทร์ สัมมาคารวะ อายุ 22 ปี นิสิตชั้นปีที่ 4 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2563
- 2) นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์ อายุ 26 ปี เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2563
- 3) นางสาวอัสตา วุฒิชนม์ อายุ 27 ปี Legal Officer ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2563
- 4) นายสุจิตร์ เพิ่มพล อายุ 56 ปี กรรมการผู้จัดการของบริษัท ไทยลัสเตอร์ โปรดัคส์ จำกัด เมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2563

จากการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศและแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศต่าง ๆ ตลอดจนการดำเนินการสัมภาษณ์ตามคำถามซึ่งปรากฏในภาคผนวก กับบุคคลที่เกี่ยวข้องตามรายละเอียดข้างต้นแล้วพบว่า หากประเทศไทยประสงค์จะให้ความคุ้มครอง

เครื่องหมายการค้ารสชาติอาจแบ่งความเห็นได้ออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้ 1) กลุ่มที่เห็นว่า รสชาติไม่ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า และ 2) กลุ่มที่เห็นว่า แม้รสชาติจะควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ แต่ยังคงมีข้อจำกัดและปัญหา ดังจะที่แสดงรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 4.1 ความเหมาะสมในการนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า

##### 4.1.1 การทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าของรสชาติ

##### 4.1.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าของรสชาติ

ปัญหาประการสำคัญที่ทำให้มีกลุ่มที่เห็นว่า ประเทศไทยไม่ควรให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า คือ การที่รสชาติไม่สามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

##### 1) รสชาติถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ (Functionality) ของสินค้า

รสชาติถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ (Functionality) ของสินค้า เนื่องจาก สินค้าจำพวกที่มีรสชาติดังกล่าวเป็นสินค้าจำพวกอาหาร (Food) เครื่องดื่ม (Drink) หรือเครื่องปรุงอาหาร (Mix of Spice) หรือเป็นสินค้าจำพวกซึ่งรสชาติในสินค้าจะเล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้า หรือทำให้เข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณสมบัติอย่างไร<sup>268</sup> เช่น รสชาติเปปเปอร์มินต์ (Peppermint Flavor) ซึ่ง

<sup>268</sup> นายวุฒิวัฒน์ จิรย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา), (12 มิถุนายน 2563); นางแวดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กรมทรัพย์สินทางปัญญา (12 มิถุนายน 2563); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.), (23 มิถุนายน พ.ศ. 2563); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, (17 มิถุนายน 2563); นายกันท์ กุลธัญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด), (9 มิถุนายน 2563); นางสาวอัสดา วุฒิชนัม, (15 มิถุนายน 2563); นายสุจิตร์ เพิ่มพล, (13 มิถุนายน 2563). และ นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์, (14 มิถุนายน 2563).

มาจากน้ำมันเปปเปอร์มินต์ ซึ่งเป็นส่วนผสมในการผลิตตัวยา เพื่อให้ตัวยาพ่นมีประสิทธิภาพดีขึ้นและลดผลข้างเคียงจากการใช้ยา (คดี In re Pohl-Boskamp GmbH & Co.) หรือเป็นสินค้าที่มีการใช้รสชาติเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของสินค้า เช่น การใช้รสชาติผลไม้เพื่อกลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์ของสินค้าจำพวดยา ตัวอย่างเช่น การใช้รสชาติส้ม (Orange Flavor) สำหรับสินค้ายาเม็ด (Tablet) เพื่อกลบรสชาติอันไม่พึงประสงค์และผู้บริโภคสามารถรับประทานยาได้ง่ายขึ้น (คดี In re N.V. Organon) หรือการใช้รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ (The Taste of Artificial Strawberry Flavour) สำหรับสินค้ายา เพื่ออำพรางรสชาติอันไม่พึงประสงค์ของยาและดึงดูดผู้บริโภค (คดี Case R 120/2001-2) รวมถึงการที่รสชาติเกิดจากการกระบวนการผลิตของสินค้า เช่น รสชาติอาหารอิตาลี (Flavor of Italian Food) ซึ่งถือว่าเกิดจากกระบวนการประกอบอาหาร อย่าง การอบพิซซ่า หรือ การผลิตพาสต้านั่นเอง (คดี New York Pizzeria, Inc V. Ravinder Syal, et al.)

เมื่อรสชาติถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่หนึ่งของสินค้าจำพวกนั้น ๆ แล้ว รสชาติย่อมไม่อาจทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าเพื่อใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ ดังนั้น รสชาติย่อมไม่อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกับเครื่องหมายที่มีลักษณะเป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุอันเป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้านั้นเอง เช่น รูปร่างทรงกลม ใช้กับสินค้าลูกฟุตบอล หรือเป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิคของสินค้านั้น เช่น รูปร่างโถคอห่าน ใช้กับผลิตภัณฑ์เครื่องสุขภัณฑ์ ซึ่งถือว่าเป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ<sup>269</sup> หรือเครื่องหมายเสียงที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือทำให้เข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณสมบัติอย่างไร เช่น เสียงวู้ ใช้กับสินค้านมสด หรือเป็นเสียงที่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น เช่น เสียงร้องของเป็ด ใช้กับสินค้าลูกเป็ด หรือเป็นเสียงที่เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น เช่น เสียงเครื่องยนต์ ใช้กับสินค้ารถยนต์ หรือเป็นเสียงที่เป็นสิ่งสามัญในการค้าขาย เช่น เสียงไซเรน ใช้กับบริการรถพยาบาล ซึ่งถือว่าเป็นเสียงที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ และเมื่อเครื่องหมายไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ย่อมไม่อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น รสชาติย่อมไม่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะได้โดยเด็ดขาด กล่าวคือ รสชาติจึงไม่อาจทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างเด็ดขาด<sup>270</sup>

<sup>269</sup> นายวุฒิวัฒน์ จิรย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

<sup>270</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

## 2) รสชาติในการทำหน้าที่เป็นที่หมายของสินค้า

เหตุผลประการสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้รสชาติไม่อาจทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้ คือ การที่รสชาติไม่สามารถใช้เป็นที่หมายของสินค้า กล่าวคือ รสชาติไม่สามารถนำมาใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการอื่นในขณะทีเลือกซื้อสินค้าได้ เนื่องจากในการรับรู้รสชาติของสินค้าใด ๆ นั้น ผู้บริโภคหรือสาธารณชนจะรับรู้รสชาติของสินค้าดังกล่าวก็ต่อเมื่อได้มีการตัดสินใจเลือกซื้อไปแล้วเท่านั้น<sup>271</sup> ตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคจะรับรู้รสชาติส้มในยากี่ต่อเมื่อได้ตัดสินใจเลือกซื้อและบริโภคยาดังกล่าวไปแล้วเท่านั้น (คดี In re N.V. Organon) หรือรสชาติอาหารอิตาลีที่ผู้บริโภคไม่สามารถรับรู้จากรสชาติได้ในทันที และไม่สามารถใช้รสชาติแยกแยะได้ว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดจากที่ใด เพื่อตัดสินใจก่อนจะเลือกซื้อสินค้า แต่ผู้บริโภคจะสามารถรับรู้รสชาติก็ต่อเมื่อได้เลือกซื้อสินค้าแล้วเท่านั้น (คดี New York Pizzeria, Inc V. Ravinder Syal, et al.)

อย่างไรก็ตาม กลุ่มที่เห็นว่า รสชาติควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า นั้น มีความเห็นว่า แม้รสชาติจะถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่หนึ่งของสินค้า แต่ก็ไม่ใช่กับทุกรสชาติหรือกับสินค้าทุกประเภท รวมถึงรสชาติอาจถูกใช้เป็นที่หมายของสินค้าได้ด้วย เหตุผลที่กล่าวอ้างต้นเป็นเพียงข้อจำกัดหรืออุปสรรคที่สามารถแก้ไขได้ ดังจะแสดงรายละเอียดในแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ในข้อต่อ ๆ ไป

<sup>271</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล; นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุดฒิพัฒน์ จิรัญชัย (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)), (17 มิถุนายน พ.ศ. 2563); นายชัชวรินทร์ กุวัชกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบัดดารา), (11 มิถุนายน พ.ศ. 2563); นายสุจิตร์ เพิ่มพล.

#### 4.1.1.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้า ของรสชาติ

##### 1) รสชาติถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ (Functionality) ของสินค้า

การที่รสชาติถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้านั้น มีผู้ให้ความเห็นว่าเมื่อรสชาติถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้าแล้ว ย่อมไม่สามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้และไม่ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าโดยเด็ดขาด<sup>272</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ที่เห็นว่ารสชาติควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า กลับเห็นว่า แม้รสชาติจะถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้าก็จำกัดเฉพาะเพียงบางสินค้า กล่าวคือ รสชาติที่จะถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้าได้ จะต้องเป็นสินค้าที่มีรสชาติในตัวเอง เช่น รสชาติต่าง ๆ อาหาร เครื่องดื่ม หรือเครื่องปรุงอาหารเท่านั้น หรือเป็นกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการนำรสชาติมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่มีผลต่อการใช้สอยประโยชน์ของสินค้า ซึ่งถือว่ามีเจตนาจำเป็นต่อการใช้งานหรือวัตถุประสงค์ของสินค้า เช่น รสชาติผลไม้ชนิดต่าง ๆ กับสินค้าจำพวกยารักษาโรคชนิดต่าง ๆ รสชาติเปปเปอร์มินต์กับผลิตภัณฑ์ทำความสะอาดภายในช่องปากเท่านั้น ดังนั้น รสชาติที่ไม่ใช่องค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า หรือเป็นรสชาติที่มีความแปลกใหม่ ซึ่งไม่ใช่รสชาติที่ถูกใช้เป็นประจำทั่วไปสำหรับของสินค้านั้น ๆ หรือเป็นกรณีที่เป็นสินค้าที่โดยปกติแล้วไม่มีรสชาติหรือผู้บริโภคและสาธารณชนไม่ได้คาดหวังว่าจะมีรสชาติ แต่เมื่อผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการได้สร้างสรรค์และนำรสชาติมาใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นสิ่งที่ใช้แยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของตนและสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่น รสชาติดังกล่าวย่อมสามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าและควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้<sup>273</sup>

ตัวอย่างเช่น เมื่อนำรสชาติที่ไม่ปกติ อย่างรสชาติเมลอน (Melon Flavor) รสชาติคาราเมล (Caramel Flavor) หรือรสชาติเนยถั่ว (Peanut Butter Flavor) มาใช้กับสินค้าจำพวก

<sup>272</sup> นางสาวอวิศา วุฒิชนม์; นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายชัชวรินทร์ กุวัชกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบุญตารา).

<sup>273</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐภิญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายสีบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); นายสุจิตร์ เพิ่มพล; ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

แปรงสีฟันและไหมขัดฟัน<sup>274</sup> รสชาติเปปเปอร์มินต์ที่ปลอกปากกาสำหรับสินค้าจำพวกปากกาลูกลื่น และดินสอ (Peppermint Flavored Pen and Pencil Caps) รสชาติที่ขาแว่นตา (Flavored Ear Rests on Eyeglasses)<sup>275</sup> รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ที่ถูกนำมาใช้สำหรับสินค้าจำพวกหนังสือเด็ก (Strawberry Flavored Baby Book)<sup>276</sup> รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ที่ถูกใช้สำหรับสินค้าจำพวกผลิตภัณฑ์บำรุงริมฝีปาก<sup>277</sup> รสชาติต่าง ๆ ของสินค้าจำพวกถุงยางอนามัย<sup>278</sup> รสชาติไก่ทอดที่ถูกนำมาใช้กับสินค้าน้ำยาทาเล็บ (KFC Chicken-Flavored Nail Polish)<sup>279</sup> รสชาติแกงชนิดต่าง ๆ ที่ถูกนำมาใช้สำหรับสินค้าจำพวกเสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่ม<sup>280</sup>

## 2) รสชาติในการทำหน้าที่เป็นที่หมายของสินค้า

2.1 กลุ่มที่เห็นว่า รสชาติควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า เพราะแม้ว่าผู้บริโภคหรือสาธารณชนจะรับรู้รสชาติก็ต่อเมื่อได้ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าไปแล้วก็ตาม แต่หากสามารถนำเทคโนโลยีหรือวิธีการอย่างใด ๆ มาใช้ เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถรับรู้รสชาติได้ก่อนตัดสินใจเลือกซื้อสินค้า รสชาติย่อมสามารถทำหน้าที่ในการเป็นที่หมายของสินค้าได้ เช่น

2.1.1 การจัดให้มีสินค้าตัวอย่าง ณ จุดจำหน่ายสินค้า หรือการแจกสินค้าตัวอย่าง เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถมีโอกาสได้ทดลองและรับรู้รสชาติของสินค้าได้ก่อนตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าดังกล่าว<sup>281</sup>

<sup>274</sup> Jerome Gilson and Anne Gilson LaLonde, "Cinnamon Buns, Marching Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks." pp. 800-801.

<sup>275</sup> Steve Baird, "When Is a Flavor/Taste Trademark Possible?"

<sup>276</sup> Amanda E. Compton, "Acquiring a Flavor for Trademarks: There's No Common Taste in the World," *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*.p. 350.

<sup>277</sup> อติชวัน ธรรมพนิชวัฒน์, "การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ." หน้า. 116.

<sup>278</sup> นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด).

<sup>279</sup> Grace Tsoi, "Chicken Fingers: Trying out the Kfc Nail Polish."

<sup>280</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>281</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุดิพัฒน์ จิรส์ย์ชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับ



2.1.2 การลอกเลียนรสชาติ (Simulation) ไปใส่ไว้ในสิ่งที่สามารถบริโภคได้ เช่น ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการนำรสชาติที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับเสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่ม ไปใส่ไว้ในอาหาร ขนม หรือเครื่องดื่ม เพื่อให้ผู้บริโภคมีโอกาสที่จะรับรู้รสชาติของสินค้า<sup>282</sup>

2.2 ในขณะที่ กลุ่มที่เห็นว่า รสชาติไม่ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้อย่างเด็ดขาด เพราะผู้บริโภคหรือสาธารณชนจะต้องตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าไปแล้วก่อนจึงจะสามารถรับรู้รสชาติได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้บริโภคหรือสาธารณชนไม่อาจใช้รสชาติในการแยกแยะความแตกต่างสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการอื่นได้อย่างเด็ดขาด<sup>283</sup> และแม้จะมีการนำเครื่องมือหรือเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยในการรับรู้รสชาติ แต่ผู้บริโภคไม่ได้มีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่จะใช้ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าในขณะเลือกซื้อสินค้าแต่อย่างใด<sup>284</sup>

อย่างไรก็ตาม การจัดให้มีสินค้าตัวอย่าง ณ จุดจำหน่ายสินค้าถือว่ามีข้อจำกัด เพราะไม่ใช่สินค้าทุกประเภทที่จัดให้มีสินค้าตัวอย่าง ณ จุดจำหน่ายสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคลองได้ หรือสินค้าบางจำพวกย่อมไม่สามารถแจกไปเป็นการทั่วไป ตัวอย่างเช่น สินค้าจำพวกถัวยางอนามัยรสชาติ ๆ เพราะผู้บริโภคมองไม่สะดวกใจในการทดลองรับรู้รสชาติจากตัวอย่างถัวยางอนามัย<sup>285</sup> รวมถึงการที่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะต้องคำนึงถึงความสะอาดและสุขอนามัยที่ดีของสินค้าตัวอย่าง และจุดจำหน่ายสินค้าด้วย เนื่องจากผู้บริโภคและสาธารณชนจะรับรู้ด้วยการบริโภค

---

เบอร์อินด์สตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชานวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร่วัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายชัชวรินทร์ กุวิชกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบุญดาราร); นายสุจิตร์ เพิ่มพล.

<sup>282</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>283</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุมพิพัฒน์ จิรัศย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>284</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>285</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินด์สตรี จำกัด); นางสาวอวิศดา วุฒิชนม; นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์.

ซึ่งทำให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบมีต้นทุนเพิ่มขึ้นจากการจัดให้มีสินค้าตัวอย่างและการเปลี่ยนสินค้าตัวอย่างด้วย<sup>286</sup>

นอกจากนี้ การใช้วิธีการลอกเลียนรสชาติ (Simulation) อาจทำให้ผู้บริโภคและสาธารณชนไม่อาจรับรู้รสชาติของสินค้าได้ตรงตามจริง เนื่องจากรสชาติที่มีการลอกเลียนกับรสชาติจริงของสินค้าอาจไม่ตรงกัน เพราะย่อมมีรสชาติของสิ่งที่ใช้เป็นตัวอย่าง เช่น ขนมปะปนเข้าไปในรสชาติของสินค้าด้วย รวมถึงจะต้องคำนึงถึงความสะดวกของตัวอย่างสินค้าที่มีการลอกเลียนรสชาติมาด้วย เพราะเป็นการวางสิ่งที่จะต้องบริโภคไว้ ณ จุดจำหน่าย ย่อมมีความจำเป็นจะต้องรักษาความสะดวกและจัดให้มีสุขอนามัยที่ดีด้วยการจัดภาชนะหีบห่อให้เหมาะสม ซึ่งถือเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการด้วย<sup>287</sup>

#### 4.1.2 ความเป็นอัตวิสัยในการรับรู้รสชาติ

##### 4.1.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอัตวิสัยในการรับรู้รสชาติ

เหตุผลประการสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้รสชาติไม่สามารถทำหน้าที่และไม่ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ เพราะอุปสรรคในการทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าของรสชาติ คือ การรับรู้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ เนื่องจากการรับรู้รสชาติของผู้บริโภคและสาธารณชนมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (Subjectivity)<sup>288</sup> กล่าวคือ ผู้บริโภคและสาธารณชนแต่ละคนย่อมรับรู้รสชาติ ๆ หนึ่งแตกต่างกันออกไป นอกจากนี้ แม้จะเป็นบุคคลเดียวกันก็อาจรับรู้รสชาติของสิ่งเดิมได้แตกต่างกัน หากเป็นการรับรู้รสชาติในคนละคราวกันด้วย ตามนานาปัจจัยซึ่งมีผลต่อการรับรู้รสชาติในขณะที่มีการรับรู้ชาตินั้น<sup>289</sup> เช่น อายุ<sup>290</sup> เพศ<sup>291</sup> อากาศเจ็บป่วย

<sup>286</sup> นางสาวอวิศา วุฒิชนม์ และศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>287</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>288</sup> Thomas A. Gallagher, "Nontraditional Trademarks: Taste/Flavor," *The Trademark Reporter : The Law Journal of the International Trademark Association*.p. 809

<sup>289</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ), (10 มิถุนายน พ.ศ. 2563); นางสาววรินทร์ สัมมาคารวะ, (12 มิถุนายน 2563); นางสาวอวิศา วุฒิชนม์; นายกัณฑ์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี

และผลจากการเข้ารับการรักษาอาการเจ็บป่วย<sup>292</sup> พันธุกรรม<sup>293</sup> อุณหภูมิ<sup>294</sup> พฤติกรรมต่าง ๆ ของผู้บริโภคในขณะนั้นด้วย รวมถึงประสบการณ์และความคุ้นชินต่อรสชาติตั้งแต่ในอดีตด้วย<sup>295</sup>

การรับรู้รสชาติที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัย ย่อมทำให้การรับรู้รสชาติของแต่ละคนมีความไม่แน่นอน ไม่ว่าจะเป็นผู้บริโภคซึ่งจะต้องใช้รสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าเพื่อทำการตัดสินใจในการเลือกซื้อสินค้า<sup>296</sup> นายทะเบียนซึ่งจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาและตรวจสอบลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า<sup>297</sup> รวมถึงผู้ผลิตและผู้ประกอบการในการที่จะต้องผลิตสินค้าที่มีรสชาติเหมือนเดิมกับรสชาติที่ได้รับจดทะเบียนแล้วและยังจะต้องสามารถควบคุมรสชาติของสินค้าไม่ให้ผิดเพี้ยนไปจากเดิม ตั้งแต่กระบวนการผลิต เก็บรักษา ขนส่ง จนถึงเมื่อนำไปวางขาย ณ จุดจำหน่ายต่าง ๆ ด้วย<sup>298</sup> นอกจากนี้ เมื่อการรับรู้รสชาติ

---

จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้วพัฒนกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายชัชวรินทร์ ฤวิษกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบุญตารา); นายพุดฒิพัฒน์ จิรัสย์ชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขวละออ เกล็ดซ์ จำกัด), (18 มิถุนายน พ.ศ. 2563); นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์; นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.) และศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>290</sup> HealthInfo.in.th เว็บไซต์สารสนเทศสุขภาพไทย สำนักงานพัฒนาระบบข้อมูลข่าวสารสุขภาพ, "รสและกลิ่นกับภาวะโภชนาการ เตรียมพร้อมรับมือสังคมผู้สูงอายุ."

<sup>291</sup> Linda M. Bartoshuk, V. B. D. a. I. J. M., "Ptc/Prop Tasting: Anatomy, Psychophysics, and Sex Effects."

<sup>292</sup> Susan S. Schiffman, "Taste and Smell Losses in Normal Aging and Disease."

<sup>293</sup> Alexander A. Bachmanov and John Boughter, "Genetics of Taste Perception."

<sup>294</sup> Amy Fleming, "Hot or Not? How Serving Temperature Affects the Way Food Tastes."

<sup>295</sup> HealthInfo.in.th เว็บไซต์สารสนเทศสุขภาพไทย สำนักงานพัฒนาระบบข้อมูลข่าวสารสุขภาพ, "รสและกลิ่นกับภาวะโภชนาการ เตรียมพร้อมรับมือสังคมผู้สูงอายุ."

<sup>296</sup> นางสาวอวิस्ता วุฒิชนม; นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์; นายสุจิตร์ เพิ่มพล; ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>297</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นายพุดฒิพัฒน์ จิรัสย์ชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>298</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐิปัญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้วพัฒนกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขวละออ เกล็ดซ์ จำกัด).

มีความไม่แน่นอนย่อมเป็นการยากต่อการพิสูจน์และบังคับสิทธิที่เกิดจากเหตุละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ถูกกล่าวอ้างขึ้นด้วย<sup>299</sup>

ดังนั้น ความเป็นอัตวิสัยของการรับรู้รสชาติจึงถือเป็นเหตุผลประการสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้บุคคลกลุ่มหนึ่งเห็นว่า รสชาติไม่สามารถทำหน้าที่และไม่ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้อย่างเด็ดขาด แต่สำหรับบุคคลอีกกลุ่มกลับเห็นว่า แม้การรับรู้รสชาติจะมีลักษณะเป็นอัตวิสัย แต่หากทำให้การรับรู้รสชาติสามารถแสดงผลออกมาได้อย่างชัดเจนและถูกต้องตรงกัน รสชาติย่อมสามารถทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้าและควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

#### 4.1.2.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอัตวิสัยในการรับรู้รสชาติ

แม้บุคคลกลุ่มที่เห็นว่า รสชาติสามารถทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้าและควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ก็เห็นว่าหนึ่งในอุปสรรคสำคัญในการทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าของรสชาติ คือ การรับรู้รสชาติที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิธีการอื่นใดเข้ามาทำหน้าที่ในการรับรู้รสชาติของสินค้า ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนเกี่ยวกับรสชาตินั้น ๆ โดยอาจเป็นวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) การนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยในการรับรู้รสชาติ<sup>300</sup> เช่น การนำเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ หรือ Electronic Nose ซึ่งสามารถทำการแยกแยะกลิ่น เรียนรู้และจดจำรูปแบบของกลิ่นได้ โดยนำมาประยุกต์ใช้เพื่อแยกแยะรสชาติต่าง ๆ ของสินค้า<sup>301</sup>

<sup>299</sup> นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล; นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด).

<sup>300</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายพุดิพัฒน์ จิรัญชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการ บริษัท ขาวละอ อีสท์ จำกัด); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>301</sup> นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

นอกจากนี้ มีผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นและอธิบายเพิ่มเติมในบทความเรื่อง “Flavor Analysis in a Pharmaceutical Oral Solution Formulation Using an Electronic-Nose” เกี่ยวกับการนำเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic-Nose) มาใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างระหว่างรสชาติของผลไม้ 6 ชนิดในสูตรยา ได้แก่ ราสเบอร์รี่ เบอร์รี่แดง สตรอว์เบอร์รี่ สับปะรด ส้ม และเชอร์รี่ และยังสามารถระบุรสชาติที่ไม่รู้จัก (Unknown Flavor) ในสูตรยาได้ รวมถึงสามารถแยกแยะได้ในกรณีที่เป็นรสชาติเดียวกันจากผู้ผลิตรายเดียวแต่เป็นการผลิตต่างรอบได้อีกด้วย<sup>302</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลที่สามารถนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยในการรับรู้รสชาติมักเป็นฝ่ายผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ในขณะที่ฝ่ายผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ที่ต้องใช้รสชาติในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้ากลับไม่มีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการอย่างใด ๆ ในการรับรู้รสชาติของสินค้า โดยเฉพาะเมื่อผู้บริโภคกำลังตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าใด ณ จุดจำหน่ายสินค้า ย่อมไม่สามารถนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการมาใช้รับรู้และแยกแยะความแตกต่างของรสชาติได้ นอกจากนี้ การนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการถือเป็นการสร้างและเพิ่มต้นทุนในการผลิตสินค้าให้แก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการอย่างมาก เนื่องจากเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีประสิทธิภาพย่อมมีราคาสูง ดังนั้น ผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่สามารถเข้าถึงมักจะถูกจำกัดเฉพาะผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่มีความสามารถทางการเงินและมีศักยภาพในการเข้าถึง อย่างเช่น บริษัทต่างชาติ หรือบริษัทขนาดใหญ่เท่านั้น ผู้ผลิตและผู้ประกอบการรายเล็กที่ไม่มีต้นทุน ย่อมไม่มีโอกาสในการเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการอย่างใด ๆ ได้เลย ซึ่งย่อมก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและเป็นเอาเปรียบทางการค้าต่อผู้ผลิตและผู้ประกอบการรายเล็กอย่างมาก

(2) การนำบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะในการรับรู้รสชาติเข้ามาเป็นผู้พิจารณาเกี่ยวกับรสชาตินั้น ๆ ตัวอย่างเช่น ผู้เชี่ยวชาญเรื่องไวน์ (Sommelier) หรือผู้เชี่ยวชาญเรื่องกาแฟ (Barista)<sup>303</sup>

<sup>302</sup> Randal A Seburg Limin Zhu, Eric Tsai, Sophie Puech and Lean-Christophe Mifsud,, "Flavor Analysis in a Pharmaceutical Oral Solution Formulation Using an Electronic-Nose,"(2004).pp. 453-461.

<sup>303</sup> นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); นายสุจิตร์ เพิ่มพล.

แต่อย่างไรก็ตาม การอาศัยความแม่นยำของบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ซึ่งการรับรู้รสชาติของผู้เชี่ยวชาญก็ถือเป็นการรับรู้จำกัดและมีความเฉพาะของผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น ไม่ใช่การรับรู้ในฐานะผู้บริโภคหรือสาธารณชนผู้จะใช้รสชาติในการแยกแยะสินค้าเพื่อตัดสินใจในการเลือกซื้อสินค้า นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญมักถูกจ้างเข้ามาพิจารณารสชาติโดยผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการผู้เป็นเจ้าของรสชาตินั้น ๆ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญย่อมมีโอกาสที่จะเห็นพ้องไปในทิศทางเดียวกับที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการระบุไว้ ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องจากองค์กรที่ให้การรับรองเป็นองค์กรเอกชนซึ่งทำให้ค่าใช้จ่ายในการอบรมการสอบค่อนข้างสูง ย่อมทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่มีความสามารถในการรองรับค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญจะต้องเป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่มีต้นทุนสูง<sup>304</sup>

#### 4.1.3 การนำรสชาติมาใช้กับประเภทของสินค้าและบริการ

##### 4.1.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการนำรสชาติมาใช้กับประเภทของสินค้าและบริการ

###### 1) การนำรสชาติมาใช้กับประเภทของสินค้า

การนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้ามีข้อจำกัดอย่างมาก เนื่องจากการรับรู้รสชาติของสินค้าใด จะต้องบริโภคสินค้าหรือต้องนำสินค้านั้นเข้าปากเพื่อให้สินค้าได้สัมผัสกับต่อมรับรู้รสชาติซึ่งอยู่ภายในช่องปาก ดังนั้น รสชาติจึงไม่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าได้ทุกประเภท โดยเฉพาะสินค้าประเภทที่สินค้าประเภทที่ไม่สามารถบริโภคได้ เนื่องจากหากบริโภคหรือนำเข้าปากย่อมก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือร่างกายของผู้บริโภคและสาธารณชน เช่น ผลิตภัณฑ์เคมี สีทาบ้าน สารกันสนิม แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเป็นการใช้รสชาติกับสินค้าประเภทที่สามารถบริโภคได้ เช่น สินค้าจำพวกอาหาร เครื่องดื่ม ผลิตภัณฑ์จากนม เครื่องเทศ เครื่องปรุงรส หรือสินค้าประเภทที่สามารถบริโภคได้ แต่ไม่ควรบริโภค เช่น ยาสีฟัน น้ำยาบ้วนปาก เครื่องสำอาง รสชาติดังกล่าวย่อมถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ (Functionality) ของสินค้าตามที่กล่าว

<sup>304</sup> นายสุจิตร์ เพิ่มพล; นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้ววัฒนกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)).

มาแล้วในรายละเอียดข้อ 4.1.1 ซึ่งทำให้รสชาติดังกล่าวไม่อาจทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าประเภทต่าง ๆ สามารถนำมาใช้ได้อย่างจำกัด โดยไม่สามารถนำมาใช้กับสินค้าได้ทุกประเภท ซึ่งแตกต่างจากเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น<sup>305</sup>

## 2) การนำรสชาติมาใช้กับบริการ

เนื่องจากการรับรู้รสชาติของสินค้าใดนั้น จะต้องอาศัยการบริโภคสินค้านั้นเข้าไป หรือจะต้องนำสินค้านั้นเข้าปากเพื่อให้สินค้าได้สัมผัสกับต่อมรับรู้รสชาติซึ่งอยู่ภายในช่องปาก ผู้บริโภคถึงจะสามารถรับรู้รสชาติของสินค้านั้นได้ แต่ลักษณะของบริการเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาและไม่มีตัวตนทางกายภาพที่จะสามารถสัมผัสหรือจับต้องได้ (Intangible) กล่าวคือ ผู้ให้บริการย่อมไม่มีสิ่งที่มีลักษณะทางกายภาพที่จะนำรสชาติไปยึดติดได้ และผู้รับบริการซึ่งถือเป็นผู้บริโภคย่อมไม่สามารถรับรู้รสชาติจากสิ่งที่ไม่มิตัวตนทางกายภาพได้อย่างเด็ดขาด<sup>306</sup> ดังนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า เครื่องหมายการค้ารสชาติย่อมไม่น่าจะนำมาใช้ในฐานะเครื่องหมายบริการ (Service) ได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากเมื่อผู้รับบริการเข้ารับบริการจากผู้ให้บริการ ผู้รับบริการย่อมคาดหวังเพียงความพอใจจากการรับบริการเท่านั้น ซึ่งถือว่ามีลักษณะเป็นเพียงนามธรรมและไม้อาจจับต้องได้อย่างเด็ดขาด ดังนั้น ย่อมเป็นไปได้ที่ผู้บริโภคจะรับรู้รสชาติของการให้บริการต่าง ๆ ได้ เช่น การบริการโรงแรม การบริการด้านการเงินหรือธนาคาร การบริการการท่องเที่ยว การบริการด้านสายการบิน<sup>307</sup>

<sup>305</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นายวุฒิวัฒน์ จิรส์ย์ชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>306</sup> Ruta Zmejauskaitė, "Taste as a Trade Mark", Societal Studies Research Journal, (2013).

<sup>307</sup> อรรถพรณ พนัสพัฒนา, "เครื่องหมายการค้ารสชาติ," วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หน้า 318. และนายชัชวริน กุวัชกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบัญชา).

#### 4.1.3.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการนำรสชาติมาใช้กับประเภทของสินค้าและบริการ

การนำรสชาติมาใช้กับสินค้ามีข้อจำกัดอย่างมาก เพราะรสชาติไม่สามารถใช้กับสินค้าได้ทุกประเภท เนื่องจากการรับรู้รสชาติจะต้องอาศัยการบริโภคสินค้า หรือการนำสินค้าเข้าปาก เพื่อให้สินค้าได้สัมผัสกับต่อมรับรู้รสชาติซึ่งอยู่ภายในช่องปาก สินค้าประเภทที่ไม่สามารถบริโภคได้ เนื่องจากหากบริโภคหรือนำเข้าปากย่อมก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือร่างกายของผู้บริโภคและสาธารณชน ย่อมไม่สามารถนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างเด็ดขาด ดังนั้น ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ จะต้องมีการจำกัดจำพวกสินค้าที่สามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนได้<sup>308</sup> โดยอาจแบ่งสินค้าออกได้ ดังนี้<sup>309</sup>

- (1) สินค้าจำพวกที่สามารถบริโภคได้ ตัวอย่างเช่น สินค้าจำพวกอาหาร เครื่องดื่ม นมและผลิตภัณฑ์นม น้ำมันและไขมันที่ใช้รับประทาน เครื่องปรุงรส เครื่องเทศ แป้งและสิ่งที่ทำมาจากธัญพืช ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร อาหารสำหรับทารก
- (2) สินค้าจำพวกที่สามารถบริโภคได้ แต่ไม่ควรบริโภค ตัวอย่างเช่น สบู่ เครื่องสำอาง ยาสีฟัน วัสดุใช้อุดฟัน กระจก
- (3) สินค้าจำพวกที่ไม่สามารถบริโภคได้ เนื่องจากหากบริโภคหรือนำเข้าปาก ย่อมก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือร่างกายของผู้บริโภคและสาธารณชน ตัวอย่างเช่น ผลิตภัณฑ์เคมี สีทาบ้าน สารกันสนิม สารหล่อลื่น เชื้อเพลิง ยากำจัดวัชพืช มีดโกน

ดังนั้น สินค้าที่สามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ย่อมจะต้องเป็นสินค้าจำพวกที่สามารถบริโภคได้ และสินค้าจำพวกที่สามารถบริโภคได้ แต่ไม่ควรบริโภคเท่านั้น ในขณะที่สินค้าจำพวกที่ไม่สามารถบริโภคได้ เนื่องจากหากบริโภคหรือนำเข้าปากย่อม

<sup>308</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นายวุฒิวัฒน์ จิรัญชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

<sup>309</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.



ก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือร่างกายของผู้บริโภคและสาธารณชน จะต้องถูกจำกัดไม่ให้สามารถนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างเด็ดขาด<sup>310</sup> ซึ่งแม้จะไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่สินค้าทุกประเภทได้ก็ตาม แต่หากสินค้าประเภทใดสามารถนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้แล้ว ก็ควรจะให้คุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติกับสินค้าประเภทนั้น<sup>311</sup>

ทั้งนี้ การจำกัดสินค้าบางจำพวกให้สามารถยื่นคำขอจดทะเบียนได้ในขณะที่สินค้าบางจำพวกไม่สามารถยื่นคำขอจดทะเบียนได้นั้น รวมถึง กรณีที่นำรสชาติไปใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าจำพวกที่สามารถบริโภคได้ เช่น อาหาร เครื่องดื่ม ยารักษาโรค เครื่องสำอาง รสชาติดังกล่าวมักเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้าและไม่อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น คงเหลือเพียงสินค้าจำนวนไม่มากที่สามารถใช้รสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าได้<sup>312</sup>

#### 4.1.4 สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรสชาติที่ได้รับจดทะเบียน

##### 4.1.4.1 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรสชาติที่ได้รับจดทะเบียน

เนื่องจาก ในปัจจุบัน นักวิทยาศาสตร์ได้แบ่งรสชาติต่าง ๆ ที่มีทั่วโลก โดยอาศัยการรับรู้ของต่อมรับรู้รสชาติของมนุษย์ ซึ่งทำให้อาหารสามารถแบ่งออกเป็นรสชาติพื้นฐานทั้งสิ้นจำนวน 4 รสชาติ ได้แก่ รสหวาน (Sweet) รสเปรี้ยว (Sour) รสเค็ม (Salty) รสขม (Bitter)<sup>313</sup> และถึงแม้จะมีผู้เชี่ยวชาญระบุว่ารสชาติอาจมีจำนวนมากกว่านี้ก็ตาม แต่เป็นเพียงการแบ่งรสชาติของผู้เชี่ยวชาญในแต่ละประเทศตามวัฒนธรรมอาหารของประเทศนั้น ๆ เท่านั้น เช่น นักวิทยาศาสตร์และผู้เชี่ยวชาญ

<sup>310</sup> นางสาวรินทร สัมมาคารวะ; นางสาวอัสดา วุฒินันท์; นายสุจิตร์ เพิ่มพล; นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพ้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

<sup>311</sup> นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์; นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพ้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)).

<sup>312</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุมพิพัฒน์ จิรัสย์ชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

<sup>313</sup> S. K. Wertz, "The Elements of Taste : How Many Are There?," *The Journal of Aesthetic Education*.p. 49.

ในประเทศญี่ปุ่นยอมรับรสชาติอุมามิ (Umami) ในฐานะรสชาติที่ 5<sup>314</sup> และรสชาติวาโชกุ (Washoku) ซึ่งเป็นรสชาติที่เกิดจากการปรุงอาหารแบบดั้งเดิมของประเทศญี่ปุ่น เป็นรสชาติที่ 6 ด้วย<sup>315</sup> ในขณะที่ผู้เชี่ยวชาญของสาธารณประชาชนจีนระบุว่ารสชาติเผ็ด (Spicy) จากขิง พริกไทยดำ พริกเสฉวน และอบเชย ถือเป็นหนึ่งในรสชาติอาหารด้วย<sup>316</sup> หรือผู้เชี่ยวชาญในประเทศอินเดียเห็นว่าอาหารอาจมีรสชาติฝาด (Astringency) ได้ด้วย<sup>317</sup> นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญด้านอาหารอย่าง Richard Mattes ได้ยอมรับไขมัน (Fat) ในฐานะรสชาติหนึ่งของอาหารด้วย<sup>318</sup> อย่างไรก็ตาม รสชาติที่กล่าวเพิ่มเติมมานั้นล้วนแต่เป็นเพียงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในประเทศต่าง ๆ เท่านั้น โดยหลักแล้วรสชาติที่ได้รับการยอมรับและถือเป็นรสชาติพื้นฐานมีเพียง 4 รสชาติเท่านั้น รสชาตินอกเหนือจากนี้ เป็นรสชาติที่เกิดจากการผสมผสานรสชาติพื้นฐานทั้ง 4 เข้าด้วยกันทั้งสิ้น<sup>319</sup> นอกจากนี้ รสชาติถือว่าเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติและถูกพัฒนาควบคู่กันมากับพัฒนาการต่าง ๆ ของโลก แตกต่างกันไปตามพัฒนาการและวัฒนธรรมด้านอาหารในแต่ละท้องถิ่น มนุษย์เราไม่ได้มีการสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์รสชาติรูปแบบใหม่ ๆ แต่อย่างไร แต่เป็นเพียงการค้นพบรสชาติที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ตามความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมากกว่า จึงถือว่าการเกิดเครื่องหมายการค้ารสชาติมีความแตกต่างจากรูปแบบการเกิดของเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น ๆ ไม่ว่าจะ เป็นเครื่องหมายการค้า คำ ภาพประดิษฐ์ ซึ่งถือว่าการเกิดจากการกระทำของมนุษย์ที่อาศัยความคิดและความอดุสาหะในการสร้างสรรค์เครื่องหมายการค้าได้ขึ้นมาใหม่<sup>320</sup>

ดังนั้น การที่รสชาติมีรสชาติพื้นฐานเพียง 4 รสชาติ และรสชาติผสมถือเป็นรสชาติที่เกิดจากการผสมรสชาติพื้นฐานทั้ง 4 เท่านั้น รสชาติจึงมีอยู่อย่างจำกัด ทำให้มีผู้ให้ความเห็นว่ารสชาติไม่ควรได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งจะทำให้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า

<sup>314</sup> E. Bruce Goldstein, "Sensation and Perception : The Chemical Senses."p. 367.

<sup>315</sup> S. K. Wertz, "The Elements of Taste : How Many Are There?," *The Journal of Aesthetic Education*.p. 50.

<sup>316</sup> Ibid.p. 47.

<sup>317</sup> Ibid.pp. 50-51.

<sup>318</sup> Ibid.p. 54.

<sup>319</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์.

<sup>320</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาทพิทักษ์กุล; นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออเภสัช จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้วพัฒนกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์ม (2508)).

รสนชาติได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการผูกขาดในรสนชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดและมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ<sup>321</sup>

#### 4.1.4.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรสนชาติที่ได้รับ

##### จดทะเบียน

เมื่อรสนชาติถือเป็นสิ่งที่มีอยู่อย่างจำกัด เนื่องจากรสนชาติพื้นฐานมีอยู่จำนวนทั้งสิ้นเพียง 4 รสนชาติเท่านั้น และนอกจากรสนชาติพื้นฐานแล้ว รสนชาติอื่นย่อมเกิดจากการผสมของรสนชาติพื้นฐานทั้ง 4 ทั้งสิ้น ดังนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นและแนวทางในการแก้ไขปัญหาการผูกขาดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของรสนชาติไว้ ดังนี้

(1) การกำหนดให้รสนชาติพื้นฐานทั้ง 4 รสนชาติไม่อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสนชาติได้อย่างเด็ดขาด กล่าวคือ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนรสนชาติย่อมไม่อาจยื่นจดทะเบียนรสนชาติพื้นฐานทั้ง 4 รสนชาติ อันได้แก่ รสนหวาน รสนเปรี้ยว รสนเค็ม และรสนขมได้อย่างเด็ดขาด นอกจากนี้ ยังจะต้องกำหนดเพิ่มเติมให้ไม่ยื่นคำขอจดทะเบียนรสนชาติผสมได้ด้วย เนื่องจากรสนชาติผสมเป็นรสนชาติที่เกิดจากการผสมของรสนชาติพื้นฐานทั้ง 4 รสนชาติ ซึ่งแม้จะมีความหลากหลายเพิ่มขึ้นแล้ว แต่ก็ยังถือว่ามีอยู่อย่างจำกัดอยู่ดี เพราะการผสมรสนชาติพื้นฐานทั้ง 4 ย่อมเกิดรสนชาติเพิ่มขึ้นอีกเพียง 16 รสนชาติเท่านั้น และใน 16 รสนชาติย่อมเป็นรสนชาติที่อาจซ้ำหรือมีความใกล้เคียงจนผู้บริโภคหรือสาธารณชนไม่สามารถแยกรสนชาติออกจากกันได้อย่างชัดเจน เช่น ระหว่างรสนชาติหวานอมเปรี้ยว และรสนชาติเปรี้ยวอมหวาน หรือระหว่างรสนชาติหวานอมขม และขมอมหวาน แต่ทั้งนี้ การระบุรสนชาติว่าเป็นรสนชาติพื้นฐานทั้ง 4 รสนชาติ หรือเป็นรสนชาติผสมย่อมอาจทำให้ผู้บริโภคและสาธารณชนเข้าใจคาดเคลื่อนและไม่ตรงกันด้วย เช่น การระบุเพียงรสนชาติหวาน ผู้บริโภคแต่ละคนย่อมรับรู้เกี่ยวกับระดับความหวานได้ไม่เท่ากัน<sup>322</sup>

<sup>321</sup> นายชัชวรินทร์ กุวัชกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบุญดาราร); นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์.

<sup>322</sup> นายกัณท์ กุลอัฐภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้วพัฒนกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายกัณท์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มาซูติคอล จำกัด), (17 มิถุนายน 2563).

อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นว่า แม้จะไม่สามารถยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติพื้นฐานทั้ง 4 และรสชาติผสมที่เกิดจากการผสมผสานรสชาติทั้ง 4 รสชาติได้ก็ตาม แต่หากกระบวนการรสชาติให้ชัดเจนว่าเป็นรสชาติของอะไรย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนและเข้าใจตรงกันแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้ กล่าวคือ ผู้ที่จะยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติจะต้องระบุรสชาติให้ชัดเจนว่าประสงค์จะขอรับความคุ้มครองในรสชาติใด เช่น รสชาติเปปเปอร์มินต์ (Peppermint Flavor) รสชาติส้ม (Orange Flavor) รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ (Strawberry Flavor) รสชาติแพนเค้ก (Pancake Flavor) รสชาติไก่ทอด (Fried Chicken Flavor) รสชาติกาแฟ (Coffee Flavor) ก็สามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนได้

แต่แม้ว่าจะระบุชัดเจนว่าเป็นรสชาติอะไร แต่เพราะความแตกต่างในการรับรู้รสชาติของผู้บริโภคและสาธารณชนแต่ละคน ก็อาจส่งผลให้เข้าใจรสชาติเดียวกันออกมาแตกต่างกันได้ รวมถึงการแยกแยะรสชาติที่ต้องอาศัยความละเอียดในการพิจารณาแยกแยะเป็นอย่างมาก ย่อมสร้างความสับสนให้แก่ผู้บริโภคและสาธารณชน ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่กฎหมายเครื่องหมายการค้ามุ่งที่จะให้ความคุ้มครองด้วย เช่น การแยกแยะความแตกต่างระหว่างเปปเปอร์มินต์ (Peppermint) และสเปียร์มินต์ (Spearmint) หรือรสชาติดกาแฟเอธิโอเปีย (Ethiopia Coffee) และกาแฟบราซิล (Brazil Coffee) หรือกล่าวอีกนัยว่า บุคคลที่สามารถแยกแยะความแตกต่างได้จะต้องเป็นบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง หรือเป็นบุคคลที่อยู่ในวงการนั้น ๆ ไม่ใช่ผู้บริโภคโดยทั่วไปแต่อย่างใด แม้การระบุรสชาติให้ละเอียดจะสร้างความชัดเจนเพิ่มขึ้นก็ตาม แต่ก็ต้องคำนึงไว้เสมอว่า รสชาติเป็นสิ่งที่มียู่แล้วตามธรรมชาติ มนุษย์เพียงค้นพบและสกัดออกมาใช้เท่านั้น ไม่ได้มีการประดิษฐ์หรือสร้างสรรค์รสชาติขึ้นมาใหม่แต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อเป็นรสชาติที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติย่อมไม่ควรจะมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้เป็นเจ้าของหรือมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรสชาตินั้น<sup>323</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อประเทศไทยใช้ระบบ First to File กล่าวคือ ผู้ที่ยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ก่อน บุคคลนั้นมีสิทธิดีกว่า ซึ่งแม้จะเป็นการยื่นที่มีการระบุชื่อรสชาติก็ตาม แต่ผู้ที่สามารถนำรสชาติมาใช้กับสินค้า และแยกแยะรสชาติให้มีความชัดเจนถึงระดับที่สามารถยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ ย่อมเป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่มีเงินทุนสูงและสามารถเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการได้ ซึ่งทำให้บุคคลกลุ่มเหล่านี้ย่อมมีศักยภาพที่จะยื่นคำขอ

<sup>323</sup> นายจาดุรันต์ ขำนิวิกัยพงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์ม (2508)).

จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ก่อนและในจำนวนมาก และเมื่อรสชาติดังกล่าวได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติ บุคคลกลุ่มนี้ย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรสชาติดังกล่าวในการใช้กับสินค้าที่ได้รับจดทะเบียน<sup>324</sup> ดังนั้น ย่อมก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้า (Monopoly) ในรสชาติที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติซึ่งไม่ควรมีใครเป็นเจ้าของได้ นอกจากนี้ เมื่อผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นไม่อาจใช้รสชาติดังกล่าวกับสินค้าของตนได้อีก ย่อมจะต้องเลี่ยงไปใช้กับรสชาติอื่น กับสินค้าของตน ซึ่งถือเป็นการเสียเปรียบทางการค้า เช่น รสชาติส้มกับสัปดาห์ยาเม็ด ซึ่งหากบริษัทใดบริษัทหนึ่งได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรสชาติส้มในฐานะเครื่องหมายการค้า ย่อมถือเป็นการผูกขาดอันทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นเสียเปรียบในการแข่งขัน เพราะจะต้องไปเลี่ยงไปเลือกใช้รสชาติอื่นกับสินค้าของตนแทน (คดี In re N.V. Organon)

(2) การกำหนดให้รสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหนึ่งไม่อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพื่อป้องกันการผูกขาด (Monopoly) ของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่มีความสามารถหรือมีศักยภาพในการเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการได้ก่อน ซึ่งก่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมภายในกลุ่มธุรกิจหรืออุตสาหกรรมนั้น และไม่ก่อให้เกิดการเสียเปรียบในการแข่งขันของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่น ในประการที่สามารถใช้รสชาติที่ถือเป็นรสชาติสามัญหรือรสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมนั้น ๆ ได้ โดยไม่ต้องเลี่ยงไปใช้รสชาติอื่นแทน เช่น การกำหนดให้รสชาติผลไม้ชนิดต่าง ๆ เป็นรสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปสำหรับสินค้ายา หรือรสชาติเปปเปอร์มินต์เป็นรสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปสำหรับผลิตภัณฑ์ดูแลช่องปาก<sup>325</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะถือว่ารสชาติใดที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหนึ่งนั้น อาจมีปัญหว่าบุคคลใดหรือองค์กรใดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการกำหนดและชี้ขาดว่า รสชาติใดถือเป็นรสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไป ยิ่งไปกว่านั้นแล้ว ผู้ผลิตและผู้ประกอบธุรกิจหลายรายได้ให้ความเห็นว่า หากในปัจจุบัน รสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมสามารถ

<sup>324</sup> นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เกสซ์ จำกัด).

<sup>325</sup> นายกันท์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มาซูติคอล จำกัด); นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์.

เข้าถึงผู้บริโภคได้แล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นจะต้องประดิษฐ์หรือสร้างสรรค์รสชาติใหม่ ๆ ขึ้นแต่อย่างใด เพราะแม้รสชาติที่ใช้อยู่จะไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า แต่การสร้างสรรค์และนำรสชาติใหม่มาใช้กับสินค้าจะต้องอาศัยต้นทุนที่เพิ่มขึ้นที่จะต้องลงทุน ทั้งในแง่ของการวิจัย การเพิ่มหรือจัดระบบการผลิตใหม่ รวมถึงการประชาสัมพันธ์และโฆษณาให้ผู้บริโภคและสาธารณชนรับรู้รสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้าด้วย เช่น ในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมยา รักษาโรค ซึ่งแม้รสชาติผลไม้ชนิดต่าง ๆ จะถือเป็นรสชาติใดที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปและย่อมไม่ได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติก็ตาม แต่หากผู้บริโภคพึงพอใจที่จะได้รับรสชาติผลไม้เหล่านั้นอยู่แล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นจะต้องประดิษฐ์รสชาติอื่นมาเพื่อใช้กับสินค้ายาแต่อย่างใด<sup>326</sup>

## 4.2 บทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้ารสชาติ

### 4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้ารสชาติ

การจะนำสิ่งใดมาขึ้นคำขอจดทะเบียนในฐานะเครื่องหมายการค้าในประเทศใดนั้น ผู้ยื่นคำขอจะต้องพิจารณาว่า สิ่งที่ตนนำไปยื่นคำขอจดทะเบียนถือเป็นเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์อย่างใด ๆ ที่ทบบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้ามีความประสงค์จะให้ความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาจากบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” หรือ “เครื่องหมายการค้า” ของทบบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ<sup>327</sup> ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 แล้วพบว่า ให้นิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้ ดังนี้

<sup>326</sup> นายสุจิตร์ เพิ่มพล; นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มมาซูติคอล จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์ม (2508)).

<sup>327</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย หน้า 84.

“เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้หรืออย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”

เมื่อรชชาติไม่ได้ถูกระบุว่าเป็นหนึ่งในลักษณะใดลักษณะหนึ่งของเครื่องหมายในบทนิยามดังกล่าว จึงถือได้ว่า ประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองรชชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ารชชาติไม่สามารถนำรชชาติซึ่งไม่สามารถนำรชชาติมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศได้

#### 4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหากับบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้ารชชาติ

เมื่อพิจารณาความตกลงระหว่างประเทศและบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารชชาติแล้วพบว่า บทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” หรือ “เครื่องหมายการค้า” สามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติคำว่า “รชชาติ” ไว้อย่างชัดเจนในบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” หรือ “เครื่องหมายการค้า” แต่อาศัยการตีความคำว่า “ให้หมายความรวมถึง (Include)” ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (Lanham Act 1946) และกฎระเบียบว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (REGULATION (EU) 2017/1001) ซึ่งการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง (Include)” ถือเป็นการกำหนดนิยามของสิ่งที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างกว้าง ๆ โดยสิ่งที่ปรากฏในบทนิยามเป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า สิ่งที่จะนำมาขึ้นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ไม่จำกัดเพียงสิ่งที่ระบุไว้ในบทนิยามเท่านั้น เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์อย่างใด ๆ ซึ่งสามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้า โดยการถูกใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ ล้วนแต่เป็นสิ่งที่อาจนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ทั้งสิ้น ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติยกเว้นรชชาติในการเป็นเครื่องหมายการค้าไว้ และเมื่อผู้ผลิตหรือประกอบการนำรชชาติมาใช้ทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้า ผู้ผลิตหรือประกอบการย่อมมีสิทธินำรชชาติของตน

มายื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งการตีความตามรายละเอียดข้างต้นปรากฏอย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (TTAB) ในคดี In re N.V. Organon และคดี In re Pohl-Boskamp GmbH & Co. รวมถึงในคำตัดสินของคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (Board of Appeal) ในคดี Case R 120/2001-2 นอกจากนี้ เครื่องหมายการค้ารสชาติยังปรากฏในระบบสืบค้นข้อมูลของประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปด้วย ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า แม้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าจะไม่ระบุคำว่า “รสชาติ” ในบทนิยามก็ตาม แต่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการย่อมมีสิทธินำรสชาติของตนมายื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง (include)” เพื่อกำหนดนิยามของสิ่งที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง ๆ และอาศัยการตีความเพื่อให้ครอบคลุมเครื่องหมายการค้ารูปแบบต่าง ๆ ย่อมถือเป็นประโยชน์อย่างมากหากในอนาคตมีเครื่องหมายรูปแบบใหม่ ๆ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวสามารถนำเครื่องหมายของตนมายื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ โดยไม่ถูกจำกัดเพียงเครื่องหมายการค้าที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ตลอดจนเป็นการประหยัดงบประมาณและเวลาในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับเครื่องหมายรูปแบบที่เกิดขึ้นใหม่ในทุก ๆ ครั้ง เนื่องจากในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละครั้งจะต้องอาศัยทรัพยากรจำนวนมาก ทั้งทรัพยากรด้านบุคคล ด้านการเงิน รวมถึงระยะเวลาที่เสียไปตลอดการดำเนินกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม

ทั้งนี้ ในครั้งที่ประเทศไทยทำการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2559 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4 บทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” เพื่อกำหนดให้หมายความถึงกลิ่นและเสียงด้วย ผู้เชี่ยวชาญกล่าวว่า ในครั้งแรกได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยใช้คำว่า “อื่น ๆ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” แต่ไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากมีผู้ให้ความเห็นว่าการกระทรวงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ การจะให้ความคุ้มครองสิ่งใดเป็นเครื่องหมายการค้าควรกำหนดให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นกฎหมายแม่ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า นอกจากนี้ กฎกระทรวงเป็นอำนาจของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในการออก โดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งแตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติซึ่งจะต้องผ่าน



การพิจารณาของรัฐสภาเสียก่อน<sup>328</sup> ดังนั้น ร่างฉบับที่คณะรัฐมนตรีได้เสนอเข้ารัฐสภาจึงเป็นการระบุเพิ่มเติม “เสียง” และ “กลิ่น” ไว้อย่างชัดเจนและไม่ได้กำหนดข้อความซึ่งมีลักษณะเปิดช่องให้มีการกำหนดสิ่งที่จะให้ความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าเพิ่มเติมจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้ในกฎกระทรวงแต่อย่างใด

(2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติคำว่า “รสชาติ” ไว้อย่างชัดเจนในบทนิยามของคำว่า “สัญลักษณ์ (Sign)” ซึ่งสามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น รสชาติย่อมถือเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งของผู้ผลิตและผู้ประกอบการสามารถนำรสชาติของตนมายื่นคำขอจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์

ทั้งนี้ การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า สิ่งใดบ้างที่อาจเป็นเครื่องหมายซึ่งสามารถนำมายื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ทำให้เมื่อมีเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้นในอนาคต จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเครื่องหมายการค้าในทุก ๆ ครั้ง ซึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละครั้งจะต้องอาศัยทรัพยากรจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรด้านบุคคล ด้านการเงิน รวมถึงระยะเวลาที่ใช้ตลอดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า แม้ประเทศแคนาดาและประเทศนิวซีแลนด์จะมีการบัญญัติคำว่า “รสชาติ หรือ Taste” เข้าไปในบทนิยามคำว่า “สัญลักษณ์” เพื่อให้เกิดความชัดเจนก็ตาม แต่ได้มีการแก้ไขจากคำว่า “หมายความว่าเป็น” เป็น “ให้หมายความรวมถึง หรือ Include” เพื่อเปิดช่องให้สามารถอาศัยการตีความหากในอนาคตมีเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นด้วย

<sup>328</sup> นายวุฒิวัฒน์ จิรส์ย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

### 4.3 ความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

#### 4.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

##### 4.3.1.1 ปัญหาความมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เงื่อนไขประการสำคัญของการเป็นเครื่องหมายการค้าอันพึงได้รับจดทะเบียน คือ เครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ เพราะลักษณะบ่งเฉพาะจะทำให้เครื่องหมายนั้นสามารถทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้บริโภคหรือสาธารณชนใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นกับสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่น ในขณะที่รสชาติมักเป็นที่น่าสงสัยว่า รสชาติอย่างไรจึงจะถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ

มีบุคคลกลุ่มหนึ่งให้ความเห็นว่า เนื่องจากรสชาติถือเป็นหนึ่งในองค์ประกอบหน้าที่ (Functionality) ของสินค้า รสชาติย่อมถือได้ว่าไม่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะได้โดยเด็ดขาด และเมื่อ รสชาติไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ย่อมไม่สามารถทำหน้าที่ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าซึ่งถือเป็นหน้าที่ประการสำคัญของเครื่องหมายการค้าได้โดยเด็ดขาด ดังนั้น รสชาติจึงไม่ควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า<sup>329</sup> แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งกลับเห็นว่า ความมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติถือเป็นเพียงข้อจำกัดหรืออุปสรรคของการเป็นเครื่องหมายการค้าตามปกติ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น เนื่องจากเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะรูปแบบใดก็ตามย่อมต้องเผชิญกับปัญหาความมีลักษณะบ่งเฉพาะเช่นเดียวกันทั้งสิ้น เช่น เครื่องหมายการค้าคำหรือข้อความที่จะต้องไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเครื่องหมายการค้ารูปร่างหรือรูปทรงที่จะต้องไม่เป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือไม่เป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่จำเป็นต่อการทำงานทางเทคนิคของสินค้านั้น หรือทำให้สินค้านั้นมีมูลค่า

<sup>329</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวุฒิวัฒน์ จิรส์ย์ขำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

สูงขึ้น หรือเครื่องหมายการค้าเสียงที่จะต้องไม่ใช่เสียงที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้น โดยตรง หรือต้องไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้า หรือเกิดจากการทำงานของสินค้านั้น<sup>330</sup>

#### 4.3.1.2 ปัญหาการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เครื่องหมายการค้ารสชาติถือเป็นเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่สร้างความสับสนอย่างมากว่า หากกรมทรัพย์สินทางปัญญาอนุญาตให้มีการยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าได้ การบรรยายลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติจะสามารถทำได้หรือไม่ หรือทำด้วยวิธีการใดที่จะเหมาะสมและเพียงพอต่อการพิจารณารับจดทะเบียนของกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า รสชาติไม่อาจนำมายื่นคำขอจดทะเบียนและได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากเครื่องหมายการค้าที่จะยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องสามารถอธิบายหรือบรรยายลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายได้อย่างชัดเจนตามแบบคำขอของกรมทรัพย์สินทางปัญญา แต่สำหรับรสชาติที่ต้องอาศัยการรับรู้โดยการบริโภค ย่อมไม่สามารถแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายได้โดยชัดเจน (Be Represented Graphically)<sup>331</sup> ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่อการสืบค้นและตรวจสอบเครื่องหมายการค้าก่อนการยื่นคำขอจดทะเบียน การพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของนายทะเบียน ตลอดจนการพิจารณาเปรียบเทียบเครื่องหมายการค้าเมื่อมีการกล่าวอ้างเหตุละเมิดด้วย<sup>332</sup>

นอกจากนี้ ตามที่ศาลของสหภาพยุโรป (The European Court of Justice หรือ ECJ) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ว่าเครื่องหมาย

<sup>330</sup> นายกัณฑ์ กุลธัญญ์ (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชานีวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยพาร์มา (2508)); นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์.

<sup>331</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นางสาวอัสดา วุฒิชนัม; นายกัณฑ์ กุลธัญญ์ (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชานีวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยพาร์มา (2508)); นายพุดฒิพัฒน์ จิรัญชัย (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>332</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล; นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

การค้าจะต้องสามารถแสดงออกโดยชัดเจน (Be Represented Graphically) และการแสดงออกโดยชัดเจนจะต้องเป็นการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะโดยวิธีการแสดงภาพ (Images), เส้น (Lines), หรือตัวอักษร (Characters) และการแสดงออกด้วยวิธีการใด ๆ จะต้องมีลักษณะ 7 ประการ ดังนี้

- 1) มีความชัดเจน (Clear) 2) มีความแม่นยำ (Precise) 3) สมบูรณ์ในตัวเอง (Self-Contained)
- 4) เข้าถึงได้ง่าย (Easily Accessible) 5) เข้าใจได้ง่าย (Intelligible) 6) มีความคงทนยั่งยืน (Durable) และ 7) ไม่เปลี่ยนแปลงได้ง่าย (Objective) หรือที่รู้จักกันในชื่อหลักการที่เรียกว่า "Sieckmann Criteria"<sup>333</sup> ดังนั้น เมื่อเครื่องหมายการค้ารสชาติถือเป็นหนึ่งในเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ จึงจะต้องสามารถแสดงลักษณะบ่งเฉพาะได้โดยชัดเจน (Be Represented Graphically) ด้วย

ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีรสชาติใดได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติ ซึ่งหนึ่งในเหตุผลที่คณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าของประเทศต่าง ๆ ได้ให้เหตุผลในการไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ คือ การที่เครื่องหมายการค้ารสชาตินั้น ๆ ไม่สามารถบรรยายลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายออกมาได้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม เช่น การบรรยายรสชาติแต่เพียงว่า "รสชาติสตรอว์เบอร์รี่สังเคราะห์ (Artificial Strawberry Flavour)" ไม่ถือว่าเป็นการแสดงออกโดยชัดเจน (Capable of Being Represented Graphically) ตามมาตรา 4 ของ Community Trade Mark (คดี Case R 120/2001-2) อย่างไรก็ตาม แม้สหภาพเศรษฐกิจเบนเนลักซ์ (Bénélux) จะเคยรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติชะเอมเทศ (Liquorice) สำหรับสินค้ากระดาษและสิ่งพิมพ์ โดยพรรณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายแต่เพียงลายลักษณ์อักษร (Written) ก็ตาม แต่เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้รับจดทะเบียนก่อนที่ศาลสหภาพยุโรปจะได้วางหลักการเกี่ยวกับการแสดงออกโดยชัดเจน หรือหลักการ Sieckmann Criteria ดังนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากอิทธิพลของหลักการดังกล่าวแล้ว การพรรณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าแต่เพียงลายลักษณ์อักษร ย่อมไม่เพียงพอที่จะรับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าอีกต่อไป และเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่ได้มีการต่ออายุความคุ้มครองแต่อย่างใด<sup>334</sup>

<sup>333</sup> "Ralf Sieckmann V Deutsches Patent- Und Markenamt.."

<sup>334</sup> Vasheharan Kanesarajah, "The Taste of Ripe Strawberries: Representing Non-Visual Trademarks."p. 4.

### 4.3.1.3 ปัญหาการเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ได้กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายอันพึงได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 7 วรรคสอง (1) – (11) ซึ่งเมื่อพิจารณารายละเอียดในบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว พบว่าไม่ปรากฏรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติแต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ไม่ปรากฏว่าเครื่องหมายการค้ารสชาติซึ่งมีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดที่จะถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ดังนั้น มิจึงมีผู้ให้ความเห็นว่า ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบันไม่รองรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ<sup>335</sup>

### 4.3.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

#### 4.3.2.1 ความมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

(1) ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้ารสชาติใดมีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ นอกจากจะต้องพิจารณาจากตัวรสชาติดังกล่าวแล้ว จะต้องพิจารณาประกอบกับจำพวกสินค้าที่รสชาติถูกนำไปใช้เป็นเครื่องหมายการค้าด้วย ดังนั้น รสชาติจะถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้าจำพวกอาหาร เครื่องดื่ม หรือเครื่องปรุงอาหาร หรือเป็นสินค้าจำพวกซึ่งรสชาติในสินค้าสามารถเข้าถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือทำให้เข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณสมบัติอย่างไรเท่านั้น เช่น รสชาติผลไม้ชนิดต่าง ๆ กับสินค้ายา รสชาติเปปเปอร์มินต์กับผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการทำความสะอาด และเมื่อรสชาติจะถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า รสชาติดังกล่าวย่อมไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ดังนั้น หากกล่าวในทางกลับกัน หากรสชาติไม่เป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า หรือไม่สามารถเข้าถึง

<sup>335</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

ได้ถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้า และผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการใช้รสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้าเพื่อแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าแล้ว รสชาติดังกล่าวย่อมถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ และอาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้<sup>336</sup>

ตัวอย่างเช่น เมื่อนำรสชาติที่ไม่ปกติอย่างรสชาติเมลอน (Melon Flavor) รสชาติคาราเมล (Caramel Flavor) หรือรสชาติเนยถั่ว (Peanut Butter Flavor) มาใช้กับสินค้าจำพวกแปรงสีฟันและไหมขัดฟัน<sup>337</sup> รสชาติเปปเปอร์มินต์ที่ปลอกปากกาสำหรับสินค้าจำพวกปากกาถูกลิ้นและดินสอ (Peppermint Flavored Pen and Pencil Caps) รสชาติที่ขาแว่นตา (Flavored Ear Rests on Eyeglasses)<sup>338</sup> รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ที่ถูกนำมาใช้สำหรับสินค้าจำพวกหนังสือเด็ก (Strawberry Flavored Baby Book)<sup>339</sup> รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ที่ถูกใช้สำหรับสินค้าจำพวกผลิตภัณฑ์บำรุงริมฝีปาก<sup>340</sup> รสชาติต่าง ๆ ของสินค้าจำพวกถุงยางอนามัย<sup>341</sup> รสชาติไก่ทอดที่ถูกนำมาใช้กับสินค้าน้ำยาทาเล็บ (KFC Chicken-Flavored Nail Polish)<sup>342</sup> รสชาติแกงชนิดต่าง ๆ ที่ถูกนำมาใช้สำหรับสินค้าจำพวกเสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่ม<sup>343</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม กลับมีผู้ให้ความเห็นว่า เมื่อรสชาติมีอยู่อย่างจำกัด คือ มีเพียงรสชาติพื้นฐาน 4 รสชาติ และรสชาติผสม และการที่รสชาติถือเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์หรือประดิษฐ์ขึ้นใหม่ของมนุษย์แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากการเกิดของเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น ดังนั้น รสชาติไม่ควรได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งจะทำ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>336</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล; นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามพาร์มาซูติคอล จำกัด).

<sup>337</sup> Jerome Gilson and Anne Gilson LaLonde, "Cinnamon Buns, Marching Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks." pp. 800-801.

<sup>338</sup> Steve Baird, "When Is a Flavor/Taste Trademark Possible?"

<sup>339</sup> Amanda E. Compton, "Acquiring a Flavor for Trademarks: There's No Common Taste in the World," *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. p. 350.

<sup>340</sup> อติชวัน ธรรมพนิชวัฒน์, "การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ." หน้า. 116.

<sup>341</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด).

<sup>342</sup> Grace Tsoi, "Chicken Fingers: Trying out the Kfc Nail Polish."

<sup>343</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

ให้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ารสชาติได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการผูกขาดในรสชาติที่มีแล้วอยู่ตามธรรมชาติ<sup>344</sup>

(2) แม้จะมีผู้ให้ความเห็นว่ารสชาติไม่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะได้ก็ตาม แต่ศาลประจำมลรัฐ Texas เคยได้ให้ความเห็นไว้ในคดี New York Pizzeria, Inc V. Ravinder Syal, et al ว่า เมื่อผู้บริโภคจะสามารถรับรู้รสชาติก็ต่อเมื่อได้เลือกซื้อสินค้าแล้วเท่านั้น รสชาติย่อมสามารถเกิดลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ (Secondary Meaning) ได้<sup>345</sup> ดังนั้น เมื่อลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติสามารถเกิดจากการใช้ได้ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ารสชาติย่อมสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าและนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งถือเป็นการผลักดันและดึงดูดให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการสร้างสรรค์รสชาติใหม่ ๆ เพื่อนำมาใช้กับสินค้าของตนอยู่เสมอ

ตัวอย่างของพยานหลักฐานที่อาจนำมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ อย่างการทำการทดลองแบบอำพราง (Blind Test) หรือการทำผลสำรวจของผู้บริโภค (Consumer Survey)<sup>346</sup> เช่น การนำปอกปากกาที่มีรสชาติให้ผู้เข้าร่วมทำแบบทดสอบลองกัด เพื่อแยกแยะปากกาดังกล่าวออกจากปากกาชนิดอื่น<sup>347</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งได้กำหนดให้สินค้าที่มีการใช้เครื่องหมายจะต้องมีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาานพอสมควร ซึ่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาระบุว่า ปกติแล้วระยะเวลาานพอสมควรจะเฉลี่ยอยู่ประมาณอย่างน้อย

<sup>344</sup> นางแหวดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์ม (2508)); นายพุดพิพัฒน์ จิรส์ย์ชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เกสซ์ จำกัด); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

<sup>345</sup> "Memorandum and Order of New York Pizzeria, Inc., Vs. Ravinder Syal, Et Al, ."p. 12.

<sup>346</sup> นายกันท์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); นายสุจิตร์ เพิ่มผล; ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล; นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์.

<sup>347</sup> นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์.

5 ปี<sup>348</sup> นอกจากนี้ ผู้ที่ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องนำส่งพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาซึ่งสินค้าที่ใช้เครื่องหมายที่ประสงค์จะจดทะเบียน เช่น สำเนาใบเสร็จ สำเนา ใบสั่งซื้อสินค้า สำเนาหลักฐานการโฆษณาในสื่อต่าง ๆ ตัวอย่างสินค้า หรือพยานหลักฐานอื่น ๆ รวมถึงพยานบุคคลให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะด้วย ซึ่งถือเป็นการเพิ่ม ต้นทุนให้แก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการในประการที่จะต้องมีการทำการตรวจสอบหรือสำรวจความรับรู้ เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ารสชาติของตนจากผู้บริโภคเพื่อนำมาเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ ลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติของตน และเมื่อมีการเพิ่มของต้นทุนย่อมส่งผลให้ราคาของสินค้าเพิ่มขึ้น ด้วยเช่นกัน<sup>349</sup>

#### 4.3.2.2 การแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

การแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ ซึ่งถือเป็นหนึ่งใน เครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่จะต้องสามารถแสดงออกซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะได้โดยชัดเจนและเป็น รูปธรรม (Represented Graphically) กล่าวคือ ในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า รสชาติจะต้องเป็นไปตามหลักการ Sieckmann Criteria ทั้ง 7 ประการ ดังนี้ มีความชัดเจน มีความ แม่นยำ สมบูรณ์ในตัวเอง เข้าถึงได้ง่าย เข้าใจได้ง่าย มีความคงทนยั่งยืน และไม่เปลี่ยนแปลงได้ง่าย ดังนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า ในการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติให้มีความ ชัดเจนตามหลักการดังกล่าวแล้ว จึงมีความจำเป็นต้องจะต้องอาศัยเทคโนโลยีและเครื่องมือที่มีความ ทันสมัย หรือวิทยาการต่าง ๆ เพื่อมาช่วยในการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติ และแม้จะมีผู้ให้ ความเห็นว่ารสชาติสามารถออกในรูปแบบสูตรเคมีเช่นเดียวกับเครื่องหมายกลิ่นได้ก็ตาม แต่อย่างไร ก็ตาม แม้จะเป็นสูตรเคมีเดียวกัน แต่หากอุณหภูมิห้องมีความแตกต่าง จุดเดือด ระยะเวลาใน กระบวนการต่าง ๆ ความร้อน อาจทำให้ได้รสชาติที่แตกต่างกันได้ ในปัจจุบัน การแสดงออกใน

<sup>348</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

<sup>349</sup> นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบูรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มาซูติคอล จำกัด); นายกัณฑ์ กุลอัฐภิญา (Brand Manager ของ บริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้วพัฒนกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)).



รูปแบบสูตรเคมีจึงถือว่าไม่มีความชัดเจนเพียงพอ<sup>350</sup> ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องนำเทคโนโลยีเครื่องมือ หรือวิทยาการที่ทันสมัยมาใช้เป็นเครื่องมือในการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะ เช่น การนำ Electronic Nose หรือเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถทำการแยกแยะกลิ่น เรียนรู้และจดจำรูปแบบของกลิ่นได้ โดยนำมาประยุกต์ใช้เพื่อแยกแยะรสชาติต่าง ๆ ของสินค้า<sup>351</sup> นอกจากนี้ มีผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นและอธิบายเพิ่มเติมในบทความเรื่อง “Flavor Analysis in a Pharmaceutical Oral Solution Formulation Using an Electronic-Nose” เกี่ยวกับการนำเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose) มาใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างระหว่างรสชาติของผลไม้ 6 ชนิดในสูตรยา ได้แก่ ราสเบอร์รี่ เบอร์รี่แดง สตรอว์เบอร์รี่ สับปะรด ส้ม และเชอร์รี่ และยังสามารถระบุรสชาติที่ไม่รู้จัก (Unknown Flavor) ในสูตรยาได้ รวมถึงสามารถแยกแยะได้ในกรณีที่ เป็นรสชาติเดียวกันจากผู้ผลิตรายเดียวแต่เป็นการผลิตต่างรอบได้อีกด้วย<sup>352</sup>

อย่างไรก็ตาม หากยอมรับให้มีการนำเครื่องหมายการค้ารสชาติมาขึ้นจดทะเบียน เป็นเครื่องหมายการค้าได้ กรมทรัพย์สินทางปัญญาถือเป็นหน่วยงานที่มีความรับผิดชอบที่จะต้องจัดให้มีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีความทันสมัย เพื่อที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการจะสามารถเข้า ประโยชน์ และเพื่อที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาลักษณะบ่ง เฉพาะของเครื่องหมายที่จะรับจดทะเบียนได้ ซึ่งย่อมถือเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบและรับ จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในขณะที่อัตราค่าธรรมเนียมในการรับจด ทะเบียนเท่าเดิม และเท่ากันในทุกเครื่องหมาย<sup>353</sup> และเนื่องจากเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการ ย่อมมีราคาสูง ย่อมทำให้ต้นทุนของสินค้ามีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้น รวมถึงการที่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่ไม่

<sup>350</sup> นายจาตุรนต์ ขำนิวิกัยพงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร่วัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)).

<sup>351</sup> นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>352</sup> Limin Zhu, R. A. S., Eric Tsai, Sophie Puech and Lean-Christophe Mifsud,, "Flavor Analysis in a Pharmaceutical Oral Solution Formulation Using an Electronic-Nose."pp. 453-461.

<sup>353</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุดดิพัฒน์ จิรส์ย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

มีต้นทุนย่อมไม่สามารถเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือหรือวิทยาการเหล่านั้น ซึ่งย่อมเป็นการก่อให้เกิดการเสียเปรียบทางการค้าด้วย<sup>354</sup>

นอกจากนี้ ข้อจำกัดประการสำคัญของการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการมาใช้เพื่อแยกแยะลักษณะบ่งเฉพาะของสินค้า คือ การที่ผู้ที่จะมีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการจำกัดอยู่เฉพาะกรรมทรัพย์สินทางปัญญาและผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่มีเงินทุนเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้บริโภคซึ่งเป็นบุคคลที่จะใช้เครื่องหมายการค้ารสชาติในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าเพื่อตัดสินใจเลือกซื้อสินค้านั้น ไม่มีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้บริโภคย่อมไม่สามารถใช้รสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าได้เลย<sup>355</sup>

#### 4.3.2.3 การเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติไว้แต่อย่างใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้รองรับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอีกหนึ่งอนุมาตราในวรรคสอง และแก้ไขเพิ่มเติมวรรคสามเพื่อให้รองรับเครื่องหมายการค้ารสชาติที่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้<sup>356</sup>

“...

(12) รสชาติอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือรสชาติที่ไม่เป็นรสชาติโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

<sup>354</sup> นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มมาซูติคอล จำกัด); นายกัณฑ์ กุลอัฐภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มมา (2508)); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เกสซ์ จำกัด).

<sup>355</sup> นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์; นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>356</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล; นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ).

เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) ถึง (12) หากได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามียุทธศาสตร์

แต่อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นว่า ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จะต้องอาศัยทรัพยากรเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรด้านบุคคล ด้านการเงิน รวมถึง ระยะเวลาที่ใช้ตลอดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งอาจเกิดความไม่คุ้มค่าและถือเป็นการสิ้นเปลือง ทรัพยากรได้ หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ความคุ้มครองสิ่งที่ไม่ได้มีการใช้อย่างแพร่หลาย ทั่วไป<sup>357</sup>

#### 4.4 การเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้า

##### 4.4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้าม

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้าที่ไม่อาจ ได้รับการจดทะเบียนได้ไว้ในมาตรา 8 (1) – (13) ทั้งนี้ สำหรับการเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะ ต้องห้ามของเครื่องหมายการค้ารสนชาติ นั้น มีผู้ให้ความเห็นเป็น 2 แนว ดังนี้

(1) แนวที่ 1 เห็นว่าสามารถนำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสนชาติ ได้ ดังนี้

- มาตรา 8 (9) ซึ่งบัญญัติว่า “เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย” สามารถนำมาใช้กับรสนชาติที่เกิดจากสิ่งผิด กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หรือเป็นรสนชาติที่เกิดจากสิ่งของเน่าเสีย รสนชาติที่มีลักษณะเป็นที่น่ารังเกียจของสังคม ตัวอย่างเช่น รสนชาติของยาเสพติด รสนชาติของขยะ

<sup>357</sup> นางแวตดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวุฒิวัฒน์ จิรส์ย์ชานะ (นิติกร ชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

รสชาติของสิ่งเน่าเสีย รสชาติของอุจจาระหรือปัสสาวะ หรือรสชาติของเหลวที่เกิดขึ้นขณะชายหญิงมีเพศสัมพันธ์กัน รวมถึงกรณีที่ยูเอ็นคำขอจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วในต่างประเทศ ย่อมถือว่าเป็นเครื่องหมายที่ขัดต่อรัฐประศาสนโยบายด้วย<sup>358</sup>

- มาตรา 8 (13) ซึ่งบัญญัติว่า “เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด” โดยให้ความเห็นว่า มาตรา 8 (13) เปิดช่องให้สามารถกำหนดลักษณะอื่น ๆ ของเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามได้เพิ่มเติม ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นช่องทางในการกำหนดลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้าได้โดยไม่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า<sup>359</sup>

(2) แนวที่ 2 เห็นว่าไม่สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 8 ถูกสร้างขึ้นสำหรับเครื่องหมายการค้ารูปแบบเดิมเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ โดยเฉพาะกับเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองได้ด้วยตา นอกจากนี้ มาตรา 8 (9) จะดูเหมือนว่าจะสามารถนำมาใช้ได้ แต่ในความจริงแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีรสชาติใดที่มีลักษณะเป็นรสชาติที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย เพราะตัวอย่างรสชาติต่าง ๆ ตามที่อีกกลุ่มหนึ่งยกตัวอย่างว่า สามารถปรับกับบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วได้นั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า แม้รสชาติดังกล่าวจะมีเกิดจากสิ่งที่ถือว่ามีลักษณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ยาเสพติด เมื่อพิจารณาแล้ว บุคคลที่จะทราบว่ารสชาติของยาเสพติดเป็นเช่นไร จะต้องเป็นบุคคลที่เคยลองเสพแล้วเท่านั้น จึงเป็นไปได้เลยที่ผู้บริโภคทั่วไปจะทราบว่ารสชาติของยาเสพติดเป็นเช่นไร นอกจากนี้รสชาติที่เป็นที่น่าเกลียดหรือไม่สมควรรับประทาน เช่น น้ำปัสสาวะ ก็ปรากฏว่าผู้คนจำนวนมากไม่น้อยที่ความเชื่อว่าเป็นยารักษาโรค ในส่วนที่อ้างถึงรสชาติที่เป็นหรือเกิดจากของเน่าเสีย ว่ามีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ความเน่าเสียอาจถูกใช้เป็นส่วนหนึ่งในการประกอบอาหารและมีการรับประทานเป็นปกติทั่วไป เช่น นัตโตะ (ถั่วเน่า) และปลาร้า ดังนั้น จึงไม่มีความชัดเจนว่า รสชาติ

<sup>358</sup> อติชวัน ธรรมพินิจวัฒน์, "การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ." หน้า 114.

<sup>359</sup> นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นางสาวอวิศา วุฒิชินม์; นายกันท์ กุลอัฐภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด).

อย่างไรจึงถือว่าเป็นรศชาติต้องห้ามไม่อาจได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า<sup>360</sup>

#### 4.4.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหากับการเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้าม

(1) แนวที่ 1 ซึ่งเห็นว่ารายละเอียดในบทบัญญัติมาตรา 8 ที่มีอยู่ในปัจจุบันสามารถนำมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารศชาติได้ จึงไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด โดยสามารถนำมาตรา 8 (9) และ (13) มาใช้กับเครื่องหมายการค้ารศชาติได้เลย

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 8 (13) ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีในการประกาศกำหนดลักษณะเครื่องหมายที่มีลักษณะเพิ่มเติม มีผู้ให้ความเห็นว่า เมื่อรัฐมนตรีประกาศกำหนดเพิ่มเติมไม่ว่าจะออกในรูปแบบของกฎกระทรวงหรือประกาศของกรมทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับล้วนแต่เป็นกฎหมายลำดับรองจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าทั้งสิ้น นอกจากจะทำให้ลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้ารศชาติมีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ากฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้าประเภทอื่นแล้ว เมื่อลักษณะต้องห้ามมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิผู้ที่จะยื่นคำขอจดทะเบียนจึงควรกำหนดไว้อย่างชัดเจนในตำแหน่งเดียวกัน ไม่ใช่เป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่จะต้องนั่งพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลากหลายฉบับ และเมื่อเป็นกฎหมายรองย่อมไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาของรัฐสภาทั้ง ๆ ที่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิก็ตาม นอกจากนี้ แม้จะไม่ต้องมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าก็ตาม แต่ยังคงจะต้องมีการร่างกฎกระทรวงหรือประกาศมาบังคับใช้และต้องสูญเสียทรัพยากรในการร่างบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>361</sup>

<sup>360</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล; นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มาซูติคอล จำกัด); นายพุดิพัฒน์ จิรส์ย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>361</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุดิพัฒน์ จิรส์ย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

(2) แนวที่ 2 เมื่อรายละเอียดในบทบัญญัติมาตรา 8 ไม่สามารถมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ เนื่องจากไม่มีการระบุว่ารสชาติอย่างไร จึงจะถือว่าต้องห้ามและไม่อาจรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 8 ให้เหมาะสมกับการนำมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่มีความชัดเจนว่ารสชาติอย่างไรจะถือเป็นรสชาติที่มีลักษณะต้องห้าม ไม่อาจรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตลอดจนการที่ประเทศที่มีการกำหนดให้เครื่องหมายการค้ารสชาติสามารถยื่นจดทะเบียนได้ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้ารสชาติไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ย่อมถือได้ว่า ไม่มีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอในการแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดเพื่อกำหนดลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้ารสชาติว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไร<sup>362</sup>

#### 4.5 การเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้วของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

##### 4.5.1 ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว

เนื่องจากการรับรู้รสชาติมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (Subjectivity) ที่ทำให้การรับรู้รสชาติของแต่ละคนแตกต่างกันออก และแม้จะเป็นบุคคลเดียวกันก็อาจรับรู้รสชาติได้แตกต่างกัน หากเป็นการรับรู้รสชาติต่างครั้งกัน ซึ่งเป็นไปตามปัจจัยต่าง ๆ ที่มากระทบในขณะที่ทำการรับรู้รสชาติเช่น อายุ เพศ อาการเจ็บป่วยและผลจากการเข้ารับการรักษาอาการเจ็บป่วย พันธุกรรม ซึ่งความเป็นอัตวิสัยของการรับรู้รสชาติ นอกจากจะทำให้เครื่องหมายการค้ารสชาติไม่สามารถแสดงลักษณะบ่งเฉพาะออกมาได้อย่างชัดเจนแล้ว ยังกระทบต่อการพิจารณาและตัดสินใจรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติของนายทะเบียนด้วย เพราะหากเป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือน หรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้า หรือแหล่งกำเนิดของสินค้าแล้ว นายทะเบียนจะต้องปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมาย

<sup>362</sup> นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

การค้าрсชาติดังกล่าว เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคเสี่ยงต่อความสับสนหลงผิดในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าระหว่างสินค้า ดังนั้น เมื่อเครื่องหมายการค้าрсชาติไม่สามารถแสดงลักษณะบ่งเฉพาะออกมาได้อย่างชัดเจน และการรับรู้рсชาติจากอัตวิสัยที่แตกต่างกัน ในการพิจารณาตรวจสอบความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าрсชาติ นายทะเบียนย่อมไม่สามารถพิจารณาได้อย่างชัดเจนว่าเครื่องหมายการค้าрсชาติที่ยื่นคำขอจดทะเบียนมานั้นเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าрсชาติที่ได้รับการจดทะเบียนไว้แล้ว<sup>363</sup> ยิ่งไปกว่านั้น หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าрсชาติไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของนายทะเบียน หรือมีผู้ทำการคัดค้านเครื่องหมายการค้าрсชาติดังกล่าวแล้ว และได้มีการอุทธรณ์คำสั่งนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่า 10 ท่าน ย่อมเป็นไปได้ที่คณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้าแต่ละท่านจะสามารถรับรู้рсชาติของเครื่องหมายการค้าได้เป็นอย่างดีเดียวกัน<sup>364</sup>

นอกจากนี้ เมื่อเครื่องหมายการค้าрсชาติไม่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนว่า เครื่องหมายการค้าрсชาติหนึ่งเหมือนหรือคล้ายกันมากจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้า หรือแหล่งกำเนิดของสินค้า หรือแตกต่างกับเครื่องหมายการค้าрсชาติอื่นได้อย่างชัดเจน ย่อมส่งผลต่อการพิสูจน์ความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าрсชาติเมื่อมีเหตุละเมิดด้วย ซึ่งแตกต่างจากเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น เนื่องจากเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่นเป็นเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา โดยสามารถนำมาวางเปรียบเทียบและตัดสินใจได้อย่างชัดเจนว่าเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ ดังนั้น เครื่องหมายการค้าрсชาติย่อมยากในการพิสูจน์ความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมาย<sup>365</sup>

<sup>363</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นางสาววรินทร์ สัมมาคารวะ; นางสาวอัสดา วุฒิชินม์; นายกัมพ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มาซูติคอล จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายชัชวรินทร์ กุวิชะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมปัญญาตรา); นายพุฒิพัฒน์ จิรัญชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขวละออ เกล็ด จำกัด).

<sup>364</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาทัทักษ์กุล.

<sup>365</sup> นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาทัทักษ์กุล.

#### 4.5.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหากับการเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับ เครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว

(1) การนำส่งตัวอย่างรสชาติของสินค้าไปตรวจยังหน่วยงานที่มีเทคโนโลยี หรือสถาบัน  
เฉพาะทาง

ในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ กรมทรัพย์สินทางปัญญา  
จะต้องกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องนำส่งตัวอย่างรสชาติของสินค้าเพื่อเป็นพยานหลักฐาน  
ให้แก่กรมทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้กรมทรัพย์สินทางปัญญานำส่งตัวอย่างรสชาติไปตรวจสอบ ณ  
สถาบันหรือหน่วยงานที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง และมีความพร้อมเกี่ยวกับเทคโนโลยี  
เครื่องมือ หรือวิทยาการที่ใช้ในการตรวจสอบ และให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาเก็บรักษาตัวอย่าง  
รสชาติของสินค้าไว้ตลอดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

แต่อย่างไรก็ตาม การส่งตัวอย่างรสชาติของสินค้าไปตรวจมีข้อจำกัดอย่างมาก  
เนื่องจากรสชาติเป็นสิ่งที่ไม่อาจคงสภาพและอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา นับแต่ตั้งมีการยื่น  
คำขอจดทะเบียน ในขั้นตอนการพิสูจน์ของนายทะเบียน ระหว่างมีการอุทธรณ์ ตลอดจนเมื่อจะต้องมี  
การนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในการฟ้องร้อง ดังนั้น กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องจัดให้มีระบบ  
เก็บรักษาตัวอย่างรสชาติของสินค้าที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพ เพื่อรักษาให้รสชาติของผู้ยื่นคำขอ  
จดทะเบียนคงสภาพเดิมมากที่สุดและตรงตามที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายื่นคำขอจด  
ทะเบียนไว้ตลอดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หรืออาจจะต้อง  
นับตั้งแต่วันที่มีการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า วันที่นายทะเบียนเครื่องหมาย  
การค้าหยิบยกคำขอจดทะเบียนและตัวอย่างรสชาติของสินค้านำมาพิจารณาจดทะเบียนเครื่องหมาย  
การค้า วันที่มีผู้สนใจเข้าสืบค้นเพื่อตรวจสอบความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าก่อนยื่นคำขอ  
จดทะเบียน รวมถึงวันที่จะต้องนำตัวอย่างรสชาติไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความเหมือน  
หรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าตามเหตุผลเมิตที่มีการฟ้องร้องกัน แต่เมื่อเครื่องหมายการค้ารสชาติ  
ยังไม่มีชัดเจนและสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการได้ เครื่องหมายการค้ารสชาติ  
ย่อมไม่ถูกนำมาใช้จริงกับสินค้าที่มีการจำหน่าย และเมื่อเครื่องหมายการค้ารสชาติไม่ได้ถูกใช้เป็น  
จำนวนมากเพียงพอและไม่ได้เป็นที่แพร่หลายมากนัก การที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องจัดให้มี  
ระบบที่ใช้เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่ทันสมัย เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการเก็บรักษา



ตัวอย่างรสชาติ ย่อมถือเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายให้แก่กรมทรัพย์สินทางปัญญา และยอมเป็นสิ้นเปลืองทรัพยากรของรัฐเป็นอย่างมาก ทั้งทรัพยากรด้านการเงิน ทรัพยากรบุคคลที่จะต้องทำหน้าที่พัฒนา และดูแลระบบ ทรัพยากรเวลาที่เสียไปตลอดระยะเวลาที่ใช้ในการพัฒนาระบบต่าง ๆ ด้วย<sup>366</sup>

(2) การนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการอย่างใด ๆ เข้ามาช่วยในการรับรู้รสชาติ<sup>367</sup> เช่น การนำเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose) เข้าทำมาหน้าที่แยกแยะเรียนรู้และจดจำรสชาติ<sup>368</sup> เนื่องจากเป็นเทคโนโลยีที่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างรสชาติของผลไม้และยังสามารถระบุรสชาติที่ไม่รู้จัก (Unknown Flavor) ได้ รวมถึงยังสามารถแยกแยะได้หากเป็นรสชาติเดียวกันจากผู้ผลิตรายเดียวแต่เป็นการผลิตต่างรอบ<sup>369</sup> ดังนั้น การนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการมาใช้ นอกจากจะทำให้สามารถอธิบายเกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติได้อย่างชัดเจนแล้ว ยังสามารถนำมาใช้เพื่อเปรียบเทียบความเหมือนหรือคล้ายระหว่างรสชาติได้ด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลที่สามารถนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยในการรับรู้รสชาติมักเป็นฝ่ายผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ในขณะที่ผู้บริโภคไม่มีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการอย่างใด ๆ ในการรับรู้รสชาติของสินค้า โดยเฉพาะเมื่อผู้บริโภคกำลังตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าใด ณ จุดจำหน่ายสินค้า ย่อมไม่สามารถนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการมาใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของรสชาติของสินค้าต่าง ๆ ได้ นอกจากนี้ การนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการถือเป็นการสร้างต้นทุนในการผลิตสินค้าให้แก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการอย่างมาก เนื่องจากเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีประสิทธิภาพย่อมมีราคาสูง ดังนั้น ผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่

<sup>366</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุมพิพัฒน์ จิรส์ย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

<sup>367</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ); นายกัณฑ์ กุลธัญญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายพุมพิพัฒน์ จิรส์ย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการ บริษัท ขาวละออง เกสซ์ จำกัด); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>368</sup> นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>369</sup> Limin Zhu, R. A. S., Eric Tsai, Sophie Puech and Lean-Christophe Mifsud,, "Flavor Analysis in a Pharmaceutical Oral Solution Formulation Using an Electronic-Nose."pp. 453-461.

มีศักยภาพในการเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการต่าง ๆ มักจะถูกจำกัดเฉพาะผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่มีความสามารถทางการเงิน อย่างเช่น บริษัทต่างชาติ หรือบริษัทขนาดใหญ่เท่านั้น ผู้ผลิตและผู้ประกอบการรายเล็กที่ไม่มีต้นทุนย่อมไม่มีโอกาสในการเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ วิทยาการได้เลย ซึ่งย่อมก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและเป็นการเอาเปรียบทางการค้าต่อผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่ไม่มีความสามารถทางการเงินหรือไม่มีเงินทุน<sup>370</sup>

#### 4.6 ความพร้อมในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ

##### 4.6.1 ความพร้อมของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

##### 4.6.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับความพร้อมของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

##### 1) การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะและความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เนื่องจากในปัจจุบัน การพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะใช้นายทะเบียนเครื่องหมายการค้า 1 ท่านต่อ 1 เครื่องหมาย และนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เมื่อเครื่องหมายการค้ารสชาติมีความแตกต่างจากเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่นในปัจจุบัน ซึ่งอาศัยเพียงการมองเห็น และการฟังเสียงสำหรับเครื่องหมายการค้าเสียงเท่านั้น<sup>371</sup> แต่สำหรับเครื่องหมายการค้ารสชาติซึ่งมีความจำเป็นจะต้องนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาใช้เพื่อแสดงลักษณะบ่งเฉพาะได้อย่างชัดเจน จะต้องอาศัยการอ่านและตีความคำสั่ง รหัส หรือสูตรเคมีต่าง ๆ โดยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ดังนั้น นายทะเบียน

<sup>370</sup> นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มมาซูติคอล จำกัด); นายกัณฑ์ กุลอัฐภิญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้วฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายชัชวริน กุวัชกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบุญดาราร); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เกสซ์ จำกัด).

<sup>371</sup> นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ).

เครื่องหมายการค้าย่อมไม่สามารถที่จะพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติเพื่อรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ นอกจากนี้ ความที่ไม่สามารถอ่านและตีความคำสั่ง รหัส หรือสูตรเคมีต่าง ๆ ย่อมส่งผลทำให้ไม่สามารถพิจารณาแยกแยะความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้ารสชาติ ว่าเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ารสชาติที่เคยได้รับจดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ด้วย

## 2) ระบบในการจัดเก็บเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เนื่องจากเครื่องหมายการค้ารสชาติมีความแตกต่างจากเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น ซึ่งเอกสารหรือพยานหลักฐานสามารถเก็บในรูปแบบเอกสารและจัดเก็บไว้ ณ สถานที่ใดสถานที่หนึ่งโดยที่เครื่องหมายการค้าดังกล่าวยังสามารถคงรูปและไม่เปลี่ยนแปลงได้ ในขณะที่เครื่องหมายการค้ารสชาติ ซึ่งหากมีการนำส่งตัวอย่างรสชาติหรือตัวอย่างของสินค้าที่มีรสชาติจะต้องอาศัยการเก็บรักษาที่เพิ่มขึ้น เพื่อให้รสชาติสามารถคงสภาพ ไม่เกิดความผิดเพี้ยน หรือได้รับการปนเปื้อนตลอดระยะเวลา 10 ปี หรือตลอดระยะเวลาที่ได้รับความคุ้มครองด้วย เนื่องจากรสชาติมีความเสี่ยงค่อนข้างมากที่จะเปลี่ยนไปตามสภาพอากาศ ความร้อน การถูกสัมผัส ตลอดจนปัจจัยอื่น ๆ ด้วย<sup>372</sup> โดยในปัจจุบัน กรมทรัพย์สินทางปัญญามีการจัดเก็บเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาในรูปแบบกระดาษและไฟล์ภาพ ส่วนเครื่องหมายการค้าเสียงถูกจัดเก็บในรูปแบบกระดาษที่แสดงออกเป็นตัวโน้ตและไฟล์เสียง แต่ยังไม่มียุทธวิธีรูปแบบและระบบในการจัดเก็บเครื่องหมายการค้ารสชาติว่าจะต้องจัดเก็บในรูปแบบใด และระบบในการจัดเก็บจะเป็นเช่นไร<sup>373</sup>

<sup>372</sup> นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มมาซูติคอล จำกัด); นายกัณฑ์ กุลอัฐภิญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>373</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุดฉิมพัฒน์ จิรัญย์ชำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

#### 4.6.1.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับความพร้อมของกรมทรัพย์สินทาง ปัญญา

##### 1) การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะและความเหมือนหรือคล้ายของ เครื่องหมายการค้ารสชาติ

(1) การนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการมาช่วยในการรับรู้และแยกแยะความแตกต่างของรสชาติ เช่น เทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose) เข้ามาใช้ในการกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ โดยเฉพาะในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า กรมทรัพย์สินทางปัญญจะต้องจัดให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยในการอธิบายหรือบรรยายเกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติให้มีความชัดเจน<sup>374</sup> หรือในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพื่อพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะและตรงตามกับผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนอธิบายและบรรยายไว้ในแบบคำขอยื่นจดทะเบียนหรือไม่ หรือเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ได้รับจดทะเบียนแล้วซึ่งนายทะเบียนจะต้องปฏิเสธไม่รับทะเบียน<sup>375</sup>

แม้จะมีการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเพื่อช่วยเพื่อให้สามารถอธิบายหรือบรรยายเกี่ยวกับรสชาติที่ยื่นคำขอจดทะเบียนได้ละเอียดและมีความชัดเจนขึ้นก็ตาม แต่เมื่อผู้บริโภคจะรับรู้รสชาติที่ถูกใช้เป็นเครื่องหมายการค้าโดยการบริโภคเท่านั้น ดังนั้น นายทะเบียนยังคงต้องพิจารณาและตรวจสอบเครื่องหมายการค้ารสชาติเพื่อให้สามารถรับรู้รสชาติจากการ

<sup>374</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์.

<sup>375</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เกสซ์ จำกัด); นายสีบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

บริโภคน้อย แต่เมื่อการรับรู้รสชาติมีลักษณะเป็นอัติวิสัย ย่อมอาจทำให้นายทะเบียนรับรู้รสชาติได้ไม่ตรงหรือเป็นไปตามคำอธิบายหรือคำบรรยายเกี่ยวกับรสชาติในแบบคำขอก็ได้<sup>376</sup>

(2) การว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเข้ามาในกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ อย่างในการพิจารณาปรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ในการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้า ตัวอย่างเช่น นักวิทยาศาสตร์เข้ามาทำหน้าที่ในการอ่านและพิจารณาสูตรทางเคมีของรสชาติ หรือผู้เชี่ยวชาญเรื่องไวน์ (Sommelier) เข้ามาทำหน้าที่ในการทดสอบและรับรู้รสชาติ รวมถึงการจ้างผู้เชี่ยวชาญเพื่อเป็นวิทยากรในการให้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเด็นต่าง ๆ เช่น การใช้เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยากรในขั้นตอนและกระบวนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ การอธิบายหรือบรรยายเกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ เพื่อสร้างความเข้าใจแก่นายทะเบียนเครื่องหมายการค้า หรือบุคคลทั่วไปที่มีความสนใจ<sup>377</sup>

(3) การส่งบุคลากรที่เกี่ยวข้องไปศึกษาดูงานในต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศที่มีการอนุญาตให้ยื่นคำขอและรับจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ เนื่องจากในปัจจุบัน กรมทรัพย์สินทางปัญญามีการส่งบุคลากร โดยเฉพาะนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าไปศึกษาดูงานในต่างประเทศในทุก ๆ ปีอยู่เสมอ<sup>378</sup>

แต่เนื่องจาก การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติยังคงไม่มีความแน่นอนและชัดเจนแต่อย่างใด เพราะแม้จะมีหลายประเทศที่อนุญาตให้รสชาติสามารถนำไปยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ก็ตาม แต่ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีเครื่องหมายการค้ารสชาติได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว ดังนั้น การส่งบุคลากรไปศึกษาดูงานในต่างประเทศ อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่มีโอกาสทราบแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

<sup>376</sup> นายจาตุรนต์ ขำนิวิกัยพงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพ้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล; นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายวุฒิวัฒน์ จิรย์ชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

<sup>377</sup> นายจาตุรนต์ ขำนิวิกัยพงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพ้ววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

<sup>378</sup> นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ).

รสนชาติแต่อย่างใด ย่อมเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐ และเสียไปซึ่งทรัพยากรเวลาและบุคคล ในระหว่างที่มีการศึกษาดูงานด้วย<sup>379</sup>

## 2) ระบบในการจัดเก็บเครื่องหมายการค้ารสนชาติ

ในการจัดเก็บเครื่องหมายการค้ารสนชาตินั้น มีความจำเป็นจะต้องนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยเก็บรักษา เพื่อให้เครื่องหมายการค้ารสนชาติดังกล่าวสามารถคงสภาพอยู่ได้ นับตั้งแต่มีการยื่นคำขอจดทะเบียน เมื่อนายทะเบียนนำรสนชาติมาพิจารณาและตรวจสอบเพื่อรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า หรือเมื่อมีผู้ประสงค์จะเข้าทำการสืบค้น จนกระทั่งเมื่อจะต้องถูกนำไปเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาของศาลเมื่อมีการฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้ารสนชาตินั้น ตลอดจนเป็นประโยชน์ในการสืบค้นและตรวจสอบของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ รวมถึงผู้ที่สนใจสามารถเข้าตรวจสอบเครื่องหมายการค้ารสนชาติที่ได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสนชาติแล้ว<sup>380</sup>

ทั้งนี้ เมื่อปรากฏว่า การที่ผู้บริโภคไม่สามารถรับรู้รสนชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า ย่อมส่งผลให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการไม่เห็นว่าการจำเป็นที่จะต้องนำเครื่องหมายการค้ารสนชาติมาใช้กับสินค้าของตน ดังนั้น เมื่อเครื่องหมายการค้ารสนชาติไม่ได้ถูกใช้อย่างแพร่หลายในท้องตลาด และผู้ผลิตและผู้ประกอบการไม่ได้ประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสนชาติ การที่กรมทรัพย์สินทางปัญญามีความรับผิดชอบที่จะต้องจัดให้มีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเพื่ออำนวยความสะดวกและนำมาใช้ในกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ย่อมถือเป็นการสิ้นเปลืองของทรัพยากรของรัฐเป็นอย่างมาก และไม่คุ้มค่าในการใช้หรือจัดสรรงบประมาณแต่อย่างใด โดยแม้กรมทรัพย์สินทางปัญญาอาจพิจารณาปรับขึ้นอัตราค่าธรรมเนียมเครื่องหมายการค้าได้ก็ตาม แต่การนำเทคโนโลยี

<sup>379</sup> ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

<sup>380</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุดิพัฒน์ จิรส์ย์ขำนะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

เครื่องมือ หรือวิทยาการมาใช้ถือเป็นการนำมาใช้เฉพาะกับเครื่องหมายการค้ารสชาติเท่านั้น ซึ่งย่อมก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าประเภทต่าง ๆ ได้<sup>381</sup>

## 4.6.2 ความพร้อมของผู้ผลิตและผู้ประกอบการ

### 4.6.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับความพร้อมของผู้ผลิตและผู้ประกอบการ

การนำรสชาติมาใช้กับสินค้าในฐานะเครื่องหมายการค้า ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการจะต้องสามารถทำให้รสชาติปรากฏบนสินค้าของตน รักษาและคงสภาพของรสชาติไว้กับตัวสินค้าได้ตลอดเวลา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า รสชาติที่ปรากฏบนสินค้าในฐานะเครื่องหมายการค้าจะต้องเป็นรสชาติคงเดิมตั้งแต่กระบวนการผลิต การบรรจุหีบห่อ การเก็บรักษาในโกดัง การขนส่งสินค้าไปยังจุดจำหน่าย การวางจัดจำหน่ายสินค้านั้นบนชั้นขายของ จนถึงเวลาที่ผู้บริโภคทำการเลือกซื้อสินค้านั้นด้วย และเมื่อมีการอนุญาตให้ยื่นคำขอและผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติตามคำสั่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะต้องมีหน้าที่ในการผลิตและควบคุมให้เครื่องหมายการค้ารสชาติที่ตนจะนำไปใช้กับสินค้าที่วางจำหน่ายจะเป็นไปตามรายละเอียดของเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ได้รับจดทะเบียนไว้แล้วทุกประการด้วย ทั้งนี้ การที่จะทำให้รสชาติสามารถคงสภาพเดิมตั้งแต่กระบวนการผลิตจนถึงได้มีการจำหน่ายออกไปยังผู้บริโภคและสาธารณชน และเป็นรสชาติที่ตรงตามที่ได้รับจดทะเบียนไว้นั้น ย่อมมีความจำเป็นจะต้องการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีความทันสมัยเข้ามาใช้ในทุก ๆ กระบวนการของสินค้า ทั้งการผลิต ควบคุมคุณภาพ เก็บรักษา ขนส่งตลอดจนจัดจำหน่ายสินค้า เพื่อไม่ให้มีปัจจัยจากภายนอกมากระทบและทำให้รสชาติของสินค้าแตกต่างไปจากเดิม ซึ่งการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีความทันสมัยเข้ามาใช้นั้นย่อมถือเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก ย่อมทำให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่ไม่มีต้นทุนย่อมไม่อาจเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่ทันสมัยได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในทางการค้า และก่อให้เกิด

<sup>381</sup> นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา); นายพุดิพัฒน์ จิรส์ยศชานะ (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา).

การผูกขาดของผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่มีเงินทุนและมีศักยภาพในการเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการอีกด้วย<sup>382</sup>

นอกจากนี้ แม้จะเป็นผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่มีเงินทุนเพียงพอก็ตาม แต่การนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการมาใช้ย่อมเป็นการเพิ่มต้นทุนของสินค้า ซึ่งทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการมีความจำเป็นต้องเพิ่มราคาของสินค้าให้สูงขึ้น เมื่อราคาของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้ารสชาติสูงกว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น ผู้บริโภคย่อมตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าที่ราคาถูกลงกว่าและมีเครื่องหมายการค้าที่ชัดเจนและแน่นอน และเมื่อสินค้าไม่สามารถจำหน่ายได้ ผู้ผลิตและผู้ประกอบการย่อมเห็นว่า การใช้เครื่องหมายการค้ารสชาติไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สินค้าของตนแต่อย่างใด และอาจเลิกใช้ไปในที่สุด<sup>383</sup>

#### 4.6.2.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความพร้อมของผู้ประกอบการ

เนื่องจากการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่ความทันสมัยมาใช้ในการนำรสชาตินำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้ามีราคาสูงและต้องอาศัยศักยภาพในการเข้าถึง ผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่ไม่มีเงินทุนและไม่มีศักยภาพเพียงพอไม่สามารถเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการอย่างใด ๆ ได้อย่างเด็ดขาด ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในการค้าของผู้ผลิตและผู้ประกอบการ และป้องกันการผูกขาดของผู้ผลิตและผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีเงินทุนและศักยภาพมากกว่า รัฐบาลย่อมถือเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบในการเข้าช่วยเหลือและสนับสนุนแก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการเหล่านี้ให้สามารถเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีความทันสมัย โดยการจัดให้มีเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่ทันสมัยไว้ ณ สถานที่ต่าง ๆ ที่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการทั่วประเทศสามารถเข้าใช้บริการได้โดยง่าย เช่น หน่วยงานราชการ ในจังหวัดต่าง ๆ มหาวิทยาลัยในภาคต่าง ๆ และในจำนวนที่เพียงพอ รวมถึงจัดให้มีบุคลากรที่

<sup>382</sup> นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มมาซูติคอล จำกัด); นายกัณฑ์ กุลธัญญ์ (Brand Manager ของ บริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มมา (2508)); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขวละออ เกสซ์ จำกัด).

<sup>383</sup> นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มมาซูติคอล จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มมา (2508)); นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขวละออ เกสซ์ จำกัด); นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์.



สามารถให้ความรู้ความสามารถคอยให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ วิทยาการเหล่านั้นได้ เพื่อให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการทุกรายมีโอกาสเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ วิทยาการที่มีความทันสมัยได้อย่างเท่าเทียมและไม่ก่อให้เกิดภาวะทางการเงินเกินสมควร<sup>384</sup> นอกจากนี้ เมื่อเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่รัฐบาลจัดให้สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย เพียงพอ และอาศัยค่าใช้ไม่สูงจนเกินไป ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจัดหาเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเป็นของตน ซึ่งถือเป็นประโยชน์อย่างมากแก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่ไม่ได้ มีเงินทุนหรือพื้นที่ในลักษณะเป็นโรงงานด้วย รวมถึงยังไม่เป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่สินค้าด้วย ซึ่งเมื่อ ผู้ผลิตและผู้ประกอบการย่อมไม่มีความจำเป็นจะต้องขึ้นราคาค่าสินค้า ราคาของสินค้าย่อมไม่ แตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น ซึ่งเป็นการเพิ่มโอกาสในการแข่งขันให้แก่ผู้ผลิต และผู้ประกอบการที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าสชาติกับสินค้าของตนด้วย และเมื่อสินค้าที่ใช้ เครื่องหมายการค้าสชาติสามารถแข่งขันกับสินค้าอื่นในตลาดได้ ย่อมส่งผลให้ผู้ผลิตและ ประชกอบการมีความสนใจที่จะนำเครื่องหมายการค้าสชาติมาใช้กับสินค้าเพิ่มขึ้นและสร้างความ แพร่หลายของเครื่องหมายการค้าสชาติเพิ่มขึ้นด้วย<sup>385</sup>

#### 4.6.3 ความพร้อมของผู้บริโภค

##### 4.6.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับความพร้อมของผู้บริโภค

#### 1) ผู้บริโภคและสาธารณชนขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเครื่องหมาย การการค้าสชาติ

การนำสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าถือเป็นสิ่งที่มีความแปลกใหม่เป็นอย่างมาก เนื่องจากรสชาติเพิ่งถูกนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าเป็นระยะเวลาเพียงไม่นานและการใช้ก็

<sup>384</sup> นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เกสซ์ จำกัด).

<sup>385</sup> นายกัณฑ์พงษ์ จิตสมบุรณ์ (บริษัท สยามฟาร์มาซูติคอล จำกัด); นายกัณฑ์ กุลอัฐภิญา (Brand Manager ของ บริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร่วัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์.

ไม่ได้มีความแพร่หลายมากนัก เครื่องหมายการค้ารสชาติจึงถือเป็นเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ ผู้บริโภคและสาธารณชนไม่มีความคุ้นเคยเหมือนกับเครื่องหมายการค้าชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ หรือภาพประเภทต่าง ๆ ซึ่งถือเป็นเครื่องหมายการค้ารูปแบบดั้งเดิมที่มีการใช้มา อย่างยาวนานและแพร่หลายมากกว่า ดังนั้น ผู้บริโภคและสาธารณชนจึงขาดความรู้ความเข้าใจว่า รสชาติสามารถถูกนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าประเภทต่าง ๆ ในฐานะเครื่องหมายการค้า รูปแบบหนึ่งได้ด้วย<sup>386</sup>

## 2) การรับรู้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

ผู้บริโภคและสาธารณชนจะอาศัยลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าในการ รับรู้และแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมาย การค้าอื่น แต่สำหรับเครื่องหมายการค้ารสชาตินั้น ผู้บริโภคและสาธารณชนกลับรับรู้รสชาติในฐานะ องค์ประกอบหน้าที่หนึ่งของสินค้าเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นการรับรู้ว่าเป็นรสชาติของสินค้านั้นสำหรับ สินค้าที่มีรสชาติอยู่แล้ว เช่น อาหาร เครื่องดื่ม เครื่องปรุงรสอาหาร หรือรับรู้รสชาติถูกนำมาใส่เป็น ปกติทั่วไปในสินค้านั้นสำหรับสินค้าที่สามารถคาดการณ์ได้ว่าเป็นสินค้าที่อาจมีรสชาติ เช่น ยารักษา โรค ผลิตภัณฑ์สำหรับทำความสะอาดช่องปาก ดังนั้น จึงถือได้ว่าผู้บริโภคและสาธารณชนไม่ได้รับรู้ถึง ลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติและอาศัยลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติเพื่อแยกแยะ ความแตกต่างของสินค้าแต่อย่างใด<sup>387</sup>

นอกจากนี้ หากใช้รสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าเพียงอย่างเดียวกับสินค้านั้น ผู้บริโภคและสาธารณชนย่อมไม่อาจทราบได้เลยว่า รสชาติที่พวกเขาได้รับเป็นรสชาติของสินค้าจาก ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายใด ซึ่งถือเป็นหน้าที่ประการสำคัญของการเป็นเครื่องหมายการค้า ดังนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า รสชาติไม่อาจใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าได้ตามลำพัง กล่าวคือ เครื่องหมายการค้ารสชาติมีความจำเป็นจะต้องใช้ประกอบกับเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่น โดยเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนทราบว่า รสชาตินั้นเป็นสินค้าจากผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายใด ทั้งนี้ เมื่อมีความจำเป็นจะต้องใช้

<sup>386</sup> นางสาวอัสดา วุฒิชินม์; นายสุจิตร์ เพิ่มพล; ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล.

<sup>387</sup> นางสาวรินทร สัมมาคารวะ; นางสาวอัสดา วุฒิชินม์; นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์.

เครื่องหมายการค้ารสชาติประกอบกับเครื่องหมายการค้าอื่นอยู่เสมอ การรับรู้ของผู้บริโภคและสาธารณชนเมื่อจะต้องตัดสินใจในการเลือกซื้อสินค้า ย่อมใช้เครื่องหมายที่สามารถใช้แยกแยะได้อย่างชัดเจน อย่างเครื่องหมายการค้าที่มองเห็นได้ด้วยตา เป็นสิ่งที่ตัดสินใจในการเลือกซื้อสินค้า โดยไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้ารสชาติในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและตัดสินใจในการเลือกซื้อแต่อย่างใด ดังนั้น ย่อมไม่มีความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ<sup>388</sup>

ในขณะที่อีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่า ความจำเป็นที่จะต้องใช้เครื่องหมายการค้ารสชาติกับเครื่องหมายการค้าอื่นไม่ใช่ปัญหาหรือข้อจำกัดที่จะไม่ควรให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด เพราะในปัจจุบันก็มีการใช้เครื่องหมายการค้ามากกว่า 1 เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าชิ้นหนึ่งอยู่แล้ว ตัวอย่างเช่น “Tiffany & Co.” สำหรับสินค้าเครื่องประดับที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าคำว่า “Tiffany & Co.” และเครื่องหมายการค้าสีเขียวของไขนกโรบิน (Robin’s egg) ประกอบกันอยู่เสมอ<sup>389</sup> หรือ “Toyota” สำหรับสินค้ารถยนต์ที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าคำว่า “Toyota” กับเครื่องหมายการค้าภาพตัว “T” ในวงกลมประกอบกัน<sup>390</sup>



<sup>388</sup> นางสาวอัสดา วุฒิชนม; นายจาตุรนต์ ชำนิวิกัยพงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพรววัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)); ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล.

<sup>389</sup> นายสรวิศ วิไลพงศ์รัตน์.

<sup>390</sup> นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.).

#### 4.6.3.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความพร้อมของผู้บริโภค

##### 1) ผู้บริโภคและสาธารณชนขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า

เมื่อผู้บริโภคและสาธารณชนขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการนำรสนชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า ย่อมถือเป็นหนึ่งในภารกิจของรัฐบาลและผู้ผลิตและผู้ประกอบการในการเผยแพร่องค์ความรู้เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าแก่ผู้บริโภคและสาธารณชน ตลอดจนบุคคลหรือหน่วยงานที่มีความสนใจ โดยอาจทำได้ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การจัดอบรมให้ความรู้จากผู้เชี่ยวชาญของกรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือที่ปรึกษากฎหมาย และจะต้องโฆษณาสินค้าที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าอย่างแพร่หลาย เพื่อสร้างความคุ้นเคยและคุ้นชินให้แก่ผู้บริโภคและสาธารณชน<sup>391</sup>

##### 2) การรับรู้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า

แม้จะมีผู้ให้ความเห็นว่า รสนชาติสามารถถูกนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากเป็นใช้รสนชาติที่มีความแปลกประหลาด ซึ่งไม่ใช่รสนชาติที่เป็นรสนชาติของสินค้านั้น หรือไม่ใช่รสนชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปสำหรับสินค้าจำพวกนั้น รสนชาติดังกล่าวย่อมไม่ถือเป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า หรือเป็นการใช้รสนชาติกับสินค้าที่ผู้บริโภคหรือสาธารณชนไม่คาดหวังว่าจะมีรสนชาติ ดังนั้น รสนชาติเหล่านี้อาจถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองได้ นอกจากนี้ แม้รสนชาติบางรสนชาติจะถูกใช้ในลักษณะที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองก็ตาม แต่หากผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการได้ใช้รสนชาติดังกล่าวกับสินค้าของเขาเป็นระยะเวลาอันพอสมควร รสนชาติดังกล่าวก็อาจเกิดลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ได้ เมื่อรสนชาติดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว ผู้บริโภคและสาธารณชนย่อมสามารถใช้รสนชาติอย่างเครื่องหมายการค้าในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ ทั้งนี้ ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ

<sup>391</sup> นางสาวรินทร สัมมาคารวะ; นางสาวอัสดา วุฒินันท์; นายกันท์ กุลอัฐภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นายสรวิศ วิไลพงษ์รัตน์.

จะต้องมีการโฆษณาரசชาติในฐานะเครื่องหมายการค้าเพื่อสร้างความรับรู้และเข้าใจของผู้บริโภคและสาธารณชนให้แพร่หลายด้วย<sup>392</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม การทำให้ரசชาติมีลักษณะบ่งเฉพาะ และทำให้ரசชาติสามารถรับรู้จากผู้บริโภคหรือสาธารณชนในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ จะต้องอาศัยระยะเวลาเป็นจำนวนไม่น้อย ซึ่งตลอดระยะเวลาดังกล่าวย่อมถือเป็นการเพิ่มขึ้นของต้นทุนและสูญเสียทรัพยากรของผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ทั้งจากการผลิตสินค้าที่จะต้องอาศัยเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่เพิ่มขึ้น การประชาสัมพันธ์และการโฆษณาด้วยวิธีการและช่องทางต่าง ๆ เช่น การแจกสินค้าตัวอย่าง เพื่อทำการสื่อสารให้แก่ผู้บริโภคและสาธารณชนรับรู้ถึงரசชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า แต่เครื่องหมายการค้า رسชาติดังกล่าวกลับไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ย่อมทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการไม่อาจใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้อย่างเต็มที่ และเสี่ยงต่อการถูกละเมิดเครื่องหมายการค้า رسชาติด้วย



<sup>392</sup> นายกัณฑ์ กุลอัฐิภิญญา (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด); นางสาวอัสดา วุฒิชนม; นายสรวิศ วิไลวงศ์รัตน์; นายสุจิตร์ เพิ่มพล; ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล; นางสาวอัสดา วุฒิชนม; นายจาตุรนต์ ชำนิวิทย์พงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร่วัฒนะกุล (บริษัท หาญไทยฟาร์มา (2508)).

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ในการประกอบธุรกิจการค้า ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะใช้เครื่องหมายการค้าในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของตนออกจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น เพื่อป้องกันความสับสนหลงผิดในการเลือกซื้อสินค้าหรือเข้ารับบริการที่อาจเกิดแก่ผู้บริโภคและสาธารณชนได้ ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจึงให้ความสำคัญเป็นอย่างมากในการเลือกใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการของตน โดยเฉพาะการประดิษฐ์และสร้างสรรค์ให้เครื่องหมายการค้าของตนให้มีความแปลกใหม่ มีเอกลักษณ์และเป็นที่น่าจดจำ แต่เมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจมีความเจริญเติบโตมากขึ้น การแข่งขันทางการค้าที่มีความเข้มข้นขึ้นทุกขณะ ตลอดจนความเจริญก้าวหน้าในทางเทคโนโลยี เครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิม ๆ ย่อมไม่เพียงพอและไม่อาจตอบสนองต่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบันได้ จึงเป็นการผลักดันให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะต้องการเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ๆ (Non-Traditional Marks) มาใช้เพื่อสร้างความแตกต่างให้แก่สินค้าของตนหนึ่งในเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ได้รับคามนิยมและถูกนำมาใช้เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ก็คือ เครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เช่น เครื่องหมายการค้าเสียง (Sound Marks) เครื่องหมายการค้ากลิ่น (Smell Marks) และรวมถึงเครื่องหมายการค้ารสชาติ (Taste Marks) ด้วย

เครื่องหมายการค้ารสชาติ (Taste Marks) ถือเป็นเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่หลาย ๆ ประเทศได้ให้การรับรองและความคุ้มครองแล้วในฐานะเครื่องหมายการค้ารูปแบบหนึ่ง เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์ แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้วพบว่า บทนิยามในมาตรา 4 ซึ่งระบุประเภทเครื่องหมายอันพึงได้รับความคุ้มครองและจดทะเบียนในฐานะเครื่องหมายการค้า นั้นได้จำกัดการให้ความคุ้มครองประเภทของเครื่องหมายการค้าไว้ ดังนี้ ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้ อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน เท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดให้ความคุ้มครองรสชาติเป็นเครื่องหมาย

การค้าประเภทหนึ่งแต่อย่างใด ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่ได้อนุญาตให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่ใช้  
 รสชาติกับสินค้าของตนในฐานะเครื่องหมายการค้าสามารถนำรสชาติดังกล่าวมาขึ้นคำขอจดทะเบียน  
 เป็นเครื่องหมายการค้าได้ โดยเมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศและบทบัญญัติ  
 แห่งกฎหมายของประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติแล้วพบว่า ความตกลงระหว่าง  
 ประเทศ ซึ่งได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม และความตกลงว่า  
 ด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลงทริปส์) นั้น แม้ความตกลงทั้งสองฉบับ  
 จะไม่ได้ระบุคำว่า “รสชาติ” ไว้อย่างชัดเจนในบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ก็ตาม แต่เมื่อรสชาติ  
 เป็นสัญลักษณ์อย่างหนึ่งที่สามารถใช้จำแนกแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของผู้ผลิตหรือ  
 ผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นได้แล้ว รสชาติย่อมถือเป็น  
 สัญลักษณ์อันพึงได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามความตกลงระหว่างประเทศทั้ง  
 สองฉบับได้ และเป็นการกำหนดบทนิยามในลักษณะเดียวกับบทนิยามของประเทศสหรัฐอเมริกาและ  
 สหภาพยุโรปที่ไม่ได้ระบุคำว่า “รสชาติ” ไว้อย่างชัดเจนในบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” หรือ  
 “เครื่องหมายการค้า” แต่อย่างใด โดยอาศัยการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งให้ความ  
 คุ้มครองสิ่งที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ โดยไม่จำกัดเฉพาะเครื่องหมายการค้า  
 ประเภทที่ถูกระบุไว้ในนิยามเท่านั้น ซึ่งการตีความนี้ได้รับการรับรองอย่างชัดเจนตามคำวินิจฉัย  
 เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ารสชาติของคณะกรรมการอุทธรณ์เครื่องหมายการค้า ซึ่งระบุให้รสชาติ  
 สามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า  
 ประเภทหนึ่งได้ ในขณะที่ประเทศแคนาดาและประเทศนิวซีแลนด์ซึ่งเป็นประเทศที่ได้ทำการแก้ไข  
 เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ ได้แก้ไขเพิ่มเติมบท  
 นิยามคำว่า “สัญลักษณ์” โดยระบุคำว่า “รสชาติ” ไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้รสชาติที่ถูกใช้เพื่อแยกแยะ  
 ความแตกต่างของสินค้าสามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองใน  
 ในฐานะเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งได้

อนึ่ง เมื่อได้ทำการสืบค้นในระบบฐานข้อมูลเครื่องหมายการค้าของประเทศต่าง ๆ แล้วพบว่า  
 ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีผู้ผลิตและผู้ประกอบการยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมาย  
 การค้าเป็นจำนวน 9 คำขอ ในขณะที่สหภาพยุโรปปรากฏทั้งสิ้นจำนวน 3 คำขอ และเมื่อประเทศ  
 แคนาดาได้บังคับใช้บทบัญญัติที่มีแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งอนุญาตให้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า  
 รสชาติได้แล้ว พบว่า มีผู้ผลิตและผู้ประกอบการนำรสชาติของตนมาขึ้นคำขอจดทะเบียนในฐานะ

เครื่องหมายการค้าแล้วเป็นจำนวนทั้งสิ้น 31 คำขอ แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏว่ามีรสนชาติใดที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า

ทั้งนี้ เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวทางการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสนชาติในต่างประเทศแล้วพบว่า หากประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสนชาติ อาจพบว่ามีทั้งกลุ่มที่เห็นว่าไม่ควรให้ความคุ้มครองและกลุ่มที่เห็นว่าควรให้ความคุ้มครองรสนชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองนี้จะต้องเผชิญกับปัญหาหรือข้อจำกัดหลายประการ ได้แก่ ความเหมาะสมในการนำรสนชาติมาใช้กับสินค้าในฐานะเครื่องหมายการค้า เนื่องจากการที่รสนชาติไม่สามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะผู้บริโภคหรือสาธารณชนมักรับรู้รสนชาติในฐานะเป็นองค์ประกอบหน้าที่หนึ่งของสินค้าเท่านั้น และจากการที่รสนชาติไม่อาจเป็นที่หมายของสินค้าได้ เพราะผู้บริโภคหรือสาธารณชนจะสามารถรับรู้รสนชาติของสินค้าก็ต่อเมื่อได้มีการตัดสินใจเลือกซื้อไปแล้วเท่านั้นจึงไม่อาจใช้รสนชาติในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าได้ นอกจากนี้ เนื่องจากการรับรู้รสนชาติมีลักษณะเป็นอัตวิสัย จึงทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องแต่ละคนย่อมรับรู้ลักษณะบ่งเฉพาะของรสนชาติ ๆ หนึ่งแตกต่างกันออกไปตามนาาปัจจุัยซึ่งมีผลต่อการรับรู้รสนชาติในขณะที่มีการรับรู้รสนชาตินั้น เช่น อายุ เพศ อุณหภูมิ อาการเจ็บป่วยและผลจากการเข้ารักษาอาการเจ็บป่วย ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อการรับรู้รสนชาติจะต้องอาศัยการบริโภค หรือการนำสินค้าเข้าปากเพื่อให้สินค้าได้สัมผัสกับต่อมรับรู้รสนชาติซึ่งอยู่ภายในช่องปาก ย่อมทำให้เครื่องหมายการค้ามีข้อจำกัดไม่สามารถนำมาใช้กับสินค้าได้ทุกประเภท และยังไม่สามารถนำมาใช้กับการให้บริการในฐานะเครื่องหมายบริการ (Service Marks) ได้ด้วย ตลอดจนการที่รสนชาติเป็นสิ่งที่มียู่อย่างจำกัดและเป็นสิ่งที่มียู่แล้วตามธรรมชาติไม่ได้เกิดจากการประดิษฐ์หรือสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ของมนุษย์เหมือนเครื่องหมายการค้าประเภทอื่น จึงไม่ควรมิบุคคลใดได้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในรสนชาติ ซึ่งถือเป็นการผูกขาดในสิ่งที่มียู่อย่างจำกัดและมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ

นอกจากนี้ เมื่อรสนชาติอันจะพึงได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าและได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสนชาติได้นั้น จะต้องเป็นรสนชาติที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกำหนด และไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว แต่เมื่อได้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาพิจารณาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้ารสนชาติแล้วพบว่า บทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่ปรากฏรายละเอียดที่รับรองในการยื่นคำขอจดทะเบียนรสนชาติเป็นเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด ซึ่งย่อมก่อให้เกิดปัญหาได้



ดังต่อไปนี้ 1) ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 เพราะเมื่อรสชาติถูกรับรู้ในฐานะองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้า รสชาติอย่างไรจึงจะมีลักษณะบ่งเฉพาะและจะต้องกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติไว้ในมาตรา 7 อย่างไร รวมถึงการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าที่จะต้องแสดงออกได้โดยชัดเจนตามหลักการที่ศาลของสหภาพยุโรปได้วางหลักการไว้ 2) รสชาติลักษณะใดที่ถือว่าเป็นรสชาติที่มีลักษณะต้องห้าม และลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 สามารถนำมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติได้หรือไม่ และ 3) ความยากในการพิจารณาความเหมือนคล้ายระหว่างเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ยื่นคำขอจดทะเบียนและเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ได้รับการจดทะเบียนแล้ว เพราะการรับรู้ลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติมีลักษณะเป็นอัตวิสัย

ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องจากเครื่องหมายการค้ารสชาติถือเป็นเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ย่อมจะต้องเผชิญกับความไม่พร้อมของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า อันได้แก่ ความไม่พร้อมของเจ้าหน้าที่และระบบต่าง ๆ ในกระบวนการขั้นตอนของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า รสชาติ ความไม่พร้อมของผู้ผลิตและผู้ประกอบการในการนำรสชาติมาใช้กับสินค้าของตนในฐานะเครื่องหมายการค้า รวมถึงความไม่พร้อมของผู้บริโภคและสาธารณชนที่เกิดจากการขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า รสชาติและการรับรู้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติเพื่อใช้ในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อรสชาติถูกนำมาใช้กับสินค้าอย่างเครื่องหมายการค้า ในประการที่ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถใช้รสชาติในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายอื่นได้ รสชาติจึงควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย ซึ่งย่อมสามารถทำได้ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงนำเทคโนโลยี เครื่องมือหรือวิทยาการที่มีความทันสมัย ตลอดจนจัดให้มีบุคลากรหรือผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเข้ามาให้ความช่วยเหลือและให้การสนับสนุนในขั้นตอนกระบวนการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติด้วย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่า หากประเทศไทยให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์เป็นอย่างมาก ดังนี้

1) เป็นการตอบแทนความวิริยะอุตสาหะ ความพยายาม แรงกาย รวมถึงกำลังทรัพย์ ในทางสร้างสรรค์ของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าในประการที่จะได้รับความคุ้มครองและรับรอง สิทธิตามกฎหมายแล้ว

2) เป็นการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เครื่องมือ และวิทยาการ ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งจะถูกนำมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติ

3) เป็นการดึงดูดและสร้างแรงจูงใจให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการสร้างสรรค์เครื่องหมายการค้ารสชาติให้มีความแปลกใหม่และทันสมัยอยู่เสมอ

4) ผู้บริโภคสามารถใช้เครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ ๆ ในการประกอบการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าได้มากขึ้น

5) ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในระดับเดียวกับหลาย ๆ ประเทศอีกด้วย

ดังนั้น เพื่อให้ประเทศไทยสามารถให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และเสนอแนะแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ ดังต่อไปนี้

### 5.2.1 ความเหมาะสมในการนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า

#### 1) การทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าของรสชาติ

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้รสชาติสามารถทำหน้าที่ในฐานะเครื่องหมายการค้าได้ ผู้ผลิตและผู้ประกอบการที่มีความประสงค์จะใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตนจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ใช้รสชาติที่ไม่ใช่รสชาติตามธรรมชาติของสินค้านั้น เช่น น้ำอัดลมที่มีรสชาติประหลาด อย่างรสชาติไก่ รสชาติพายฟักทอง รสชาติแยมและเนยถั่ว รสชาติน้ำสลัด หรือ รสชาติเบคอน เป็นต้น<sup>393</sup> หรือใช้รสชาติที่มีความแปลกใหม่ซึ่งไม่ใช่รสชาติที่ถูกใช้โดยปกติทั่วไปสำหรับสินค้าประเภทนั้น ๆ เช่น การใช้รสชาติเมลอน (Melon Flavor) รสชาติคาราเมล (Caramel Flavor) หรือรสชาติเนยถั่ว (Peanut Butter Flavor) มาใช้กับสินค้าที่เป็นผลิตภัณฑ์ทำความสะอาดช่องปาก อย่างแปรงสีฟัน ไม้ขัดฟัน หรือใช้รสชาติกับสินค้าที่ไม่มีรสชาติและผู้บริโภคและสาธารณชนไม่ได้คาดหวังว่าจะมีรสชาติ เช่น การใช้รสชาติสตรอว์เบอร์รี่ (Strawberry Flavor) กับสินค้าหนังสือเด็ก รสชาติเปปเปอร์มินต์ (Peppermint Flavor) ที่ปลอกปากกาสำหรับสินค้าปากกาลูกกลิ้งและดินสอ โดยเป็นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นเครื่องหมายการค้า

(2) จะต้องจัดให้มีสินค้าตัวอย่าง ณ จุดจำหน่ายสินค้า หรือการแจกสินค้า รวมถึงอาจเป็นการลอกเลียนรสชาติ (Simulation) ไปใส่ไว้ในสิ่งที่สามารถบริโภคได้ เพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถรับรู้รสชาติได้ก่อนการตัดสินใจ โดยจะต้องคำนึงถึงความสะอาดและสุขอนามัยที่ดีด้วย

(3) นำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการต่าง ๆ มาใช้ในลักษณะที่เป็นการทำให้รสชาติออกมาเป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล หรือที่เรียกว่า Flavor Digitization ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่ทำให้ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถรับรู้รสชาติของสินค้าได้แม้ไม่ได้บริโภคสินค้านั้นก็ตาม<sup>394</sup> และรูปแบบดิจิทัลนี้เองที่ทำให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการสามารถแนบรสชาติไปกับตัวสินค้าที่ไม่มีรสชาติในตัวเองได้<sup>395</sup>

<sup>393</sup> Food Story Team, "10 เครื่องดื่มรสแปลก ที่ไม่น่าจะเป็นไปได้แต่เป็นไปแล้ว!!," [Online]. Available from: [foodstorythai.com/10-เครื่องดื่มรสแปลก/](http://foodstorythai.com/10-เครื่องดื่มรสแปลก/)

<sup>394</sup> Gajan Suthokumar Nimesha Ranasinghe, Kuan-Yi Lee and Ellen Yi-Luen Do., "Digital Flavor: Towards Digitally Simulating Virtual Flavors."

<sup>395</sup> John T. Cross, "Trademark Issue Relating to Digitalized Flavor," *Yale Journal of Law and Technology* 19, 1 (2017).pp. 363-370.

## 2) ความเป็นอัตวิสัยในการรับรู้รสชาติ

ผู้เขียนเสนอว่า เพื่อให้การรับรู้รสชาติของสินค้ามีความชัดเจนและแน่นอนมากขึ้น จะต้องมีการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยในการรับรู้รสชาติ เช่น การนำเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose)

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนขอเสนอเพิ่มเติมว่า นอกจากเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose) แล้วยังพบว่ามีเทคโนโลยีอื่นที่สามารถนำมาช่วยในการรับรู้รสชาติได้ด้วย คือ เทคโนโลยีลิ้นอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Tongue) ซึ่งมีคุณสมบัติและหลักการทำงานของประสาทสัมผัสการรับรู้รสชาติของมนุษย์<sup>396</sup> ซึ่งผู้เขียนพบว่า ในประเทศไทยเองก็มีการนำเทคโนโลยีทั้งสองข้างต้นไปพัฒนาต่อยอดสู่ E-Sensory ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่ทำหน้าที่เลียนแบบการรับรู้ทางระบบประสาทและประมวลผลทางด้านกลิ่นและรสชาติของมนุษย์ ดังนั้น จึงควรนำเทคโนโลยีนี้เข้ามาช่วยบ่งชี้และระบุรสชาติอาหารโดยการวิเคราะห์กลิ่น พื้นผิว และองค์ประกอบของอาหารด้วย<sup>397</sup>

## 3) การนำรสชาติมาใช้กับประเภทของสินค้าและบริการ

ผู้เขียนเสนอว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องกำหนดและประกาศหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ สินค้าจำพวกใดหรือรายการใดไม่สามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ กล่าวคือ จะต้องมีการกำหนดและจำกัดสินค้าจำพวกที่ไม่สามารถบริโภคได้ เนื่องจากหากบริโภคหรือนำเข้าปากย่อมก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือร่างกายของผู้บริโภคและสาธารณชนอย่างเด็ดขาด เช่น ผลิตภัณฑ์เคมี สารกันสนิม เชื้อเพลิง ยากำจัดวัชพืช ให้ไม่สามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อการให้บริการถือเป็นสิ่งที่เป็นนามธรรมและไม่มีลักษณะทางกายภาพที่ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถสัมผัสหรือจับต้องได้ ผู้บริโภคและสาธารณชนจึงไม่อาจ

<sup>396</sup> Kwanjai, "E-Tongue หรือลิ้นอิเล็กทรอนิกส์คืออะไร...." [Online]. Available from: <https://www.nanotec.or.th/th/?p=1290>

<sup>397</sup> Salinee Tubpila, "E-Nose & E-Sensory นาโนเซ็นเซอร์ จับกลิ่น สี รส," [Online]. Available from: <https://www.nanotec.or.th/th/?p=12130>

รับรู้รสชาติจากการเข้ารับบริการได้ ดังนั้น รสชาติจึงไม่อาจนำไปใช้กับบริการในฐานะเครื่องหมายบริการ (Service Marks) ได้

#### 4) ลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในรสชาติที่ได้รับจดทะเบียน

ผู้เขียนขอเสนอว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องกำหนดและประกาศหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า รสชาติดังต่อไปนี้ ไม่สามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนได้อย่างเด็ดขาด 1) รสชาติพื้นฐานทั้ง 4 รสชาติ ได้แก่ รสชาติหวาน รสชาติเปรี้ยว รสชาติเค็ม และรสชาติดม 2) รสชาติผสมที่เกิดจากการผสมของรสชาติพื้นฐานทั้ง 4 รสชาติ อย่างรสชาติดเปรี้ยวอมหวาน รสชาติหวานอมขม รสชาติดมอมหวาน เป็นต้น และ 3) รสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งหรืออุตสาหกรรมใด อุตสาหกรรมหนึ่ง เช่น รสชาติเปปเปอร์มินต์ (Peppermint Flavor) สำหรับสินค้าที่เป็นผลิตภัณฑ์สำหรับทำความสะอาดช่องปาก อย่าง ไหมขัดฟัน ยาสีฟัน เป็นต้น โดยจะต้องไม่อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติได้อย่างเด็ดขาด เพื่อป้องกันการผูกขาดในรสชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดและมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดว่ารสชาติใดถือเป็นรสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหนึ่ง กรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้มีหน้าที่และความรับผิดชอบในการกำหนด โดยจะต้องพิจารณาและถือเอาตามความเข้าใจและคืบเคยทั่วไปของผู้บริโภคและสาธารณชนเป็นหลัก ประกอบการหารือร่วมกันระหว่างกรมทรัพย์สินทางปัญญาและผู้ผลิตและผู้ประกอบการในธุรกิจและอุตสาหกรรมนั้น ๆ โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาอาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“มาตรา 17 ถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนรายใด หากพิจารณาทั้งเครื่องหมายแล้ว มีลักษณะอันพึงรับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 6 แต่เครื่องหมายการค้ารายนั้นมีส่วนหนึ่งส่วนใดหรือหลายส่วน เป็นสิ่งที่ใช้กันสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าบางอย่างหรือบางจำพวก อันไม่ควรให้ผู้ขอจดทะเบียนรายหนึ่งรายใดถือเป็นสิทธิของตนแต่เพียงผู้เดียวก็ดี หรือมีลักษณะไม่บังเฉพาะก็ดี ให้นายทะเบียนมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้ผู้จดทะเบียนแสดงการปฏิเสธว่าไม่ขอถือเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวในอันที่จะใช้ส่วนดังกล่าวของเครื่องหมายการค้ารายนั้น ทั้งนี้ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำสั่งนั้น

(2) สั่งให้ผู้จดทะเบียนแสดงการปฏิเสธอย่างอื่นตามที่นายทะเบียนเห็นว่าจำเป็นต่อการกำหนดสิทธิจากการจดทะเบียนของเจ้าของเครื่องหมายการค้ารายนั้น ทั้งนี้ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำสั่งนั้น

เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้นายทะเบียนมีอำนาจประกาศกำหนดสิ่งที่นายทะเบียนเห็นว่า เป็นสิ่งที่ใช้กันสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าบางอย่างหรือบางจำพวก”

ดังนั้น ในกรณีที่นายทะเบียนเห็นว่า รสชาติที่ผู้ยื่นคำขอนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเป็นรสชาติที่ถูกใช้เป็นปกติทั่วไปในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งหรืออุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่ง ซึ่งย่อมถือเป็นสิ่งสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าประเภทนั้น นายทะเบียนก็อาจมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 17 (1) หรือ (2) ก็ได้ รวมถึงมีอำนาจประกาศกำหนดรสชาติที่นายทะเบียนเห็นว่า เป็นรสชาติที่ใช้กันสามัญในการค้าขายสำหรับสินค้าบางอย่างหรือบางจำพวก

### 5.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” สำหรับเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เพื่อให้สามารถรสชาตินำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ผู้เขียนเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ตามแนวทางใดแนวทางหนึ่ง ดังนี้

(1) แนวทางที่ 1 แก้ไขปรับปรุงบทนิยามให้คำว่า “เครื่องหมาย” โดยใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง” แทนคำว่า “หมายความว่า” ซึ่งถือเป็นการกำหนดนิยามของสิ่งที่สามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง ๆ และไม่จำกัดเฉพาะสิ่งที่ระบุไว้เท่านั้น โดยมีรายละเอียด ดังนี้

“เครื่องหมาย ให้หมายความรวมถึง ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้ อย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน”

(2) แนวทางที่ 2 แก้ไขปรับปรุงโดยการเพิ่มเติมระบุคำว่า “รสชาติ” ไว้อย่างชัดเจนในบทนิยามให้คำว่า “เครื่องหมาย” โดยมีรายละเอียด ดังนี้

“เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง **รสชาติ** หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน”

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอว่า ในเมื่อจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ตามแนวทางใดแนวทางหนึ่ง จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” โดยนำทั้งสองแนวทางมาปรับเข้าด้วยกัน ซึ่งนอกจากจะทำให้บทนิยามดังกล่าวมีความยืดหยุ่นสำหรับเครื่องหมายการค้าอื่น ๆ ในอนาคตแล้ว สำหรับรสชาติก็ถือว่ามีความชัดเจนในประการที่สามารถนำมาขึ้นคำขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้โดยไม่ต้องอาศัยการตีความอีก โดยมีรายละเอียด ดังนี้

“เครื่องหมาย ให้หมายความรวมถึง ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง **รสชาติ** หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน”

### 5.2.3 ความมีลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า รสชาติ

#### 1) ความมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

ผู้เขียนขอเสนอว่า หากผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการรายใดมีความประสงค์จะใช้รสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตน จะต้องไม่ใช่รสชาติที่เป็นรสชาติตามธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเป็นรสชาติที่สามารถเล็งถึงคุณลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นได้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการจะต้องเป็นการใช้รสชาติที่มีความแปลกประหลาด แปลกใหม่และไม่ปกติ รสชาติเมลอน (Melon Flavor) รสชาติคาราเมล (Caramel Flavor) หรือรสชาติเนยถั่ว (Peanut Butter

Flavor) สำหรับสินค้าจำพวกแปรงสีฟันและไหมขัดฟัน หรือเป็นการใช้รสชาติกับสินค้าที่ตามปกติแล้วไม่มีรสชาติหรือผู้บริโภคและสาธารณสุขไม่ได้คาดหวังว่าจะมีรสชาติ

นอกจากนี้ เมื่อลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติอาจเกิดจากการใช้งานได้ตามมาตรา 7 วรรคสาม ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการกำหนดเพิ่มเติมว่า ในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนสามารถนำส่งพยานหลักฐานประกอบคำขอจดทะเบียนเพื่อพิสูจน์ว่า เครื่องหมายการค้ารสชาติมีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ได้ โดยอาจนำเสนอในรูปแบบผลการทดลองแบบอำพราง (Blind Test) หรือในรูปของผลสำรวจของผู้บริโภค (Consumer Survey) ที่แสดงให้เห็นว่ามีผู้บริโภคจำนวนไม่น้อยที่สามารถในรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้าโดยการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ หรือตัวอย่างโฆษณาของสินค้าที่มีการใช้รสชาติเป็นเครื่องหมายการค้า หรือตัวอย่างสินค้าที่มีรสชาติก็ได้

ตัวอย่างเช่น รสชาติแพนเค้กของสินค้าถุงยางอนามัยที่ผู้ใช้งานถุงยางส่วนใหญ่มักจะทราบได้ทันทีว่าเป็นของบริษัท OKAMOTO Condoms

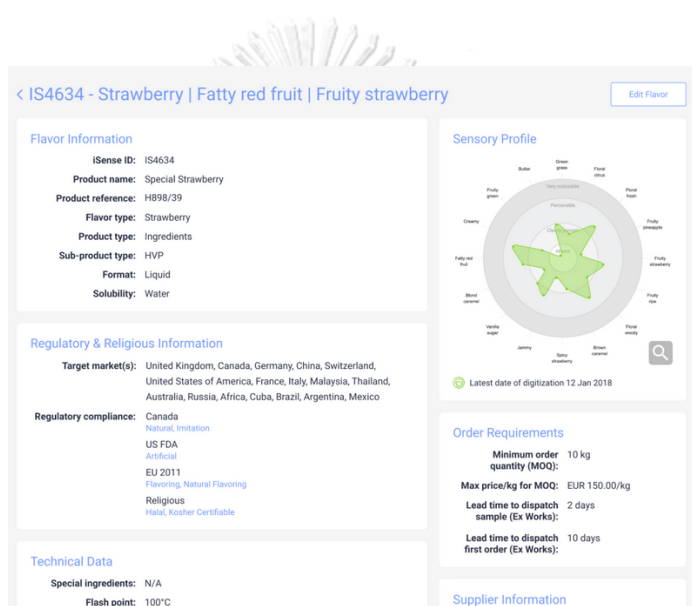
## 2) การแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

เพื่อให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติสามารถแสดงออกซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะได้อย่างชัดเจน (Represented Graphically) ตามหลักการที่ศาลของสหภาพยุโรปได้กำหนดไว้สำหรับการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ หรือหลักการ Sieckmann Criteria ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องจัดให้เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีความทันสมัยเข้ามาบริการแก่ผู้ผลิตและผู้ประกอบการเพื่อช่วยในการบรรยายหรือพรรณนาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติให้มีความชัดเจน โดยอาจเป็นเทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose) หรือเทคโนโลยีลิ้นอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Tongue) รวมถึงเทคโนโลยี E-Sensory เข้ามาช่วยในการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอเพิ่มเติมว่า อาจนำเทคโนโลยีมาใช้ในลักษณะที่เป็นการทำให้รสชาติออกมาเป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล (Flavor Digitization) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่จะช่วยให้สามารถระบุลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติได้อย่างชัดเจนและละเอียดยิ่งขึ้น โดยผลการทดลองของนักวิทยาศาสตร์ของมหาวิทยาลัยแห่งชาติของประเทศสิงคโปร์พบว่า เทคโนโลยีดังกล่าวสามารถระบุ



และแยกแยะรสชาติต่าง ๆ ที่มีความใกล้เคียงกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น รสเปรี้ยวที่ประกอบกับผลไม้ต่าง ๆ อย่าง ผลส้มทัสคานี (Tuscan Orange), บราซิเลียนแมนโก้เกรปฟรุต (Brazilian Mango Grapefruit) หรือเลมอน (Malibu Lemon Blossom) รสชาติเผ็ด และรสชาติมันต์ประกอบกับผลสัมนั่นเอง<sup>398</sup> โดยในปัจจุบันมีหลายประเทศที่นำเทคโนโลยีนี้มาใช้ เช่น บริษัทในประเทศสวีตเซอร์แลนด์ ที่รับทำรสชาติออกมาเป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล จัดเก็บรายละเอียดข้อมูลของรสชาติ และยังสามารถเรียกข้อมูลเหล่านั้นขึ้นมาเปรียบเทียบและแยกแยะความแตกต่างของรสชาติได้ด้วย<sup>399</sup>



### 3) การเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสองและวรรค 3 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยเพิ่มเติม (12) ในมาตรา 7 วรรคสอง เรื่องลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติ ดังนี้

<sup>398</sup> Gajan Suthokumar Nimesha Ranasinghe, Kuan-Yi Lee and Ellen Yi-Luen Do,, "Digital Flavor," [Online]. Available from: <http://cutecenter.nus.edu.sg/projects/digital-flavor.html>

<sup>399</sup> iSense, "Isense - Your Digital Flavor Marketplace Overview,"(2019).

“มาตรา 7 เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น

เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะ

...

(12) รสชาติอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือรสชาติที่ไม่เป็นรสชาติโดยธรรมชาติของสินค้านั้น

เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามวรรคสอง หากได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะ”

แม้ว่าตามบทบัญญัติในมาตรา 7 วรรคแรกจะได้บัญญัติเกี่ยวกับการเป็นลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าที่สามารถนำมายื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้อย่างชัดเจนแล้วก็ตาม ซึ่งหากรสชาติใดมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น ย่อมถือว่าเป็นรสชาติที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่เพื่อให้เกิดความแน่นอนและชัดเจนยิ่งขึ้นว่ารสชาติลักษณะใดจะถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะอันพึงได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ผู้เขียนจึงเสนอให้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมด้วยว่า รสชาติที่จะถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะจะต้องไม่ใช่รสชาติที่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือจะต้องไม่เป็นรสชาติโดยธรรมชาติของสินค้า

#### 5.2.4 การเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

ผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ เพราะเป็นบทบัญญัติซึ่งถูกร่างขึ้น

สำหรับเครื่องหมายการค้ารูปแบบเดิมที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเท่านั้น ดังนั้น จึงมีความจำเป็นจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 8 ให้เหมาะสมกับการนำมาใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติ ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนในระดับสากลว่ารสชาติ อย่างไรก็ตาม เป็นลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้ารสชาติและไม้อาจได้รับการจดทะเบียนได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอเสนอว่า แม้จะยังไม่มีความชัดเจนของลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้ารสชาติ แต่ก็ควรให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ โดยในการพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามให้นายทะเบียนพิจารณาเป็นรายกรณีไป

ตัวอย่างของรสชาติที่มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป เช่น รสชาติของเน่าเสีย เพราะหากเป็นรสชาติของเน่าเสียที่มักถูกนำมารับประทานเป็นอาหาร อย่าง ถั่วเน่า หรือปลา ร้า ก็อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ เพราะมักถูกนำมาใช้เป็นเครื่องปรุงและมีกลุ่มคนจำนวนมากไม่ยอมให้ความนิยมในการบริโภค แต่หากเป็นรสชาติเน่าเสียที่เกิดจากขยะหรือสิ่งปฏิกูล อย่างปัสสาวะหรืออุจจาระ ย่อมไม่อาจได้รับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติได้อย่างเด็ดขาด เพราะถือเป็นสิ่งที่สังคมเห็นตรงกันว่าน่ารังเกียจ น่าขยะแขยง เป็นของต่ำ และยังเสี่ยงต่อการก่อให้เกิดอากาศเจ็บป่วยอีกด้วย

#### 5.2.5 การเป็นเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนแล้วของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มีรายละเอียดเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้ในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าสามารถพิจารณาตรวจสอบได้อย่างชัดเจนและแม่นยำ ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางดังต่อไปนี้

(1) ในการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

1.1 จะต้องบรรยายหรือพรรณนาเกี่ยวกับรายละเอียดของรสชาติที่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองอย่างละเอียดและชัดเจน โดยการนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการต่าง ๆ เข้ามาช่วยเหลือ

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอเพิ่มเติมว่า หนึ่งในวิธีการที่สามารถนำมาช่วยในการอธิบายหรือพรรณนาเกี่ยวกับรสชาติให้มีความละเอียดและชัดเจนยิ่งขึ้นได้ คือ การนำวงล้อรสชาติกาแฟ (Coffee Taster's Flavor Wheel) มาใช้เป็นแนวทางในการบรรยายหรือพรรณารสชาติได้ด้วย



## 1.2 นำส่งตัวอย่างรสชาติของสินค้า

(2) ในขั้นตอนการตรวจสอบความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้า กรมทรัพย์สินทางปัญญาอาจดำเนินการ ดังนี้

2.1 นำส่งตัวอย่างรสชาติของสินค้าเพื่อไปตรวจสอบ ณ สถาบันหรือหน่วยงานที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางและมีความพร้อมทำการตรวจสอบความเหมือนคล้ายของรสชาติ หรือ

2.2 นำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการที่มีความทันสมัย เช่น เทคโนโลยี จมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose) เทคโนโลยีลิ้นอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Tongue) เข้ามาช่วยในการรับรู้และแยกแยะความแตกต่างของรสชาติของสินค้า รวมถึงการทำให้รสชาติออกมาเป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล (Flavor Digitization) ซึ่งสามารถทำให้รายละเอียดของรสชาติมีความชัดเจนและสามารถเรียกข้อมูลเหล่านั้นขึ้นมาเปรียบเทียบและแยกแยะความแตกต่างของรสชาติได้อีกด้วย

2.3 ว่าจ้างผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เช่น นักวิทยาศาสตร์ หรือผู้ที่มีความแม่นยำในการรับรู้รสชาติเข้ามาช่วยในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายของรสชาติ เช่น ผู้เชี่ยวชาญด้านไวน์ หรือผู้เชี่ยวชาญด้านกาแฟ

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่เสนอแนะไว้ข้างต้นนั้น นอกจากจะเป็นประโยชน์ในขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาตัดสินทะเบียนเครื่องหมายการค้าของกรมทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ยังเป็นประโยชน์ในการเป็นพยานหลักฐานเมื่อมีการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ด้วย

## 5.2.6 ความพร้อมในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

เมื่อเครื่องหมายการค้ารสชาติถือเป็นเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่และไม่ได้มีการใช้อย่างแพร่หลายมากนักในประเทศไทย บุคคลที่เกี่ยวข้องจึงยังไม่มีควมคุ้นเคยและความพร้อมเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ารสชาติมากนัก ดังนั้น เพื่อให้บุคลากรที่เกี่ยวข้องมีความพร้อม ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทาง ดังต่อไปนี้

### 1) กรมทรัพย์สินทางปัญญา

ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากเครื่องหมายการค้ารสชาติมีความแตกต่างจากเครื่องหมายการค้ารูปแบบดั้งเดิม กรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงควรนำเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือวิทยาการเข้ามาช่วยในขั้นตอนต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นการยื่นคำขอจดทะเบียน

การพิจารณาตรวจสอบรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และการจัดเก็บเครื่องหมายการค้ารสชาติ เช่น เทคโนโลยีจมูกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Nose) เทคโนโลยีลิ้นอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Tongue) และการทำให้รสชาติออกมาเป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล (Flavor Digitization) นอกจากนี้จะต้องมีจัดอบรมให้ความรู้แก่บุคลากรที่เกี่ยวข้อง รวมถึงว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความสามารถ เข้ามาช่วยในขั้นตอนต่าง ๆ ด้วย

ผู้เขียนขอเสนอเพิ่มเติมว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องจัดให้มีบุคลากรที่รับผิดชอบ เพื่อคอยติดตามความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติอยู่เสมอว่ามีประเทศใดที่อนุญาตให้นำรสชาติมาขึ้นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติแล้ว และทำการศึกษาแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศนั้น ๆ เพื่อนำมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ กรมทรัพย์สินทางปัญญาอาจจัดทำโปรแกรมหรือแอปพลิเคชัน (Application) ที่สามารถรับรู้แยกแยะและระบุรสชาติของสินค้าได้ เพื่อให้ผู้บริโภคและสาธารณชนสามารถนำไปใช้ในการรับรู้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาติของสินค้าได้ในขณะที่ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้า

## 2) ผู้ผลิตและผู้ประกอบการ

ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ผลิตและผู้ประกอบการมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ วิทยาการที่มีราคาสูงเพื่อให้รสชาติปรากฏบนสินค้าและคงสภาพรสชาติไว้ได้ตลอดเวลา จึงขอเสนอให้ ผู้ผลิตและผู้ประกอบการทำการรวมกลุ่มกัน โดยเฉพาะผู้ผลิตและผู้ประกอบการรายเล็ก เพื่อให้สามารถรวบรวมเงินทุนในการจัดหาและเพิ่มศักยภาพในการเข้าถึงเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ วิทยาการได้ นอกจากนี้ ยังการเพิ่มอำนาจการต่อรองเพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่มีความรับผิดชอบในการให้สนับสนุน เช่น กรมส่งเสริมอุตสาหกรรม เข้ามาช่วยในการจัดหาเทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ วิทยาการต่าง ๆ ได้อีกด้วย

### 3) ผู้บริโภค

ผู้เขียนเห็นว่า นอกจากจะเป็นภารกิจของรัฐและผู้ผลิตและผู้ประกอบการในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าแก่ผู้บริโภคและสาธารณชน และการโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าரசชาติแล้ว ผู้เขียนขอเสนอว่า ผู้ผลิตและผู้ประกอบการจะต้องแจกสินค้าตัวอย่างที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าரசชาติแก่ผู้บริโภคและสาธารณชนเพื่อให้เกิดความแพร่หลายของสินค้าที่มีการใช้เครื่องหมายการค้าரசชาติด้วย รวมถึงเมื่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้จัดทำโปรแกรมหรือแอปพลิเคชัน (Application) เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้บริโภคและสาธารณชนควรให้ความสนใจและศึกษาเรียนรู้เกี่ยวกับโปรแกรมหรือแอปพลิเคชันเพื่อนำไปใช้ในการแยกแยะรสชาติในขณะทีเลือกซื้อสินค้าด้วย



ภาคผนวก



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**



## คำถามสำหรับสัมมนากรณีศึกษาสัมมนาทางปัญญา

1. รสชาติสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ = สามารถใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้หรือไม่ และควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าหรือไม่
2. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้า
  - รสชาติสามารถแสดงลักษณะบ่งเฉพาะได้หรือไม่ อย่างไร
  - รสชาติลักษณะใดที่จะถือว่ามีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย หรือจะต้องบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อรองรับ
  - สินค้าจำพวกใดที่ไม่อาจนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้
  - ความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว
3. หากประเทศไทยให้ความคุ้มครองรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้า ในการยื่นคำขอจดทะเบียนต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา
  - กรมทรัพย์สินทางปัญญามีความพร้อมในการจดทะเบียนหรือไม่ เช่น บุคลากร-เจ้าหน้าที่ของกรมทรัพย์สินทางปัญญา ระบบในการจัดเก็บดูแล
  - แนวทางที่นายทะเบียนใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในปัจจุบัน สามารถนำมาใช้กับการพิจารณารสชาติได้หรือไม่ อย่างไร
  - ในการยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้า ต้องมีเอกสารหรือพยานหลักฐานประกอบเพิ่มเติม นอกเหนือจะการยื่นเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิมหรือไม่
  - บุคลากรของกรมทรัพย์สินทางปัญญามีความพร้อมในการพิจารณาจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ หากไม่ จะต้องแก้ไขเช่นไร
  - แบบคำขอของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันสามารถนำมาใช้กับการจดทะเบียนรสชาติได้หรือไม่ จำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขหรือไม่ อย่างไร
  - ระบบในการเก็บข้อมูลเครื่องหมายการค้าสามารถเก็บข้อมูลเกี่ยวกับรสชาติได้หรือไม่ หรือจะต้องมีการปรับปรุงหรือไม่ อย่างไร รวมถึงการระบบการสืบค้นเครื่องหมายการค้าจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขหรือไม่

4. ถ้าประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองรชชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า
  - จะทำให้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าไม่เทียบเท่ากับนานาชาติหรือไม่
  - จะกระทบต่อการจดทะเบียนตามระบบมาตรฐานหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อต่างประเทศให้ความคุ้มครอง
5. อัตราค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนจะต้องเพิ่มขึ้นหรือไม่ อาจเป็นค่าอะไรบ้าง
6. ข้อสังเกต ข้อเสนอแนะ หรือประเด็นเพิ่มเติมอื่น ๆ



## คำถามสำหรับสัมมนาที่ปรึกษากฎหมาย

1. รสชาติสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ = สามารถใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้หรือไม่ และควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าหรือไม่
2. การจดทะเบียนรสชาติเครื่องหมายการค้า
  - รสชาติสามารถแสดงลักษณะบ่งเฉพาะได้หรือไม่ อย่างไร
  - รสชาติลักษณะใดที่จะถือว่ามีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย หรือจะต้องบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อรองรับ
  - สินค้าจำพวกใดที่ไม่อาจนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้
  - ความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ได้รับจดทะเบียนแล้ว
3. หากประเทศไทยให้ความคุ้มครองรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้า การยื่นจดทะเบียนต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา
  - ในการยื่นจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้ามีความยาก หรือแตกต่างจากการยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในปัจจุบันหรือไม่ อย่างไร
  - ในการยื่นคำขอจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้า ต้องมีเอกสารหรือพยานหลักฐานประกอบเพิ่มเติม นอกเหนือจะปกติหรือไม่
  - กรมทรัพย์สินทางปัญญามีความพร้อมในการรับจดทะเบียนหรือไม่
  - บุคลากรกรมทรัพย์สินทางปัญญามีความพร้อมในการพิจารณาจดทะเบียนรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ หากไม่ จะต้องแก้ไขเช่นไร
  - แบบคำขอของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันสามารถนำมาใช้กับการจดทะเบียนรสชาติได้หรือไม่ จำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขหรือไม่ อย่างไร
4. ถ้าประเทศไทยให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า การดำเนินคดีตามปกติสามารถนำมาปรับใช้ได้หรือไม่อย่างไร
  - การจับและการดำเนินการทางคดีเกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า
  - การพิสูจน์ในเหตุละเมิด

5. ถ้าประเทศไทยไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองรชชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า
  - จะทำให้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าไม่เทียบเท่ากับนานาประเทศหรือไม่
  - จะกระทบต่อการจดทะเบียนตามระบบมาดริดหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อต่างประเทศให้ความสำคัญคุ้มครอง
  - จะเสี่ยงต่อการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการต่างชาติหรือไม่
6. มีสาขาอื่นของบริษัท หรือ law firm อื่นในต่างประเทศที่ดำเนินการจดทะเบียนบ้างแล้วหรือไม่
7. ปัญหา และข้อเสนอแนะอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

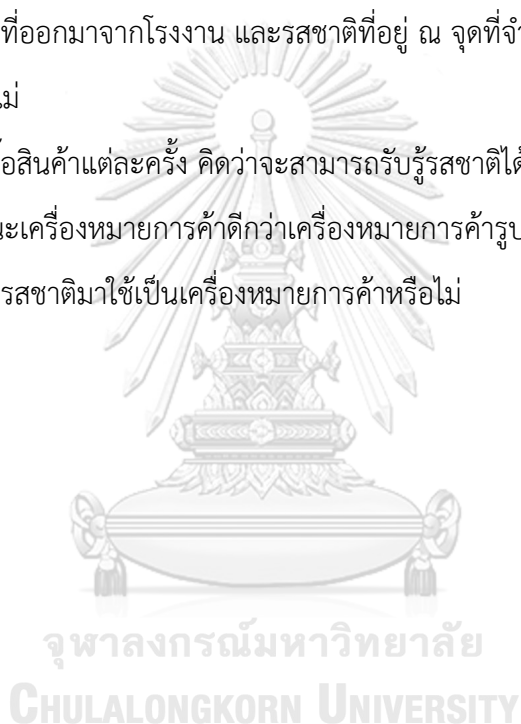


### คำถามสำหรับสัมภาษณ์ผู้ผลิตและผู้ประกอบการ

1. รสชาติสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ = สามารถใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้หรือไม่ และควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าหรือไม่
2. รสชาติใดที่ไม่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้
3. สินค้าใดที่รสชาติไม่อาจนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้
4. สินค้าใดที่รสชาติอาจนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้
5. คิดว่า สินค้าของท่านสามารถนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่
6. มีโอกาสนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าของท่านหรือไม่
7. ถ้าประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า มีความประสงค์จะยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติหรือไม่
8. เมื่อนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าส่งผลต่อการผลิต การขนส่ง หรือการวางจำหน่ายหรือไม่
9. เมื่อนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว จะต้องทำโฆษณา หรือจัดให้มีการตลาดรูปแบบใหม่ด้วยหรือไม่ มีตัวอย่างรูปแบบหรือไม่
10. ถ้าประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองรสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้า
  - จะเสี่ยงต่อการถูกละเมิดเครื่องหมายการค้าจากผู้ประกอบการต่างชาติหรือไม่
  - เมื่อมีการส่งสินค้าออกไปขายต่างประเทศ ถือว่าเป็นการเพิ่มภาระที่จะต้องนำไปยื่นจดทะเบียนในแต่ละประเทศ แทนที่จะสามารถยื่นได้ตามระบบมาตรฐานจากในประเทศไทยหรือไม่

### คำถามสำหรับสัมภาษณ์ผู้บริโภค

1. คิดว่า รสชาติสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่
2. จะรับรู้รสชาติเพียงอย่างเดียว เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้หรือไม่
3. รสชาติใดไม่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้
4. สินค้าใดที่สามารถใช้รสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าได้
5. สินค้าใดที่ไม่สามารถใช้รสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าได้
6. คิดว่า รสชาติที่ออกมาจากโรงงาน และรสชาติที่อยู่ ณ จุดที่จำหน่ายสินค้าเป็นรสชาติเดียวกันหรือไม่
7. ในการเลือกซื้อสินค้าแต่ละครั้ง คิดว่าจะสามารถรับรู้รสชาติได้เหมือนเดิมหรือไม่
8. รสชาติในฐานะเครื่องหมายการค้าดีกว่าเครื่องหมายการค้ารูปแบบอื่นหรือไม่
9. คิดว่า ควรนำรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่



## บรรณานุกรม

- (EUIPO), E. U. I. P. O. "Absolute Grounds for Refusal — Trade Marks in Conflict with Flags and Other Symbols (Article 7(1)(H) and (I) Eutmr)." 2017.
- . New Eu Trade Mark Regulation : Changes Applying 1 October 2017 [Online]. 2017. Available from: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/eu-trade-mark-regulation>
- (WIPO), W. I. P. O. "A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights." World Intellectual Property Organization, 2018.
- . "Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications - Sixteenth Session : New Types of Marks ": WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2006.
- . "Wipo Intellectual Property Handbook." 68: WIPO PUBLICATION, 2004.
- Adam Garson. Benefits of State Trademark Registration — Not Many [Online]. 2009. Available from: <https://garson-law.com/benefits-of-state-trademark-registration-not-many/> [27 March 2020].
- Adam L. Brookman. "Trademark Law : Protection, Enforcement and Licensing."
- Agency, C. N. "“พาณิชย์” เผย “ยูนิชาร์ม” ยื่นจดเสียงผ้าอนามัย “โซฟี” และผ้าอ้อมเด็ก “มามีโปกโค” เป็นเจ้าแรก."
- Aidan O'Neill. "Eu Law for Uk Lawyers." Hart Publishing, 2011.
- AJ Park. "The History of Ip in 3 Minutes." [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=153&v=rd150NnNm155pww&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=153&v=rd150NnNm155pww&feature=emb_logo), 2017.
- Alexander A. Bachmanov and John Boughter. "Genetics of Taste Perception." 2012.
- Amanda E. Compton. Acquiring a Flavor for Trademarks: There's No Common Taste in the World. Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property 8, 3 (2010).
- Amanda Michaels. A Practical Guide to Trade Mark Law. Second ed.: Sweet & Maxwell Limited, 1996.
- Amy Fleming. Hot or Not? How Serving Temperature Affects the Way Food Tastes [Online]. 2013. Available from:

<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/wordofmouth/2013/sep/17/serving-temperature-affects-taste-food?fbclid=IwAR3n6oNw11vUu3irNINS7GTTvqZW4C8H2JNCuiIJSNG648CdzTfWMQvSnOI>

Anna Loparco , A. C. a. J. C. D. "Key Changes to Canada's Trademark Law."

[www.mondaq.com](http://www.mondaq.com), 2018.

Antoon Quaedvlieg. Shapes with a Technical Function: An Ever-Expanding Exclusion?

[Online]. 2016. Available from:

<https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-016-0423-6>

Arul George Scaria and Kavya Susan Mammen. "The Protection of Non-Traditional Trademarks : Non-Traditional Trademark in the Pharmaceutical Sector." Oxford University Press, 2018.

Association), I. I. T. Selecting and Registering a Trademark : State Trademark Registration in the United States [Online]. 2014. Available from:

[www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/StateTrademarkRegistrationsUSFactSheet.aspx](http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/StateTrademarkRegistrationsUSFactSheet.aspx) [27 March 2020.

Attorneys, B. P. Non-Conventional Trademarks – Sound Marks [Online]. 2017.

Available from: <https://www.bananaip.com/ip-news-center/non-conventional-trademarks-sound-marks/> [6 February.

Audi Shanoor Pandurang. Highlights of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property [Online]. 2013-2014. Available from:

<http://www.grkarelawlibrary.yolasite.com/resources/LLMSY-IPR-1-Shanoor.pdf>

Australian Government. "Ip Protection in New Zealand." 2016.

BaldwinSon & Carey. Introduction to Trade Marks [Online]. Available from:

<https://nzppi.co.nz/documents/trademarkintro.pdf>

Ben Natter. "United States: Trademark Registration in the United States: Overview of the Supplemental Register and Differences from the Principal Register." 2020.

Beverly J. Cowart. "Development of Taste Perception in Humans: Sensitivity and Preference Throughout the Life Span." Psychological Bulletin, 1981.

Board, T. T. a. A. "The Opinion in in Re Pohl-Boskamp Gmbh & Co. Kg ", edited by OFFICE, U. S. P. A. T.



Christina S. Monteiro. A Nontraditional Per-Spectrum: The Touch of Trademarks

[Online]. 2010. Available from:

<http://www.inta.org/intabulletin/pages/anontraditionalperspectrum.aspx> [6

February.

Christopher Heer and Katie Wei. The Differences between Unregistered and Registered Trademarks in Canada [Online]. 2019. Available from:

<https://www.heerlaw.com/differences-unregistered-registered-trademarks>

Christopher Heer, T. C. a. D. K. 7 Benefits of Registering Your Trademark in Canada

[Online]. 2020. Available from: Christopher Heer, Toba Cooper and Daryna Kutsyna,

———. Significant Amendments to the Canadian Trade-Marks Act Came into Force on June 17, 2019 [Online]. 2019. Available from:

<https://www.heerlaw.com/changes-trademarks-act>

Cowan Liebowitz Latman. Client Alert - Be Ready to Prove Intent to Use or Actual Use of a Trademark. (2017).

Daniel Marschollek. Eu Trade Mark Law Reforms : 10 Things to Know [Online]. 2016.

Available from:

<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/1ee50866/eu-trade-mark-law-reforms>

David Johnson. Trademarks: A History [Online]. Available from:

<https://www.infoplease.com/trademarks-history> [6 February.

Descriptive Marks. [Online]. 2018. Available from:

<https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/descriptive-marks/>

E. Bruce Goldstein. "Sensation and Perception : The Chemical Senses." 2007.

Edwin S. Clark. Finding Likelihood of Confusion with Actual Confusion: A Critical Analysis of the Federal Courts' Approach. Golden Gate University Law Review Vol. 22 (January 1992).

Emily A. Bayton. "United States: The Value of Goodwill in Trademarks." 2018.

Ethan Horwitz and Benjamin Levi. Fifty Years of the Lanham Act: A Retrospective of Section 43(a). Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law

- Journal 7, 1 (1996).
- EUIPO. "New Eu Trade Mark Reform: Changes Applying from 1 October 2017." 2017. European Justice. Eu Law [Online]. 2019. Available from: [https://e-justice.europa.eu/content\\_eu\\_law-3-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_eu_law-3-en.do)
- Eva Troiani. Signs Become Customary Cannot Be Registered as Trademarks [Online]. Available from: <https://registrare-marchio.com/en/signs-become-customary-cannot-be-registered-as-trademarks/>
- Fanciful Marks. [Online]. 2018. Available from: <https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/fanciful-marks/>
- Food Story Team. 10 เครื่องดื่มรสแปลก ที่ไม่น่าจะเป็นไปได้แต่เป็นไปแล้ว!!! [Online]. 2014. Available from: [foodstorythai.com/10-เครื่องดื่มรสแปลก/](http://foodstorythai.com/10-เครื่องดื่มรสแปลก/)
- Gabriele Cont and Partner. "Tas2r38 Bitter Taste Genotype Is Associated with Complementary Feeding Behavior in Infants." Genes & Nutrition, 2019.
- Gabrielle Olsson Skalin. Eu Trademark Law Reform Series: The New Face of Ohim [Online]. 2015. Available from: [http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/EU\\_TM\\_Reform\\_1\\_7022.aspx](http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/EU_TM_Reform_1_7022.aspx) [28 March 2020.
- Generic Terms. [Online]. 2018. Available from: <https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/generic-terms/>
- Government of Canada. Discover Canada - Canada's History [Online]. 2015. Available from: <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/discover-canada/read-online/canadas-history.html>
- Grace Tsoi. "Chicken Fingers: Trying out the Kfc Nail Polish." BBC NEWS.
- Handelman, J. "Guide to Ttab Practice." Wolters Kluwer in New York, 2007.
- HealthInfo.in.th เว็บไซต์สารสนเทศสุขภาพไทย สำนักงานพัฒนาระบบข้อมูลข่าวสารสุขภาพ. 'รสและกลิ่น' กับภาวะโภชนาการ เตรียมพร้อมรับมือ'สังคมผู้สูงอายุ' [Online]. 2557. Available from: [https://www.hiso.or.th/hiso5/healthy/news.php?names=01&news\\_id=6177](https://www.hiso.or.th/hiso5/healthy/news.php?names=01&news_id=6177)
- History.com Editors. Seven Years' War [Online]. 2020. Available from: <https://www.history.com/topics/france/seven-years-war>
- "In Case R 120/2001-2." The Decision of the Second Board of Appeal, 2003.

- "In Re Morton-Norwich Products, Inc. 671 F.2d 1332 (C.C.P.A. 1982)." United States Court of Customs and Patent Appeals, 1982.
- "In Re N.V. Organon, 76467774 (Ttab 12-7-2005)."
- Institute for Quality and Efficiency in Health Care. How Does Our Sense of Taste Work? [Online]. 2011. Available from:  
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK279408/>
- INTA (International Trademark Association). Fact Sheets introduction to Trademarks : Trademark Strength [Online]. 2019. Available from:  
<https://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/TrademarkStrengthFactSheet.aspx>
- . Trademark Protection in the United States [Online]. Available from:  
[https://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Documents/LanhamAct\\_FactSheet.pdf](https://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Documents/LanhamAct_FactSheet.pdf)
- International, I. S. Chapter 4 – Distinctiveness Is the Key [Online]. 2014. Available from: <https://trademark-lawyers.com.au/chapter-4-distinctiveness-key/> [6 February.
- "Inwood Laboratories V. Ives Laboratories, 456 U.S. 844 (1982)." U.S. Supreme Court, 1982.
- IPR), โ.-ส. A. P. I. ท. A. "พิธีสารมาดริด (Madrid Protocol) เส้นทางสู่การสร้างตราสินค้าระดับโลก." 2561.
- iSense. "Isense - Your Digital Flavor Marketplace Overview."  
[https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=62&v=63Pk65KFdvuAA&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=62&v=63Pk65KFdvuAA&feature=emb_logo), 2019.
- J.H. Reichman. "Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the Trps Component of the Wto Agreement ", 1995.
- Jacob Bolte. The Removal of the Requirement for Graphical Representation of Eu Trade Marks : The Impact of the Amending Trade Mark Regulation. OREBRO UNIVERSITET 2016.
- Jerome Gilson and Anne Gilson LaLonde. "Cinnamon Buns, Marching Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks."
- John L. Welch. Precedential No. 7: Ttab Affirms Refusal to Register Peppermint Flavor and Scent for Nitroglycerin Spray [Online]. 2013. Available from:

<http://thettablog.blogspot.com/2013/03/precedential-no-7-ttab-affirms-refusal.html>

John T. Cross. Trademark Issue Relating to Digitalized Flavor. Yale Journal of Law and Technology 19, 1 (2017).

JORDAN ROSENFELD. 12 Facts About the Sense of Taste [Online]. 2019. Available from: <https://www.mentalfloss.com/article/72232/12-delectable-facts-about-science-taste>

Josef G. Heckmann, S. M. H. a. C. J. G. L. "Neurological Aspects of Taste Disorders." American Medical Association, 2003.

Julia Belagorudsky. "Protection of Non-Traditional Trademarks under U.S. Law." 2018.

Justin Hughes. "Non-Traditional Trademarks and the Dilemma of Aesthetic Functionality." In The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives 2018.

JUSTIN M. JACOBSON. A Look at Non-Traditional Trademarks: Color, Sound & Scent in the United States [Online]. 2017. Available from: <http://www.intellectualpropertylawg.com/trademarks/non-traditional-trademarks-color-sound-scent-us> [5 February.

Kate Swaine, S. A., David Ayles, Jon Parker, Jamie Rowlands, Céline Bey and Manuela Finger. Distinctly Different? Trade Marks and the Standards for Distinctiveness [Online]. 2018. Available from: <http://www.mondaq.com/uk/x/678410/Trademark/Distinctly+different+Trade+marks+and+the+standards+for+distinctiveness> [6 February.

"Kirkbi Ag V. Ritvik Holdings Inc., 2005 Scc 65 (Canlii), [2005] 3 Scr 302,." SUPREME COURT OF CANADA, 2005.

Kristen E. Knauf. Shades of Gray: The Functionality Doctrine and Why Trademark Protection Should Not Be Extended to University Color Schemes. Marquette Sports Law Review, 1.

Kwanjai. E-Tongue หรือลิ้นอิเล็กทรอนิกส์คืออะไร... [Online]. 2011. Available from: <https://www.nanotec.or.th/th/?p=1290>

Lesley Daunt. State Vs. Federal Law: Who Really Holds the Trump Card? [Online]. 2014. Available from: <https://www.huffpost.com/entry/state-vs-federal-law->

[who- b\\_4676579](#)

Likelihood of Confusion Factors: Everything You Need to Know. [Online]. Available from: <https://www.upcounsel.com/likelihood-of-confusion-factors>

Limin Zhu, R. A. S., Eric Tsai, Sophie Puech and Lean-Christophe Mifsud,. "Flavor Analysis in a Pharmaceutical Oral Solution Formulation Using an Electronic-Nose." 2004.

Linda M.Bartoshuk, V. B. D. a. I. J. M. "Ptc/Prop Tasting: Anatomy, Psychophysics, and Sex Effects." 1994.

Lionel Bently and Brad Sherman. Intellectual Property Law. Second ed.: Oxford University Press, 2004.

"Los Santos, Llc V. Johnny D. Gabriel and Rosalie Gabriel." Trademark Trial and Appeal Board, 2019.

MAKIKO ITOH. Japan's Traditional Washoku Cuisine Feeds Body and Soul [Online]. 2014. Available from: <https://www.japantimes.co.jp/news/2014/01/23/national/japans-traditional-washoku-cuisine-feeds-body-and-soul/#.XrKGp2gzZPY> [6 May 2020.

Marcus Höpferger. Non-Traditional Marks – Singapore Treaty Enters into Force [Online]. 2009. Available from: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/01/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0002.html) [17 April 2020.

"Memorandum and Order of New York Pizzeria, Inc., Vs. Ravinder Syal, Et Al, ." 2014.

Michael D. Hobbs, J. "Orange Flavor Is No Trademark : Trademark Trial and Appeal Board Finds It Functional; Mark for Taste Has yet to Be Registered.": The National Law Journal, 2007.

Michael Hawkins. "Eu Trademark Reform: Where We Are, How We Got Here and What It Means for Users." INTA (International Trademark Association), 2015.

MMS Karki. Nontraditonal Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress. Journal of Intellectual Property Rights Vol.10 (2005).

Molly S. Cusson. Reverse Confusion: Modifying the Polaroid Factors to Achieve Consistent Results. Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment

Law Journal 6 (1995): 200.

Neil Melliship and Jeffrey Vicq (Clark Wilson LLP). "Trademarks Comparative Guide." 2019.

"New York Pizzeria, Inc., V. Ravinder Syal, Et Al.,." United States District Court for the Southern District of Texas, 2014.

NICK GREENE. The 10 Current Scent Trademarks Currently Recognized by the U.S. Patent Office [Online]. 2015. Available from:  
<https://www.mentalfloss.com/article/69760/10-scent-trademarks-currently-recognized-us-patent-office> [18 April 2020.

Nimesha Ranasinghe, G. S., Kuan-Yi Lee and Ellen Yi-Luen Do,. Digital Flavor [Online]. Available from: <http://cutecenter.nus.edu.sg/projects/digital-flavor.html>

———. "Digital Flavor: Towards Digitally Simulating Virtual Flavors."

O, U. S. P. a. T., and ce. Protecting Your Trademark : Enhancing Your Rights through Federal Registration [Online]. 2020. Available from:  
<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/BasicFacts.pdf> [17 April 2020.

Office, C. I. P. "How Your Trademark Application Is Processed." 2018.

———. "Practice Notices : Non-Traditional Trademarks." 2019.

Office, N. Z. I. P. History of Ip in New Zealand [Online]. Available from:  
<https://www.iponz.govt.nz/about-iponz/history-of-ip-in-new-zealand/> [31 March 2020.

Office of Controller General Patents, D. T. M. "Manual of Trade Marks : Practice & Procedure." edited by Industries, M. o. C., 2015.

Organization, W. I. P. History of Trademarks [Online]. Available from:  
<http://respectfortrademarks.org/tricks-of-the-trademark/history-of-trademarks/> [6 February.

———. W I P O-Administered Treaties Contracting Parties > Paris Convention [Online]. 2017. Available from:  
[https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty\\_id=2](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=2) [31 January.

"Pagliero V. Wallace China Co., 198 F. 2d 339, 95 U.S.P.Q. 45." United States Court of Appeals Ninth Circuit., 1952.

Patents, N. J. Likelihood of Confusion Factors [Online]. Available from:

<https://likelytocauseconfusion.com/likelihoodofconfusionfactors.html>

Peter Giddens. Changes to Canada's Trademark Law Explained [Online]. 2014.

Available from:

<https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/ChangestoCanadasTrademarkLawExplained.aspx>

"Polaroid Corp. V. Polarad Electronics Corp.". United States Court of Appeals, Second Circuit, 1961.

Professor G. H. C. BODENHAUSEN. "Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property ", 1967.

Property, W. I. Smell, Sound and Taste – Getting a Sense of Non-Traditional Marks

[Online]. 2009. Available from:

[https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/01/article\\_0003.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0003.html) [2 February 2019.

QIAN ZHAN. The International Registration of Non-Traditional Trademarks: Compliance with the Trips Agreement and the Paris Convention [Online]. 2016. Available

from: [https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-](https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/international-registration-of-nontraditional-trademarks-compliance-with-the-trips-agreement-and-the-paris-convention/BEB6B29D9CAE502EA65CC48B11BBA97D/core-reader)

[review/article/international-registration-of-nontraditional-trademarks-](https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/international-registration-of-nontraditional-trademarks-compliance-with-the-trips-agreement-and-the-paris-convention/BEB6B29D9CAE502EA65CC48B11BBA97D/core-reader)

[compliance-with-the-trips-agreement-and-the-paris-](https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/international-registration-of-nontraditional-trademarks-compliance-with-the-trips-agreement-and-the-paris-convention/BEB6B29D9CAE502EA65CC48B11BBA97D/core-reader)

[convention/BEB6B29D9CAE502EA65CC48B11BBA97D/core-reader](https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/international-registration-of-nontraditional-trademarks-compliance-with-the-trips-agreement-and-the-paris-convention/BEB6B29D9CAE502EA65CC48B11BBA97D/core-reader) [5 February

2019.

"Qualitex Co. V. Jacobson Products Co., Inc.". United States Court of Appeals, 3 January 1994.

"Ralf Sieckmann V Deutsches Patent- Und Markenamt.". European Court of Justice, 2002.

Report, S. E. "Trademark Law Treaty with Regulations." U.S. Government Publishing Office, 1998.

Richard J. Berman. "Color Me Bad: A New Solution to the Debate Color Trademark Registration." George Washington Law Review, 1994.

Richard Stim. Likelihood of Confusion: How Do You Determine If a Trademark Is

Infringing? [Online]. Available from: <https://www.nolo.com/legal->

[encyclopedia/likelihood-confusion-how-do-you-determine-trademark-infringing.html](https://www.encyclopedia/likelihood-confusion-how-do-you-determine-trademark-infringing.html)

Rob Batty. The Challenges of Prior Use to New Zealand Registered Trade Mark Law [Online]. Available from:

<http://www.nzlii.org/nz/journals/UWLawRw/2014/11.pdf> [17 April 2020].

Robert (Rob) D. McDonald Q.C. (Bennett Jones LLP). "It's Finally Happening—Major New Trademark Law Takes Effect in Canada on June 17, 2019." [www.mondaq.com](http://www.mondaq.com), 2019.

Robert G. Bone. "Taking the Confusion out of “Likelihood of Confusion”: Toward a More Sensible Approach to Trademark Infringement." United State of America, 2012.

S. K. Wertz. The Elements of Taste : How Many Are There? The Journal of Aesthetic Education 47 (2013).

Salinee Tubpila. E-Nose & E-Sensory นาโนเซ็นเซอร์ จับกลิ่น สี รส [Online]. 2020. Available from: <https://www.nanotec.or.th/th/?p=12130>

Seth M. Reiss. Commentary on the Paris Convention for the Protection of Industrial Property [Online]. Available from: <http://www.lex-ip.com/Paris.pdf>

Steve Baird. When Is a Flavor/Taste Trademark Possible? [Online]. 2014. Available from: <https://www.duetsblog.com/2014/10/articles/trademarks/when-is-a-flavortaste-trademark-possible/>

Strength of Marks. [Online]. 2018. Available from: <https://www.justia.com/intellectual-property/trademarks/strength-of-marks/>

Stuart C. McCormack. "Intellectual Property Law of Canada." 2010.

Susan S. Schiffman. "Taste and Smell Losses in Normal Aging and Disease." American Medical Association, October 22, 1997.

Tanya Aplin and Jennifer Davis. Intellectual Property Law. First ed.: Oxford University Press, 2009.

Taste Mark Refused Trade Mark Registration. [Online]. 2003. Available from: <http://ipkitten.blogspot.com/2003/09/taste-mark-refused-trade-mark.html>

Tastescience. Everybody Experiences Flavor Differently! [Online]. 2015. Available from: <http://www.tastescience.com/abouttaste3.html>

Thomas A. Gallagher. Nontraditional Trademarks: Taste/Flavor. The Trademark



Reporter : The Law Journal of the International Trademark Association 105 (2015).

"Traffix Devices, Inc V. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001)." March 2001.

UK Intellectual Property Office. "First UK Multimedia Motion Mark Revealed by IPO on British IP Day." 2019.

Ulrich Hildebrandt. "Trade Mark Law in Europe: Case Law of the Court of Justice of the European Union." 2016.

Union, Y. E. E. Trade Marks [Online]. 2020. Available from:

[https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/trade-marks/index\\_en.htm](https://europa.eu/youreurope/business/running-business/intellectual-property/trade-marks/index_en.htm) [28 March 2020].

UpCounsel. State Trademark: Everything You Need to Know [Online]. Available from:

<https://www.upcounsel.com/state-trademark> [27 March 2020].

Vasheharan Kanesarajah. The Taste of Ripe Strawberries: Representing Non-Visual Trademarks [Online]. 2008. Available from:

<http://ips.clarivate.com/m/pdfs/klnl/2008-03/taste.pdf> [16 December].

Vladimir Poutine. [Online]. 2011. Available from:

<https://foodperestroika.com/2011/03/06/vladimir-poutine/>

"Vuitton Et Fils S.A. V. J. Young Enterprises, Inc. 644 F.2d 769 (9th Cir. 1981)." United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1981.

Willajaenne F. McLean. "The Global Challenge of Intellectual Property Rights : Protecting Unconventional Trademarks in Europe Union and United State." 2008.

World Intellectual Property Organization. Summary of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883) [Online]. Available from:

[https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary\\_paris.html](https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html)

World Trade Organization. "The Making of the Trips Agreement : Personal Insights from the Uruguay Round Negotiations." edited by Jayashree Watal and Antony Taubman, 2015.

Yevgeniy Markov. Raising the Dead: How the Ninth Circuit Avoided the Supreme Court's Guidelines Concerning Aesthetic Functionality and Still Got Away with It in Automotive Gold. Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property 6, 2 (2008).

Zachary Wadlé. Sound Marks — Registration Basics [Online]. 2009. Available from:  
<https://www.theiplawblog.com/2009/11/articles/trademark-law/sound-marks-registration-basics/>

Zealand, I. N. "A Brief History." edited by Ministry of Business, I. a. E., 2020.

Zmejauskaitė, R. "'Taste as a Trade Mark", Societal Studies Research Journal." 2013.

เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล. ความเป็นมาของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Trips Agreement) [Online]. 2556.

Available from: [http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/1\\_7395.html](http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/06/1_7395.html)

तीयธรรม พลโลก. "ตราสินค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่?".

เอี่ยมศิริกุลมิตร, ป. "ปัญหาเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการประสมคำที่เป็นไปตามปกติ (Unusual Combination)." 2550.

แพทย์หญิงสุนทรี รัตนชูเอก และรศ.แพทย์หญิงชุดิมา ศิริกุลชยานนท์. "การศึกษาทบทวนองค์ความรู้เกี่ยวกับความหวาน." เครือข่ายเด็กไทยไม่กินหวาน, 2549.

โกวิท สมไวย. ยอหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้า. สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป. Edited by 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2560.

———. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.

กรกาญจน์ แก้วมูลคำ. ปัญหาการลือเลือนเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. "กฎหมายเครื่องหมายการค้า - ประเทศสหรัฐอเมริกา." 2559.

———. การจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า [Online]. 2559. Available from:  
[www.ipthailand.go.th/th/trademark-002/item/การจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า.html](http://www.ipthailand.go.th/th/trademark-002/item/การจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า.html) [26 มีนาคม 2563].

———. "การประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง การสมัครเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม และสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร." edited by กระทรวงพาณิชย์, 2550.

———. "คู่มือแนวทางการพิจารณาสั่งการของนายทะเบียนสำนักเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2559." 2559.

———. "คู่มือปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจสอบและคัดค้านเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2544." 2544.

———. "คู่มือสำหรับประชาชน: การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า." 2559.

———. ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2548 [Online]. 2005.

Available from: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/เรื่อง-เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน-ฉบับที่-2-พ-ศ-2548.html>

———. ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป [Online]. 2547.

- Available from: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/เรื่อง-หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป.html> [21 กุมภาพันธ์ 2563].
- . "ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสาม." edited by กระทรวงพาณิชย์, 2555.
- . ประกาศกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2543) เรื่อง เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน [Online]. 2000.  
Available from: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/ฉบับที่-5-พศ-2543-เรื่อง-เครื่องหมายที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียน.html>
- . ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา [Online]. Available from:  
[www.ipthailand.go.th/th/faq/item/ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา](http://www.ipthailand.go.th/th/faq/item/ประวัติกรมทรัพย์สินทางปัญญา) [16 กุมภาพันธ์ 2562].
- กระทรวงต่างประเทศ, ก. สหภาพยุโรป / กรอบความร่วมมือเมือพหุภาคี : สหภาพยุโรป (the European Union - Eu) [Online].  
2561. Available from: [www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-\(The-European-Union---EU\).html](http://www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-(The-European-Union---EU).html) [27 มีนาคม 2563].
- กรุงศรีเซลส์, ส. ณ. ข้อมูลอ้อย : Guidelines and Policies [Online]. Available from:  
<https://www.thaiscience.eu/guidlines-policies.php>
- กอบกุล จันทวโร. "ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และการพิจารณาคดีตัดสินคดีโดยลูกขุน เปรียบเทียบกับศาลไทย." 2554.
- คมน์ทงชัย ฉายไพโรจน์. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บ้านนา สวิท, 2555.
- จักรกฤษณ์ ควพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. Edited by 5. กรุงเทพมหานคร: นิตินธรรม, 2555.
- ชลลดา คงภู. ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเครื่องหมายการค้า. นิตินธรรมมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี. 2555.
- ชื่นชีวิน ยิ้มเฟื่อง และกมลวรรณ อยู่วัฒน์. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับการส่งเสริมธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปและพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546. วารสารวิชาการแพรวกาฬสินธุ์ ปีที่ 6 (2562).
- ชุติมาดี กอจิตตวนิจ. การให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมบริการอาหารภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย. ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. 2556.
- รัชชัย ศุภผลศิริ. คำอธิบายเครื่องหมายการค้า. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิตินธรรม, 2536.
- . ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย. กรุงเทพฯ: กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 2544.
- รัชพันธ์ ประพุทธนิตินสาร. กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2544.
- ธัญญาณี องค์ไพศาล. การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลิ่น. ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2556.
- นางแววดาว ดำรงผล (ผู้อำนวยการกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา). 12 มิถุนายน 2563.
- นางสาวจรัสศรี ศรีสุวรรณ (นักวิชาการชำนาญการพิเศษ). 10 มิถุนายน พ.ศ. 2563.

นางสาววรินทร์ สัมมาคารวะ. 12 มิถุนายน 2563.

นางสาวอวิศา วุฒิชนม์. 15 มิถุนายน 2563.

นายกันท์พงษ์ จิตสมบูรณ์ (บริษัท สยามพาร์มาซูติคอล จำกัด). 17 มิถุนายน 2563.

นายกันท์ กุลธัญญ์ (Brand Manager ของบริษัท ไทยนิปปอนรับเบอร์อินดัสตรี จำกัด). 9 มิถุนายน 2563.

นายจาตุรงค์ ขำนิวกัยพงศ์ และนายอดิศักดิ์ แพร้วพัฒนกุล (บริษัท หาญไทยพาร์มา (2508)). 17 มิถุนายน พ.ศ. 2563.

นายชัชวรินทร์ กุวัชกะพันธ์ (Government Liaison Manager ของเครือโรงแรมบุญดาราร). 11 มิถุนายน พ.ศ. 2563.

นายพุดพิพัฒน์ จิรัญชัย (นิติกรชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา). 12 มิถุนายน 2563.

นายวัชรพงษ์ พงษ์บริบูรณ์ (กรรมการผู้จัดการบริษัท ขาวละออ เกสซ์ จำกัด). 18 มิถุนายน พ.ศ. 2563.

นายสรวิศ วิไลวงศ์รัตน์. 14 มิถุนายน 2563.

นายสืบศิริ ทวีผล (Partner of Tilleke & Gibbins International Ltd.). 23 มิถุนายน พ.ศ. 2563.

นายสุจิตร์ เพิ่มพล. (13 มิถุนายน 2563).

บัณฑิต หลิมสกุล. "สิบปี Wto ความท้าทายขององค์การการค้าโลกในบริบทของเศรษฐกิจที่ไร้พรมแดน." In องค์การการค้าโลก.

ปวีศร เลิศธรรมเทวี. ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. Edited by 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

ปวีณา เอี่ยมศิริกุลมิตร. ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องลักษณะบงเฉพาะของเครื่องหมายการค้า ศึกษาเฉพาะกรณีการ

นำเอาคำที่เล็งถึงคุณสมบัติของสินค้ามาประเมินค่าในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามปกติ. ปรินญาณิตศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. 2549.

ปิยธิดา เทพประดิษฐ์. ประสบการณ์อาการเปลี่ยนแปลงการรับรสและกลิ่น และกลวิธีการจัดการอาการในเด็กป่วยโรคมะเร็งที่ได้รับเคมีบำบัด.

พยาบาลศาสตรมหาบัณฑิต (การพยาบาลเด็ก), มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์. 2557.

พรจारी เนตรพิสุทธิ์. Trips Plus: ศึกษาผลกระทบกรณีหากประเทศไทยทำความตกลง Fta เรื่องการขยายอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรกับประเทศ

สหรัฐอเมริกา. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. 2550.

พัฒนเนร น้อยฉายา. ปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 (แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ.2543) เกี่ยวกับการใช้

เครื่องหมายการค้าเป็นคำบรรยาย. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2544.

พิบูล ดันศุกผล. คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 2 ลักษณะบงเฉพาะของเครื่องหมายการค้า.

(2551).

———. คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 3 เครื่องหมายที่ต้องห้ามรับจดทะเบียน. (2551).

———. คิดเครื่องหมายอย่างไร...จึงจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตอนที่ 4 ต้องไม่เหมือน/คล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่น.

(2551).

ภัทร น้อยสัมฤทธิ์. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกีดกันการค้าจากละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า. วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ 10, ฉบับ 1 (2562).

มธุรส เจริญจันทร์โสภณ. การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress). นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์

มหาวิทยาลัย. 2543.

มีสุขโข, ศ. อ. ศ. ก. ณ. การจัดการกับการรับรสเปลี่ยนแปลงในเด็กป่วยโรคมะเร็งที่ได้รับยาเคมีบำบัด (Taste Change Management among Children with Cancer Receiving Chemotherapy). พยาบาลสาร 43 (2559).

ยงยุทธ พงษ์ศิริพันธ์. ความหมายและความสำคัญของการโฆษณา [Online]. Available from:

<http://www.stou.ac.th/stouonline/lom/data/sms/market/Unit7/Subm1/U711-1.htm?fbclid=IwAR1GxRNec5J-5RurYX5XrfoGKB0Klj2ZdyFY7hsDtVjfH5GaWbYWuSRzhTI> [10 มกราคม 2652.

รุ่งตะวัน สุภาพผล. สรีรวิทยาของการรับรส. Medical Jornal of Srinakharinwirot 5 (2541).

วงศ์ตระกูล, น. "ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปกับกฎหมายของประเทศสมาชิก และการยอมรับกฎหมายสหภาพยุโรปของเบลเยียมและเยอรมัน." สำนักการต่างประเทศ.

วศิน พิพัฒน์ฉัตร. การพัฒนากฎหมายควบคุมยาสูบในประเทศไทยตามกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก. นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2560.

วัส ดิงสมิตร. เครื่องหมายการค้า ตัวบ่งชี้พร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546.

————. คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า. สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

วิชัย อริยนันทกะ. ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่มที่ 1. Edited by 1. ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2547.

วิชัย อริยนันทกะ. ศาลฎีกากับการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการตีความกฎหมาย. จุลศาลศาลฎีกา ปีที่ 5, ฉบับที่ 2 (2561).

วิศิษฐ์ ศรีพิบูลย์. คำอธิบายพร้อมตัวบทกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกาเรียงมาตรา. Edited by 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ทิพย์ดา, 2548.

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล. 17 มิถุนายน 2563.

ศูนย์ข้อมูลและข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง (TCIJ). Trips จากอุรุกวัยสู่ไทยแลนด์ [Online]. 2555. Available from:

<https://www.tcijthai.com/news/2012/12/watch/1626>

สภาอากาศไทย. การใช้เครื่องหมายอากาศ [Online]. Available from:

<https://www.redcross.or.th/aboutus/emblem/>

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [Online]. Available from:

<http://www.royin.go.th/dictionary/> [30 มกราคม 2562.

สิทธิกร นิพยะ. หนังสือชุดกฎหมาย WTO เล่มที่ 5 "ทศวรรษแรกของความตกลงทริปส์". ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามลดา, 2552.

สิทธิชัย โชคสวัสดิ์ไพศาลและคณะผู้จัดทำ (กลุ่มที่ 2). "Legal Foundation of the European Union, European Competition Law, the Eu's Four Freedoms: Free Movement of People and Court Visit (International Court of Justice)." สำนักการต่างประเทศ, 2557.

สุรพล คงลาภ. "การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสหรัฐอเมริกา." ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรมเฉลิมพระเกียรติ หอสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม, 2560.

อดิชนัน ธรรมพนิชวัฒน์. การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้า เสี่ยง กลิ่น รสชาติ. ปริญญานิติศาสตร์

มหาดบัณฑิต, นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2549.

อมราพร สัจจารักษ์ตระกูล. ข้อพิจารณาเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะในเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ. ปริญญานิติศาสตร์  
มหาดบัณฑิต, นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. 2549.

อมรินทร์ ม่วงมณี. การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่นในประเทศไทย: ผลที่อาจเกิดขึ้นจากความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศ  
ไทยกับสหรัฐอเมริกาที่จะทำขึ้นในอนาคต นิติศาสตร์มหาดบัณฑิต, นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. เครื่องหมายการค้ารสชาติ. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2561).

อุดมวุฒิ อุดมกิจอารี และจุมพล นันทศิริพล. การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ายุคใหม่. วารสารวิชาการ สถาบันเทคโนโลยีแห่งสุวรรณภูมิ  
(2562).

อุษณีย์ เอ็มศิรินันท์. ประชาคมอาเซียนในแบบสหภาพยุโรป: การเปรียบเทียบโครงสร้างความร่วมมือตามธรรมนูญองค์การ. วารสารการเมือง การ  
บริหาร และกฎหมาย.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาววรี เมธาประยูร
วัน เดือน ปี เกิด	16 ธันวาคม พ.ศ. 2536
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	- สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมปลายที่โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา และ - สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2558 - สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภา ทนายความ รุ่นที่ 45 - สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ บัณฑิตยสภา สมัยที่ 69 - เข้าศึกษาต่อคณะนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จนสำเร็จการศึกษาในปี 2563
ที่อยู่ปัจจุบัน	55/63 หมู่บ้านภัทราพร ถนนอังสฤษิลา หมู่ที่ 5 ตำบลเสม็ด อำเภอเมือง ชลบุรี จังหวัดชลบุรี 20000