

## บทที่ 4

### วิเคราะห์การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ

การที่มีสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศ รวมทั้งกฎหมายภายในของบางประเทศที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ให้การรับรองคุ้มครองสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เช่น เสียง กลิ่น รสชาติ มาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า อันอาจจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น และเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ หากสิ่งนั้นๆ มีลักษณะบ่งเฉพาะสามารถบอกแหล่งกำเนิดของสินค้าและจำแนกแยกแยะสินค้าให้มีความแตกต่างกันได้ แม้จะมีการรับรองคุ้มครอง เสียง กลิ่น หรือรสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้วก็ตาม แต่ปัจจุบันก็ยังมีเสียง กลิ่น หรือรสชาติที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้น้อยมาก ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากหลักอันเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งของเครื่องหมายการค้าว่า เครื่องหมายนั้นจะต้องไม่ใช่องค์ประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดของสินค้า แต่โดยสภาพของเสียง กลิ่น หรือรสชาติ ตามปกติจะเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของสินค้าด้วย เช่น เสียง ก็เป็นเสียงเพลง เสียงดนตรี กลิ่น ก็เป็นกลิ่นของน้ำหอม เครื่องหอม ของหอม สมุนไพรสำหรับบำบัดและรักษาโรค (อโรมาเทอราพี) รสชาติ ก็เป็นรสชาติของอาหาร หรือสิ่งที่สามารถรับประทานได้ ซึ่งแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าประเภทที่เห็นด้วยตา เพราะเครื่องหมายประเภทนี้เกิดจากการสร้างสรรค์ขึ้นใหม่เป็นคนละส่วนกับตัวสินค้า มีลักษณะที่แยกออกจากตัวสินค้าอย่างชัดเจน จากข้อจำกัดดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญที่เพิ่มความยุ่งยากในการนำเสียง กลิ่น หรือรสชาติมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ นอกจากนี้ โดยสภาพของเสียง กลิ่น หรือรสชาติ ตามปกติก็มีสิ่งที่จะคงรูปอยู่ได้เป็นเวลานานเช่นเครื่องหมายการค้าประเภทที่เห็นด้วยตา ด้วยข้อแตกต่างดังกล่าวส่งผลให้แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น และเครื่องหมายการค้ารสชาติ โดยเฉพาะการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ และการเสนอกราฟฟิค มีความแตกต่างไปจากการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ยิ่งกว่านั้น หลักการและวิธีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น และเครื่องหมายการค้ารสชาติ ในสำนักงานเครื่องหมายการค้าต่างๆ ก็มี

ความแตกต่างกันในรายละเอียดบางประการดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่จะทำการวิเคราะห์แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น และเครื่องหมายการค้ารสชาติ รวมทั้งการทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าของ เสียง กลิ่น หรือรสชาติ ตามลำดับดังนี้

#### 4.1 วิเคราะห์การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง

ปัจจุบันเครื่องหมายการค้าเสียงได้รับการคุ้มครอง โดยรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ประเทศออสเตรเลีย นอกจากนี้ ยังมีอีกหลายประเทศที่กำลังพิจารณาดำเนินการให้ความคุ้มครอง เช่น ประเทศญี่ปุ่น จากการศึกษาแนวทางและวิธีปฏิบัติของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเสียงสรุปได้ ดังนี้

##### 4.1.1 การทำหน้าที่เครื่องหมายการค้าของเสียง

หน้าที่ของเครื่องหมายการค้ามีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ คือ 1 ทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า 2.ทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้า 3.ทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้า 4.ทำหน้าที่ในการโฆษณา ดังนั้น เสียงที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการได้นั้น จะต้องสามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวทั้งสี่ประการได้ด้วย ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

##### 4.1.1.1 การทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้าในเครื่องหมายการค้าเสียง

ปัจจุบันมีการใช้เสียงทำหน้าที่บอกความแตกต่างในตัวของสินค้าหรือบริการกันอย่างแพร่หลาย แม้บางครั้งเจ้าของจะมีได้มีเจตนาที่จะให้เป็นเครื่องหมายเสียงก็ตาม ตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าเสียงได้แก่ เครื่องหมายเสียงของสินค้าเครื่องเล่นเกมของ play station มีเสียงที่มีการสร้างสรรค์ขึ้นเป็นพิเศษเป็นไตเติ้ล (Title sound) ทันทีที่เปิดเครื่องเล่นเกมของ play station สำหรับประเทศไทยในสมัยก่อนรถขายไอศกรีมจะใช้เสียงกระดิ่งเป็นสัญญาณให้ผู้บริโภคได้ทราบว่า รถขายไอศกรีมที่ตนเคยบริโภคมาแล้ว ซึ่งปัจจุบันมีการพัฒนาเสียงของรถขายไอศกรีมโดยบริษัทขายไอศกรีมบริษัทหนึ่ง โดยการนำเสียงตัวโน้ตดนตรีไม่กี่ตัวโน้ตมาประกอบกันทำให้เกิดความแปลกใหม่และใช้ประกอบการขายไอศกรีมของตนมานาน จนผู้บริโภคทราบได้ทันทีเมื่อได้ยินเสียงดังกล่าวว่ารถขายไอศกรีมภายใต้เสียงดนตรีดังกล่าวเป็นของผู้ประกอบการรายใด

แตกต่างจากไอศกรีมของผู้ประกอบการรายอื่นอย่างไร ตัวอย่างของเครื่องหมายเสียงในด้านบริการ ได้แก่ รายการต่างๆ ของสถานีโทรทัศน์ทั้งในประเทศและต่างประเทศ ต่างนำเสียงดนตรีต่างๆ มาประกอบเป็นเสียงประจำในการเปิดรายการ เช่น รายการข่าวของสถานีโทรทัศน์ช่อง ITV รายการถึงลูกถึงคนทางสถานีโทรทัศน์ช่อง 9 โดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องหมายเสียง (The NBC chimes) ของรายการข่าวสถานีโทรทัศน์ NBC เครื่องหมายเสียงสิงโตคำราม (A lion roaring) ของบริษัทผลิตภาพยนตร์ Metro-Goldwyn-Mayer Corporation และเครื่องหมายเสียง (The THX logo theme) ของบริษัทผลิตภาพยนตร์ Lucasfilm Ltd ซึ่งเป็นเครื่องหมายเสียงที่มีการจดทะเบียนในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว เสียงประกอบรายการหรือภาพยนตร์ดังกล่าวเมื่อนำมาใช้เป็นประจำนานเข้าก็จะทำให้ผู้ชมรายการทางบ้านหรือผู้ชมภาพยนตร์สามารถจดจำเสียงประจำรายการได้ การที่ผู้บริโภคสามารถจดจำเสียงประจำรายการหรือภาพยนตร์ได้ ก็เท่ากับผู้บริโภคสามารถจำแนกแยกแยะรายการหรือภาพยนตร์ที่ตนได้ยินเสียงเพลงใดได้ว่าเป็นของผู้ผลิตรายใด แตกต่างจากรายการหรือภาพยนตร์อื่นอย่างไร เป็นการแสดงให้เห็นถึงการทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการในเครื่องหมายเสียง

#### 4.1.1.2 การทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้าในเครื่องหมายการค้าเสียง

การทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้าในเครื่องหมายการค้าเสียงนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากการทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า กล่าวคือเมื่อผู้บริโภคสามารถบอกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการจากเครื่องหมายเสียงได้ ย่อมมีผลเท่ากับผู้บริโภคได้ทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้นๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น เสียงของรถยนต์ไอศกรีมที่กล่าวถึงข้างต้น เมื่อผู้บริโภคได้ยินเสียงจากรถยนต์ไอศกรีมก็สามารถทราบได้ทันทีว่าเป็นรถยนต์ไอศกรีมของบริษัทใดโดยไม่ต้องมองเห็นรถยนต์ไอศกรีม หรือเสียงเพลงใดใดก็ตามของรายการโทรทัศน์ต่างๆ เช่น รายการข่าวไม่ว่าจะเป็นสถานีโทรทัศน์ช่อง ITV ช่อง 3 ช่อง 5 ช่อง 7 ช่อง 9 หรือแม้แต่ช่อง 11 ก็มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวแตกต่างกันไป เมื่อผู้ชมทางบ้านได้ยินเสียงใดใดก็ตามดังกล่าวก็สามารถทราบได้ทันทีว่าเสียงที่ตนได้ยินเป็นการให้บริการข่าวจากแหล่งที่มาทางช่องใด โดยไม่ต้องคอยดูหน้าจอโทรทัศน์ หรือเสียงใดใดก็ตามของบริษัทภาพยนตร์ที่กล่าวถึงข้างต้น เมื่อผู้ชมภาพยนตร์สามารถจดจำเสียงประจำของแต่ละบริษัทได้ ก็ย่อมจะสามารถจำแนกแยกแยะภาพยนตร์นั้นๆ ได้ว่าเป็นของผู้ผลิตรายใดมีคุณภาพดีหรือด้อยแตกต่างจากภาพยนตร์ของบริษัทอื่นอย่างไร ดังนั้น สิ่งก็ตามก็คือการทำให้ทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายเสียงนั้นๆ นั่นเอง ซึ่งเท่ากับเป็นการทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ

#### 4.1.1.3 การทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าในเครื่องหมายการค้าเสียง

การทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าในเครื่องหมายเสียงนั้น ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการบอกแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้นๆ กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคทราบว่าสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายเสียงนั้นๆ เป็นของผู้ประกอบการรายใด ผู้บริโภคย่อมแสวงหาสินค้าหรือบริการที่เหมาะสมกับรสนิยมและฐานะของตนเอง ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดไม่รักษามาตรฐานของตนไว้ก็จะทำให้ผู้บริโภคขาดความเชื่อถือในตัวสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายเสียงนั้นๆ และที่สุดก็จะเลิกใช้สินค้าหรือบริการนั้นๆ ต่อไป ด้วยความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงดังกล่าวส่งผลถึงความเจริญหรือล้มเหลวของกิจการโดยตรง จึงมีสภาพบังคับทางอ้อมให้ผู้ประกอบการจะต้องรักษามาตรฐานการผลิตหรือบริการของตนไว้ให้ได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าหรือบริการในเครื่องหมายเสียง

#### 4.1.1.4 การทำหน้าที่โฆษณาของเครื่องหมายการค้าเสียง

การทำหน้าที่โฆษณาของเครื่องหมายการค้าเสียงนั้น ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าเสียงทั้งสามข้อข้างต้น กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคทราบจากเครื่องหมายเสียงว่า สินค้าหรือบริการนั้นๆ เป็นของผู้ผลิตรายใด และจากการบริโภคก็จะทราบว่าสินค้าที่มีมาตรฐานการผลิตในระดับใด มีคุณภาพอย่างไร อันเป็นการทำหน้าที่โฆษณาของเครื่องหมายเสียงไปพร้อมกัน เช่น เสียงของรถขายไอศกรีม เมื่อผู้บริโภคได้ยินเสียงของรถขายไอศกรีม ก็จะทราบได้ทันทีว่าเป็นไอศกรีมของบริษัทใด หรือเสียงของรายการโทรทัศน์ที่ผู้บริโภคมองอยู่เป็นประจำ เมื่อได้ยินเสียงของรายการนั้นๆ ก็ทราบได้ทันทีว่าเป็นเสียงของรายการใดให้บริการอยู่ช่องใด ตัวอย่างที่เห็นชัดอีกประการหนึ่งคือ การโฆษณาภาพยนตร์ไม่ว่าจะเป็นของไทยหรือต่างประเทศ จะมีการนำภาพยนตร์ตัวอย่างบางส่วนพร้อมเครื่องหมายเสียงของผู้ผลิตไปแสดงไว้ในช่วงต้นของภาพยนตร์เรื่องอื่น เช่น ภาพยนตร์ในเครือของ Metro-Goldwyn-Mayer Corporation ก็ได้มีการนำภาพยนตร์ตัวอย่างพร้อมเสียงสิงโตคำรามประกอบภาพเคลื่อนไหวของสิงโต ไปแสดงไว้ก็จะทำให้ทราบว่าภาพยนตร์เรื่องนั้นๆ Metro-Goldwyn-Mayer Corporation เป็นผู้ผลิต หรือรายการถึงลูกถึงคนทางสถานีโทรทัศน์ช่อง 9 ซึ่งปัจจุบันกำลังเป็นที่นิยมของผู้บริโภคข่าว ก็มีการใช้เสียงดนตรีก่อนเปิดรายการอันเป็นการโฆษณารายการไปในตัว

#### 4.1.2 การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเสียง

ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า นั้น มีอยู่สองประการ คือ ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง กับลักษณะบ่งเฉพาะด้วยการใช้ สำหรับเสียงนั้น มีได้ทั้งลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองและลักษณะบ่งเฉพาะด้วยการใช้ กรณีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองของเสียงนั้น ได้แก่ เสียงพูดตามธรรมชาติของบุคคล โดยปกติเสียงพูดตามธรรมชาติของบุคคลนั้น จะมีลักษณะเฉพาะหรือความเป็นเอกลักษณ์ในตัวของตัวเอง เสียงแต่ละคนจะมีลักษณะเฉพาะของตัวเองไม่มีใครเหมือนแต่อาจคล้ายคลึงกัน อาจมีการเลียนเสียงกันโดยนำลักษณะเด่นของการพูดมาใช้ แต่อย่างไรก็ตาม คงได้แต่เพียงความคล้ายไม่สามารถทำให้เหมือนเสียงพูดของบุคคลที่เป็นต้นแบบได้ทุกประการ ดังนั้น เสียงพูดตามธรรมชาติของบุคคลจึงมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองได้ แต่กรณีเสียงโดยทั่วไปที่ไม่ใช่เสียงพูดตามธรรมชาติของบุคคล ไม่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองของมันเองได้เลย แต่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้

สำหรับลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 7 วรรคสาม บัญญัติว่า “ชื่อ คำ หรือข้อความที่ไม่มีลักษณะตาม (1) หรือ (2) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ก็ให้ถือว่ามียุทธลักษณะบ่งเฉพาะ” จากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียงได้โดยอนุโลม ดังนั้น หากเสียงนั้นผ่านการใช้ในสินค้าหรือบริการมาระยะเวลาหนึ่งจนเกิดความแพร่หลาย หรือได้มีการโฆษณาเสียงนั้นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันพอสมควรจนทำให้สาธารณชนทั่วไป รู้จักและเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการอื่น เสียงนั้นก็จะเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้แล้ว อย่างไรก็ตาม สำนักงานเครื่องหมายการค้าต่างๆ ที่รับรองคุ้มครองเสียงให้เป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น ไม่มีสำนักงานเครื่องหมายการค้าใดกำหนดให้เสียงมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองเลย

#### 4.1.3 ปัญหาพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย

โดยที่เครื่องหมายการค้าเสียงเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่ง ดังนั้น เครื่องหมายการค้าเสียงจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายด้วย ปัญหาว่าเสียงที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายเป็นอย่างไร

ลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน

(1) ตราแผ่นดิน พระราชลัญจกร ลัญจกรในราชการ ตราจักรี ตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตรา ประจำตำแหน่ง 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) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำชาติของรัฐต่างประเทศ ธงหรือเครื่องหมายขององค์การ ระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการ และเครื่องหมายควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือชื่อและชื่อย่อของรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือ องค์การระหว่างประเทศนั้น

(7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือกาเจนีวา

(8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือ เครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาลไทย ส่วนราชการหรือรัฐ วิชาหกิจของประเทศไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้ขอด ทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายเช่นนั้น เป็นรางวัล สำหรับสินค้านั้น และใช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้า นั้น แต่ทั้งนี้ ต้องระบุปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย

(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสน์นโยบาย

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงทั่วไปซึ่งแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม

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

- (12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น  
 (13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

เมื่อนำลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 มาพิจารณาเปรียบเทียบกับสภาพของเครื่องหมายเสียงแล้ว เห็นว่า อาจนำบทบัญญัติตามมาตรา 8 (5) (9) และ (10) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามาใช้โดยอนุโลม มีรายละเอียดในการวิเคราะห์ ดังนี้

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 (5) บัญญัติว่า “ชื่อ คำ หรือข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์” จากบทบัญญัติดังกล่าวหากนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง อาจหมายความถึง เสียงอันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์ ซึ่งถ้าพิจารณาตามความหมายนี้ก็น่าจะหมายความถึง เพลงประจำองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์ เช่น เพลงสรรเสริญพระบารมี เพลงมหาฤกษ์ เพลงมหาชัย ดังนั้น เสียงเพลงสรรเสริญพระบารมี เพลงมหาฤกษ์ เพลงมหาชัย จึงเป็นเสียงที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะเป็นเสียงที่แสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์

หรือแม้แต่เสียงของ พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์ ถ้าได้มีการนำเอาประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการเสียงนี้ก็ถือว่าเป็นเสียงที่ แสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือพระราชวงศ์ เสียงๆ นั้นก็ต้องห้ามมิให้ใช้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 (9) บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนบาย” จากบทบัญญัติดังกล่าวหากนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง อาจหมายความถึง เสียงที่มีถ้อยคำ เสียดสีสังคม เพลงที่ทางราชการห้ามเผยแพร่ เสียงที่มีลักษณะสยงขวัญชวนขนลุก เสียงที่มีลักษณะชักชวนให้มิเพศสัมพันธ์ รวมทั้งถ้อยคำที่สื่อไปในทางลามกอนาจาร หรือเสียงร้องขณะมิเพศสัมพันธ์ เป็นต้น เสียงดังกล่าวจึงเป็นเสียงที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะเป็นเสียงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนบาย

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 (10) “เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของ หรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม” จากบทบัญญัติดังกล่าวหากนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง อาจหมายความถึง เสียงที่เหมือนกับเสียงมีชื่อเสียงแพร่หลาย ในกรณีที่เสียงนั้นเป็นเสียงดนตรี ได้แก่ เสียงเพลงของนักดนตรีที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วโลก ตัวอย่างเช่น เสียงเพลงหรือเสียงดนตรีของโมสาร์ท (mozart) หรือเสียงเพลงสากลอื่นๆ ที่มีการจำหน่ายไปทั่วโลก เสียงดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันทั่วโลกจึงถือว่าเป็นเสียงที่มีชื่อเสียงแพร่หลายได้ ดังนั้น หากเป็นเสียงเพลงหรือเสียงดนตรีที่มีการจำหน่ายแก่ประชาชนโดยทั่วไปไม่ว่าจะในรูปแบบใด ควรที่จะถือว่าเป็นเสียงที่มีชื่อเสียงแพร่หลายได้ เสียงดังกล่าวจึงเป็นเสียงที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายไม่สามารถนำเอามาขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะเป็นเสียงที่เหมือนกับเสียงที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย อย่างไรก็ตาม มีข้อควรพิจารณาว่าหากเสียงนั้น มีการจำหน่ายเฉพาะในต่างประเทศ เช่น เพลงที่มีการจำหน่ายเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาประเทศเดียว จะนำเพลงนั้นหรือช่วงทำนองเพลงนั้นมาขอจดทะเบียนได้หรือไม่ สำหรับประเด็นนี้ หากจะพิจารณาว่าปัจจุบันนี้เป็นยุคโลกไร้พรมแดนเพลงที่มีจำหน่ายแต่เฉพาะในประเทศอเมริกาก็อาจมีชื่อเสียงแพร่หลายได้ เช่น อาจเผยแพร่ทาง INTERNET ดังนั้น เสียงที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นควรพิจารณาตามความเป็นจริงของแต่ละเสียงเป็นการเฉพาะ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการจำหน่ายที่ใดบ้าง

#### 4.1.4 การพิจารณาเครื่องหมายการค้าเสียงที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าเสียงที่บุคคลอื่นจดทะเบียนแล้ว

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 13 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 ในกรณีที่เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้นนายทะเบียนเห็นว่า

- (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรือ
- (2) เป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้า หรือแหล่งกำเนิดของสินค้า

ถ้าเป็นการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวกเดียวกัน หรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน ห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียน”

จากบทบัญญัติดังกล่าว หากนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้าเสียง อาจหมายความว่าเสียงที่เหมือนหรือคล้ายกับเสียงที่มีการจดทะเบียนไว้แล้ว สำหรับประเด็นนี้ยังไม่เกิดปัญหาในสำนักงานเครื่องหมายการค้าที่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง เพราะเป็นระยะแรกที่มีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงยังไม่มีเครื่องหมายการค้าเสียงเดิมที่จะต้องนำมาเปรียบเทียบ แต่อย่างไรก็ตาม ต่อไปเมื่อมีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงมากขึ้น ก็จะต้องมีการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าเสียงที่นำมาขอจดทะเบียนใหม่ เหมือนหรือคล้ายกับเสียงที่มีการจดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ เนื่องจากการพิจารณาว่าเสียงมีความเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ อาจต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญ ทั้งอาจต้องใช้เครื่องมือบางประการช่วยในการเปรียบเทียบ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกันของเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นด้วยตา ซึ่งให้เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้าเป็นผู้พิจารณาแต่เพียงฝ่ายเดียวจึงไม่อาจนำมาใช้ได้ ขอเสนอหลักเกณฑ์บางประการในการพิจารณา เช่น อาจกำหนดให้เจ้าพนักงานเครื่องหมายการค้า หรือผู้เชี่ยวชาญ 3 คน ร่วมกันฟังแล้วลงความเห็นว่ามี ความเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ ถ้ามีความเห็นเป็นเอกฉันท์ ก็ไม่ต้องพิจารณาในประการอื่น หากมีความเห็นไม่เป็นเอกฉันท์ กรณีที่เสียงนั้นเป็นเสียงดนตรีก็อาจพิจารณาจากตัวโน้ตโดยผู้เชี่ยวชาญทางดนตรีประกอบแล้วลงความเห็นใหม่ กรณีที่เสียงนั้นเป็นเสียงอื่นที่ไม่ใช่เสียงดนตรีก็อาจพิจารณาจากกราฟคลื่นเสียง (Sonogram) โดยผู้เชี่ยวชาญทางอิเล็กทรอนิกส์ประกอบแล้วลงความเห็นใหม่ อย่างไรก็ตามหากเกิดปัญหาว่าเป็นการยากที่จะหาผู้เชี่ยวชาญทางดนตรีหรือผู้เชี่ยวชาญทางอิเล็กทรอนิกส์มาช่วยในการพิสูจน์ สำนักงานเครื่องหมายการค้าอาจส่งเจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบไปฝึกอบรม เพื่อให้สามารถพิจารณาตัวโน้ตหรือกราฟคลื่นเสียง (Sonogram) เป็นการเฉพาะก็ได้

#### 4.1.5 หลักการเสนอกราฟฟิคของเสียง

ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น ผู้ขอจดทะเบียนจะต้องส่งตัวอย่างเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานเครื่องหมายการค้า ในกรณีเครื่องหมายการค้าเป็นที่ เป็นสิ่งที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ก็เพียงแต่ส่งตัวเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมสามารถพิจารณาได้ชัดเจนด้วยสายตา แต่โดยที่เสียงเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา การส่งเพียงตัวเครื่องหมายการค้าเสียงจึงไม่เพียงพอต่อการพิจารณา เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว สำนักงานเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศที่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายเสียงว่า ต้องมีการเสนอกราฟฟิคของเครื่องหมายการค้าเสียงที่ขอจดทะเบียน และกราฟฟิคนั้นจะต้องมีความชัดเจน แน่นอน ชัดแจ้งในตัวเอง สามารถเข้าใจได้ง่าย เข้าถึงได้โดยง่าย มีความคงทนและมีความเป็นภาวะวิสัย

การเสนอกาฟฟิคมีวิธีปฏิบัติในต่างประเทศอยู่ 3 แนวทาง ดังต่อไปนี้

1. กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง จะต้องทำการบันทึกเสียงที่จะทำการจดทะเบียนนั้น ใส่เทปบันทึกเสียง 3 คลิป มาพร้อมกับคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ซึ่งแนวทางปฏิบัตินี้ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

2. กรณีเสียงที่ขอจดทะเบียนนั้นเป็นเสียงดนตรี กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง จะต้องเขียนโน้ตดนตรีที่ขอจดทะเบียนออกมา เพื่อจะได้เกิดความแน่นอนของเสียงดนตรีนั้น และง่ายต่อจัดเก็บ ทั้งสะดวกในการพิจารณา ซึ่งแนวทางปฏิบัตินี้ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา และกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (EU)

3. กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง จะต้องนำเสียงที่ขอจดทะเบียนไปจำลองออกมาเป็นกราฟคลื่นเสียง (sonagram) ไม่ว่าเสียงๆ นั้นจะเป็นเสียงอะไร รวมทั้งต้องนำเสียงที่ขอจดทะเบียนไปทำการบันทึกลงเทป หรือซีดี หรือสิ่งใดก็ได้ที่มีลักษณะคล้ายกันส่งมาพร้อมกับใบกราฟคลื่นเสียง (sonogram) ต่อพนักงานเครื่องหมายการค้า ซึ่งแนวทางปฏิบัตินี้ใช้ในประเทศเยอรมัน และกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (EU)

การเสนอกาฟฟิคของเสียงในแต่ละแนวทางดังกล่าวมีทั้งข้อดีและข้อเสียในตัวของมันเอง ดังนี้

1. การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง โดยวิธีการบันทึกเสียงที่ขอจดทะเบียนลงในเทป 3 คลิป ตามแนวทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีข้อดี คือ ความสะดวกและประหยัดเป็นการง่ายต่อผู้ขอจดทะเบียน ส่วนการจัดเก็บตัวอย่างเสียงโดยวิธีการบันทึกเสียงลงในเทป 3 คลิปไว้ที่สำนักงานเครื่องหมายการค้า นั้น มีข้อเสีย เพราะเป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงความเหมือนหรือคล้าย เนื่องจากหูของคนเราแต่ละคนย่อมไม่เหมือนกัน การรับฟังอาจจะไม่เหมือนหรือเท่าเทียมกันเกิดความไม่แน่นอนของในชั้นเจ้าพนักงานเครื่องหมายการค้า รวมทั้งในชั้นคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าและศาล เมื่อฟังเสียงแล้วอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันได้ก็จะเกิดปัญหาเดียวกันกับการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ซึ่งไม่มีความแน่นอนในเรื่องความเหมือนคล้าย ข้อเสียอีกประการหนึ่ง คือความเสื่อมของเทปตามอุณหภูมิที่สูงหรือต่ำผิดปกติ ซึ่งอาจทำให้เทปยืดหรือหดตัวได้ ทั้งอายุการให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีอายุ 10 ปีนับแต่จดทะเบียนและสามารถต่อไปได้เรื่อยๆ จนกว่าผู้ขอจดทะเบียนจะไม่ทำการต่ออายุเครื่องหมายการค้าซึ่งในบางกรณีถ้าผู้ขอจดทะเบียนอาจทำการต่ออายุเครื่องหมายการค้าไปเรื่อยๆ เครื่องหมายการค้านั้นอาจจะมีอายุกว่า 100 ปี ถ้าทำการจดทะเบียนเครื่องหมายเสียงด้วยวิธีการบันทึกเทปเสียง ย่อมเห็นได้ว่าคุณภาพของเทปไม่มีทางที่จะคงสภาพเดิมได้อย่างแน่แท้ เมื่อเนื้อเทป

เปลี่ยนแปลงไปจะทำให้เสียงแตกต่างไปจากเดิม ซึ่งจะทำให้เสียงที่ขจัดไว้ผิดเพี้ยนไปจากเดิม ถ้าจะให้ทำการบันทึกเสียงใหม่ทุกครั้งที่มีการต่ออายุของเครื่องหมายการค้า ก็อาจมีข้อโต้แย้งว่าเสียงที่ขจัดทะเบียนไว้เดิมกับเสียงที่ทำการบันทึกใหม่เป็นเสียงๆ เดียวกันแน่นอนหรือไม่ เพราะเสียงอาจจะไม่เปลี่ยนแปลงทั้งหมดแต่อาจเปลี่ยนในบางจุดหรือเพียงหนึ่งตัวโน้ตก็จะเป็นการยากที่จะหาข้อแตกต่างได้

2. การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง โดยใช้วิธีเขียนโน้ตดนตรีที่ขจัดทะเบียนออกมา ข้อดี คือ จะเกิดความแน่นอน กล่าวคือ หากเครื่องดนตรีเล่นหรือบรรเลงดนตรีตามตัวโน้ตที่ได้บันทึกไว้ก็จะให้เสียงที่ออกมาเหมือนเดิมทุกครั้ง จึงทำให้เกิดความแน่นอน แต่ข้อเสีย คือ มีข้อจำกัดแค่เสียงทางดนตรีเท่านั้น ส่วนเสียงอื่นๆ ที่ไม่ใช่เสียงดนตรีไม่สามารถเขียนออกมาเป็นตัวโน้ตได้ ทั้งการจดทะเบียนจะต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญทางด้านดนตรีมาให้คำแนะนำในการจดทะเบียน อีกประการหนึ่ง ที่สำนักงานสิทธิบัตรประเทศสวีเดนได้ให้เหตุผลว่า ทางสำนักงานจะปฏิเสธที่จะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงที่ทำการเสนอขอจดทะเบียนด้วยตัวโน้ต เพราะเป็นการยากที่จะให้ประชาชนโดยทั่วไปเข้าใจถึงตัวโน้ตที่เขียนขึ้น อีกทั้งการเขียนโน้ตดนตรีที่ขจัดทะเบียนออกมาก็เป็นการอธิบายอย่างกว้างๆ

3. การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง ด้วยวิธีจำลองเสียงออกมาเป็นกราฟคลื่นเสียง (sonogram) ข้อดี คือ เป็นการจำลองเสียงออกมาในรูปสองมิติที่สามารถให้ความละเอียดอย่างมาก ซึ่งเสียงบ้างเสียงเป็นเสียงที่มีความถี่ต่ำมากจนกระทั่งหูของมนุษย์เราอาจได้ยินขึ้นไปก็ได้ แต่ถ้าจำลองออกมาเป็นกราฟคลื่นเสียง (sonogram) จะให้เกิดความแน่นอนมากที่สุด แต่ข้อเสีย คือ ค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนวิธีนี้จะมีมูลค่าใช้จ่ายสูงกว่าวิธีอื่นอีกสองวิธี ทั้งการอ่านค่ากราฟคลื่นเสียงอย่างเดียวโดยไม่ฟังเสียงที่จะทำการจดทะเบียน ก็จะเป็นการยากที่จะวินิจฉัยเรื่องความเหมือนหรือความคล้ายได้ อีกทั้งถ้ามีการต่ออายุทะเบียนเครื่องหมายการค้าก็จะมีแต่กราฟคลื่นเสียงเก็บไว้ ถ้าฟังการดูแต่กราฟคลื่นเสียงจะไม่มีทางรู้ว่าคลื่นเสียงนี้คือเสียงอะไร ซึ่งในประเทศเยอรมันได้ทำการแก้ปัญหาดังกล่าว โดยกำหนดให้ผู้จดทะเบียนจะต้องยื่นคำร้องขอจดทะเบียนพร้อมเสียงที่ทำการบันทึกในเทปบันทึกเสียง หรือสิ่งใดก็ได้ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันเข้ามาประกอบการพิจารณาด้วยถ้าพิจารณาในรูปการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียงอื่นๆ ที่ไม่ใช่เสียงดนตรีก็จะเป็นวิธีการที่ค่อนข้างละเอียด แต่ถ้าใช้วิธีนี้ในการจดทะเบียนเสียงดนตรีก็จะไม่เหมาะสม เพราะเสียงดนตรีสามารถเขียนออกมาเป็นตัวโน้ต ซึ่งจะทำให้ความแน่นอนมากกว่า กล่าวคือ การใช้เครื่องดนตรีเล่นตามโน้ตดนตรีที่เขียนไว้ หากเล่นถูกต้องจะให้เสียงที่เหมือนเดิมทุกครั้ง ทั้งวิธีการเขียนโน้ตดนตรีก็ประหยัดกว่าการไปจำลองเสียงออกมาเป็นกราฟคลื่นเสียง (sonogram)

## 4.2. วิเคราะห์การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น

กลิ่นได้รับการคุ้มครอง โดยรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1990 ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลังจากนั้นประมาณ 10 ปีเศษ จึงมีการรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในประเทศแถบยุโรป สาเหตุสำคัญประการหนึ่งของกลิ่น ที่จะขอจดทะเบียนได้นั้น ผู้ขอจดทะเบียนจะต้องนำกลิ่นไปประยุกต์ใช้หรือมีการเพิ่มเข้าไปในสินค้าหรือบริการของตน ถ้าพียงกลิ่นที่เป็นสินค้าและไม่มีการนำไปประยุกต์ใช้ ไม่สามารถขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้ เช่น กลิ่นหอมของน้ำหอมที่ขายในสภาพน้ำหอม เพราะน้ำหอมนั้น โดยลักษณะของสินค้าจะให้ความหอมในบริเวณที่ใช้ ดังนั้น ความหอมที่เกิดจากน้ำหอม จึงถือว่าเป็นสินค้าที่ผู้บริโภคมีความประสงค์จะซื้อไป กลิ่นหอมในกรณีนี้ จึงถือเป็นสินค้ามิใช่เครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด เพราะไม่ได้ทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้า แต่ทำหน้าที่เป็นสินค้าเอง จากการศึกษาแนวทางและวิธีปฏิบัติของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลิ่นสรุปได้ ดังนี้

### 4.2.1 การทำหน้าที่เครื่องหมายการค้าของกลิ่น

หน้าที่ของเครื่องหมายการค้ามีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ คือ 1 ทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า 2.ทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้า 3.ทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้า 4.ทำหน้าที่ในการโฆษณา ดังนั้น กลิ่นที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น จะต้องสามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวทั้งสี่ประการได้ด้วย ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 4.2.1.1 การทำหน้าที่บอกความแตกต่างของเครื่องหมายการค้ากลิ่น

การทำหน้าที่บอกความแตกต่างของเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้น มีตัวอย่างของเครื่องหมายการค้ากลิ่น โดยเฉพาะที่ได้รับการจดทะเบียนในต่างประเทศแล้วได้แก่ กลิ่นหอมของดอกกุหลาบที่ได้ทำการประยุกต์ใช้กับยางรถยนต์ ทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้าประเภทยางรถยนต์ กล่าวคือเมื่อผู้บริโภคได้กลิ่นของดอกกุหลาบที่ยางรถยนต์ แม้จะไม่เห็นเครื่องหมายการค้าอื่นก็จะทราบทันทีว่ายางรถยนต์นั้นๆ แตกต่างกับยางรถยนต์ของบริษัทอื่น หรือกลิ่นของหญ้าตัดใหม่ที่ประยุกต์ใช้กับลูกเทนนิส (The smell of fresh cut Grass) เมื่อผู้บริโภคได้กลิ่นของหญ้าตัดใหม่ที่ลูกเทนนิส ก็จะทราบทันทีว่าลูกเทนนิสนั้นแตกต่างจากลูกเทนนิสของบริษัทอื่น หรือกลิ่นเบียร์ที่ประยุกต์ใช้กับปลายลูกดอก (the strong smell of bitter beer applied to flights for

darts) เมื่อผู้บริโภครู้ได้กลิ่นของเบียร์ที่ปลายลูกดอก ก็จะทราบทันทีว่าลูกดอกนั้นแตกต่างจากลูกดอกของบริษัทอื่น เป็นการแสดงให้เห็นถึงการทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการในเครื่องหมายการค้ากลิ่น

#### 4.2.1.2 หน้าทีบอแหล่งที่มาของสินค้าของเครื่องหมายการค้ากลิ่น

การทำหน้าที่บอแหล่งที่มาของสินค้าในเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากการทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า กล่าวคือเมื่อผู้บริโภครู้สามารถบอกความแตกต่างของสินค้าจากเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้ ย่อมมีผลเท่ากับผู้บริโภครู้ได้ทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้านั้นๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น กลิ่นหอมของดอกกุหลาบที่ได้ทำการประยุกต์ใช้กับยางรถยนต์ เมื่อผู้บริโภครู้ได้กลิ่นของดอกกุหลาบที่ยางรถยนต์ โดยไม่เห็นเครื่องหมายการค้าอื่นที่ยางรถยนต์ก็จะทราบทันทีว่ายางรถยนต์นั้นๆ เป็นของบริษัท Sumitomo Rubber Co ผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นดังกล่าวในประเทศอังกฤษ และเป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่นเครื่องหมายแรกที่ได้รับการจดทะเบียน หรือกลิ่นของหญ้าตัดใหม่ที่ประยุกต์ใช้กับลูกเทนนิส (The smell of fresh cut Grass) เมื่อผู้บริโภครู้ได้กลิ่นของหญ้าตัดใหม่ที่ลูกเทนนิส ก็จะทราบทันทีว่าเป็นลูกเทนนิสของ Vennotschap onder Firma senta Aromatic Marketing ผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นดังกล่าวใน OHIM หรือกลิ่นเบียร์ที่ประยุกต์ใช้กับปลายลูกดอก (the strong smell of bitter beer applied to flights for darts) เมื่อผู้บริโภครู้ได้กลิ่นของเบียร์ที่ปลายลูกดอก ก็จะทราบทันทีว่าเป็นลูกดอกของบริษัท Unicorn Products ผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นดังกล่าวในสำนักงานเครื่องหมายการค้าประเทศอังกฤษ (UK Register Office) เครื่องหมายการค้ากลิ่นจึงสามารถทำหน้าที่บอแหล่งที่มาของสินค้าได้

#### 4.2.1.3 หน้าทีประกันคุณภาพของสินค้าของเครื่องหมายการค้ากลิ่น

การทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าในเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้น ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการบอแหล่งที่มาของสินค้านั้นๆ กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภครู้ทราบว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้นๆ เป็นของผู้ประกอบการรายใด ผู้บริโภครู้ย่อมแสวงหาสินค้าที่เหมาะสมกับรสนิยมและฐานะของตนเอง ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดไม่รักษามาตรฐานของตนไว้ก็จะทำให้ผู้บริโภครู้ขาดความเชื่อถือในตัวสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้นๆ และที่สุดก็จะเลิกใช้สินค้านั้นๆ ต่อไป ด้วยความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงดังกล่าวส่งผลถึงความเจริญหรือล้มเหลวของกิจการ

โดยตรง จึงมีสภาพบังคับทางอ้อมให้ผู้ประกอบการจะต้องรักษามาตรฐานการผลิตหรือบริการของตนไว้ให้ได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าในเครื่องหมายการค้ากลั่น

#### 4.2.1.4 หน้าทีโฆษณาของเครื่องหมายการค้ากลั่น

การทำหน้าที่โฆษณาของเครื่องหมายการค้ากลั่นนั้น ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้ากลั่นทั้งสามข้อข้างต้น กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคทราบจากเครื่องหมายการค้ากลั่นว่า สินค้าชิ้นๆ เป็นของผู้ผลิตรายใด และจากการบริโภคก็จะทราบว่าสินค้าที่มีมาตรฐานการผลิตในระดับใด มีคุณภาพอย่างไร อันเป็นการทำหน้าที่โฆษณาของเครื่องหมายการค้ากลั่นไปพร้อมกัน เช่น เมื่อผู้บริโภคได้กลิ่นของดอกกุหลาบที่ยางรถยนต์ และทราบว่าบริษัท Sumitomo Rubber Co หรือ ได้กลิ่นของหญ้าตัดใหม่ที่ลูกเทนนิส (The smell of fresh cut Grass) ก็จะทราบทันทีว่าเป็นลูกเทนนิสของ Vennotschap onder Firma senta Aromatic Marketing หรือ ได้กลิ่นของเบียร์ที่ปลายลูกดอก (the strong smell of bitter beer applied to flights for darts) ก็จะทราบทันทีว่าเป็นลูกดอกของบริษัท Unicorn Products อันเป็นการโฆษณาไปในตัว

#### 4.2.2 การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของกลิ่น

ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ากลิ่น มีอยู่สองประการ คือ ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง กับลักษณะบ่งเฉพาะด้วยการใช้ สำหรับกลิ่นนั้น ตามลักษณะเป็นของเหลวฟุ้งกระจายไปในอากาศ ไม่มีรูปร่างที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา แต่มนุษย์สามารถแยกแยะกลิ่นหนึ่งออกจากอีกกลิ่นหนึ่งได้ อย่างไรก็ตาม กลิ่นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของตัวเอง แต่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้

ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 7 วรรคสาม บัญญัติว่า “ชื่อ คำ หรือข้อความที่ไม่มีลักษณะตาม (1) หรือ (2) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ก็ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ” จากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้โดยอนุโลม ดังนั้น หากกลิ่นนั้นผ่านการใช้ในสินค้าหรือบริการมาระยะเวลาหนึ่งจนเกิดความแพร่หลาย หรือได้มีการโฆษณาเสียงนั้นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานานพอสมควรจนทำให้สาธารณชนทั่วไป รู้จักและเข้าใจว่าสินค้าหรือ

บริการดังกล่าวแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการอื่น กลิ่นนั้นก็เกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้แล้ว

#### 4.2.3 ปัญหาพิจารณาเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย

โดยที่เครื่องหมายการค้ากลิ่นเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่ง ดังนั้น เครื่องหมายการค้ากลิ่นจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายด้วย ปัญหาว่ากลิ่นที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายเป็นอย่างไร เมื่อนำลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 มาพิจารณาเปรียบเทียบกับสภาพของเครื่องหมายกลิ่นแล้ว เห็นว่า อาจนำบทบัญญัติตามมาตรา 8 (9) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามาปรับใช้โดยอนุโลม มีรายละเอียดในการวิเคราะห์ ดังนี้

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน (9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย หากพิจารณาตามความหมายนี้ก็น่าจะหมายความถึง กลิ่นเหม็นเน่าของศพ หรือกลิ่นที่กระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศ ตัวอย่างเช่น

มีการนำเอากลิ่นเหม็นเน่าศพไปประยุกต์ใช้กับบัตรเชิญไปร่วมแต่งงาน หรือแม้แต่จะใช้กับบัตรเชิญไปร่วมงานศพ กลิ่นดังกล่าวจึงเป็นกลิ่นที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ไม่สามารถนำเอามาขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะเป็นกลิ่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย

มีการนำกลิ่นบุหรีไปประยุกต์ใช้กับกลิ่นของหมึกปากกาเพื่อให้คนที่ชอบสูบบุหรีเวลาทำงานได้กลิ่นบุหรีตลอดเวลาที่ได้ทำงาน ซึ่งกลิ่นของบุหรีนั้นเป็นกลิ่นที่ไม่เหมาะสมกับเยาวชนที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์เพราะมีกฎหมายห้ามจำหน่ายบุหรีแก่บุคคลกลุ่มดังกล่าว ถ้ามีการวางออกจำหน่ายแก่ประชาชนโดยทั่วไป กลิ่นนี้ก็ถือว่าเป็นกลิ่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย แต่ถ้ามีข้อกำหนดการจำหน่ายโดยให้สามารถจำหน่ายได้เฉพาะบุคคลที่อายุเกิน 18 ปีบริบูรณ์ก็สามารถกำหนดได้ ไม่ถือเป็นกลิ่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย

กลิ่นของยาเสพติดทุกประเภทที่นำมาประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการ ถือว่าเป็นกลิ่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย

#### 4.2.4 การพิจารณาเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่บุคคลอื่นจดทะเบียนแล้ว

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 13 กำหนดหลักเกณฑ์ความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีการจดทะเบียนไว้แล้ว จากบทบัญญัติดังกล่าว หากนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้ากลิ่น อาจหมายความถึง กลิ่นที่เหมือนหรือคล้ายกับกลิ่นที่มีการจดทะเบียนไว้แล้ว สำหรับประเด็นนี้ยังไม่เกิดปัญหาในสำนักงานเครื่องหมายการค้าที่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น เพราะเป็นระยะแรกที่มีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นยังไม่มีเครื่องหมายการค้ากลิ่นเดิมที่จะต้องนำมาเปรียบเทียบ แต่อย่างไรก็ตาม ต่อไปเมื่อมีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นมากขึ้น ก็จะต้องมีการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่นำมาขอจดทะเบียนใหม่ เหมือนหรือคล้ายกับกลิ่นที่มีการจดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ เนื่องจากการพิจารณาว่ากลิ่นมีความเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ อาจต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญ ทั้งอาจต้องใช้เครื่องมือบางประการช่วยในการเปรียบเทียบ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกันของเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นด้วยตา ซึ่งให้เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้าเป็นผู้พิจารณาแต่เพียงฝ่ายเดียวจึงไม่อาจนำมาใช้ได้ ขอเสนอหลักเกณฑ์บางประการในการพิจารณา เช่น อาจกำหนดให้เจ้าพนักงานเครื่องหมายการค้า หรือผู้เชี่ยวชาญ 3 คนร่วมกันพิสูจน์กลิ่นแล้วลงความเห็นว่ามีกลิ่นเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ ถ้ามีความเห็นเป็นเอกฉันท์ ก็ไม่ต้องพิจารณาในประการอื่น หากมีความเห็นไม่เป็นเอกฉันท์ ก็อาจให้ผู้เชี่ยวชาญทางทางเคมีมาร่วมพิจารณาสูตรทางเคมีของกลิ่นประกอบแล้วลงความเห็นใหม่ อย่างไรก็ตามหากเกิดปัญหาว่าเป็นการยากที่จะหาผู้เชี่ยวชาญทางเคมีมาช่วยในการพิสูจน์ สำนักงานเครื่องหมายการค้าอาจส่งเจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบไปฝึกอบรม เพื่อให้สามารถพิจารณาสูตรทางเคมีเป็นการเฉพาะก็ได้

อนึ่ง การให้เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า หรือผู้เชี่ยวชาญ 3 คนพิสูจน์กลิ่นว่ามีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่นั้น ในกรณีที่มีการนำกลิ่นไปประยุกต์ใช้กับสินค้าบางประเภทที่ไม่เหมาะสมต่อการสูดดมได้โดยตรง เช่น ชุดชั้นในสตรี กางเกงในชายหญิง หรือถุงยางอนามัย อาจจะต้องจัดหาอุปกรณ์อื่นมาช่วยแทนการสูดดมโดยตรง

#### 4.2.5 หลักการเสนอกราฟฟิค (Graphically) ของกลิ่น

ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น ผู้ขอจดทะเบียนจะต้องส่งตัวอย่างเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานเครื่องหมายการค้า ในกรณีเครื่องหมายการค้าเป็นที่เป็นสิ่งที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ก็เพียงแต่ส่งตัวเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมสามารถพิจารณาได้ชัดเจนด้วยสายตา แต่โดยที่กลิ่นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา การส่งเพียงตัวเครื่องหมายการค้ากลิ่นจึงไม่เพียงพอต่อการพิจารณา เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว สำนักงานเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศที่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายกลิ่นว่า ผู้ขอจดทะเบียนจะต้องทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น ในชื่อที่มีลักษณะในการบรรยายกลิ่นที่ขอจดทะเบียน ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้ากลิ่นกุหลาบที่นำเอาไปประยุกต์ใช้กับยางรถยนต์ จะใช้การจดทะเบียนโดยบรรยายลักษณะของกลิ่นว่า (The smell of rose as applied to car tires)<sup>1</sup> เครื่องหมายการค้ากลิ่นเบียร์ที่นำเอาไปประยุกต์ใช้กับปลายลูกดอก จะใช้การจดทะเบียนโดยบรรยายลักษณะของกลิ่นว่า (The strong smell of bitter beer applied to flights for darts)<sup>2</sup> หรือเครื่องหมายการค้ากลิ่นกลิ่นหญ้าตัดใหม่ที่นำเอาไปประยุกต์ใช้กับลูกเทนนิส จะใช้การจดทะเบียนโดยบรรยายลักษณะของกลิ่นว่า “The smell of freshly cut grass” ต่อมาในคดี The ‘Sieckmann’ case and the ECJ’s Judgment of December 12<sup>th</sup> 2002 ได้มีการตั้งคำถามไปยังศาลยุโรป European Court of justice (ECJ) ในประเด็นการเสนอกราฟฟิคของกลิ่น ซึ่งเมื่อศาลได้ทำการวินิจฉัยแล้ว สามารถจำแนกได้ด้วยกันทั้งหมด 4 วิธี ดังนี้

4.2.5.1 การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical formula)

4.2.5.2 การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (A written description)

4.2.5.3 วิธีการฝากตัวอย่างของกลิ่น (Through deposit of a sample of the smell)

4.2.5.4 การใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา (A combination of these methods)

กรณีทั้ง 4 วิธีดังกล่าวอาจวิเคราะห์ข้อดีและข้อเสียในแต่ละวิธีการได้ดังต่อไปนี้

<sup>1</sup> UK registration No.2001416

<sup>2</sup> UK registration No.2000234

#### 4.2.5.1 การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical formula)

ในการแสดงข้อมูลทางเคมีนั้น มีตัวอย่างในการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นก็ได้แก่คดีของ Mr. Sieckmann ที่ได้แยกเป็นสูตรทางเคมี ได้เป็น  $C_9H_5-CH = CHCOOCH_3$  ซึ่งถือว่าเป็นคดีแรกที่มีการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นโดยเสนอกราฟฟิคของกลิ่นในรูป สูตรทางเคมี โดยในการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นเป็นสูตรทางเคมีนั้น มีข้อควรพิจารณาว่า สูตรทางเคมีไม่สามารถเสนอสารของกลิ่นได้ แต่เป็นการเสนอว่าสารนั้นมีธาตุทางเคมีอะไร ประกอบอยู่ด้วย เพียงแต่สูตรทางเคมีไม่สามารถที่จะเข้าถึงตัวของกลิ่นได้ ไม่มีความชัดเจนและความละเอียดพอ ทั้งนี้เพียงกลุ่มนักเคมีวิทยาเท่านั้นที่สามารถจำแนกกลิ่นออกมาเป็นสูตรทางเคมีได้ ประชาชนโดยทั่วไปไม่สามารถเข้าใจสูตรทางเคมีได้

#### 4.2.5.2 การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (A written description)

ในการให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำอธิบายของกลิ่น เป็นการเสนอกลิ่นในรูปของการเสนอทางกราฟฟิควิธีการหนึ่ง ซึ่งในการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นด้วยวิธีการนี้ทาง OHIM ได้ให้คำตัดสินในคดีของ Vennootschap ว่าเป็นการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นโดยใช้วิธีการเขียนคำอธิบายกลิ่น โดยใช้ชื่อว่า “The smell of freshly cut grass” อย่างไรก็ตาม มีข้อควรพิจารณาว่า ถ้าฟังแต่เพียงการให้คำอธิบายกลิ่นด้วยการเขียนคำอธิบายนั้น ไม่มีความชัดเจนและไม่มีความละเอียดพออีกทั้งการให้คำอธิบายด้วยคำอธิบายเป็นสิ่งที่ไม่เป็นรูปธรรม

#### 4.2.5.3 วิธีการฝากตัวอย่างของกลิ่น (Through deposit of a sample of the smell)<sup>3</sup>

การฝากตัวอย่างของกลิ่นไว้นั้น ไม่ถือว่าเป็นการเสนอกลิ่นในรูปของกราฟฟิคตามมาตรา 2 ของ Directive 89/104/EEC ยิ่งกว่านั้น การระเหยของส่วนประกอบของกลิ่นนั้นๆ ทำให้

<sup>3</sup> จาร์ส เซ็นนิล และ พิสม มะลิสุวรรณ. หอมระเหย ศาสตร์แห่งการบำบัด .หน้า 50

ในการเก็บวิธีการรักษากลิ่นหอมนั้น ความเก็บน้ำมันหอมระเหยไว้ในขวดสีน้ำเงินหรือเหลืองอำพันเสมอ มิฉะนั้นน้ำมันหอมระเหยจะเสื่อมคุณภาพเพราะรังสีอุลตราไวโอเล็ต และที่สำคัญห้ามใช้ขวดพลาสติกบรรจุน้ำมัน ควรเก็บน้ำมันหอมระเหยให้พ้นแสงแดด ความร้อนและความชื้น ปิดจุกขวดให้แน่นเสมอ ฝาขวดควรเป็นแบบหมุนเกลียว และปิดให้แน่นหลังใช้ อย่าเปลี่ยนขวดเป็นแบบชนิดที่หยดน้ำมันออกมาได้ เช่น จุกขวดยาหยอดตา เพราะแม้จุกขวดนั้นจะมีรูเล็กเท่าใดก็ตาม น้ำมันหอมระเหยนั้นก็ยังสามารถที่จะระเหยออกมาได้ และอย่าใช้จุกยางเพราะนานวันเข้ายางนั้นจะเสื่อมทำให้เศษยางหล่นไปผสมกับน้ำมันหอมระเหย

กลิ่นนั้นไม่อาจอยู่อย่างมั่นคงถาวร ทั้งไม่มีเสถียรภาพและไม่สามารถเก็บไว้ได้ยาวนาน เพราะนั้นเป็นลักษณะพื้นฐานของกลิ่นที่จะมีการระเหยในตัวของมันเอง ซึ่งเป็นอุปสรรคในการฝากตัวอย่างของกลิ่นไว้

#### 4.2.5.4 การใช้วิธีการทั้งหลายรวมกัน (A combination of these methods)

จากวิธีการทั้งสามวิธีที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่ละวิธีล้วนมีข้อดีและข้อด้อยในตัวของมันเอง ดังนั้น โดยลำพังของแต่ละวิธีที่กล่าวมา ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะเสนอกลิ่นออกมาในรูปแบบของกราฟฟิกได้ การใช้วิธีการทั้งสามวิธีรวมกันเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถแก้ไขข้อด้อยของแต่ละวิธีทั้งเป็นการนำข้อดีของแต่ละวิธีมาใช้ ตัวอย่างเช่น การจดทะเบียนด้วยสูตรทางเคมีประกอบการจัดเก็บด้วยตัวอย่างของกลิ่นและการให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยายของกลิ่น แต่จะทำให้เกิดความยุ่งยากแก่ผู้ตรวจสอบ และเป็นการยากแก่การพิจารณา อีกทั้งจะเกิดค่าใช้จ่ายในขั้นตอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้นสูงกว่าการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าวิธีใดวิธีหนึ่ง

หลังจากมีการพิจารณาคดีของ MR. Sieckmann มีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า ต้องมีการเสนอกราฟฟิกของเครื่องหมายการค้ากลิ่นที่จดทะเบียน และกราฟฟิคนั้นจะต้องมีความชัดเจน แน่นอน ชัดแจ้งในตัวเอง สามารถเข้าใจได้ง่าย เข้าถึงได้โดยง่าย มีความคงทนและมีความเป็นภาวะวิสัย

#### 4.2.6 ความเห็นของเจ้าหน้าที่ในศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (The Advocate General) ในการเสนอกราฟฟิกของกลิ่น

การเสนอกราฟฟิกของเครื่องหมายกลิ่นนั้น เจ้าหน้าที่ในศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (The Advocate General) มีความเห็นว่า แบบของการเสนอในรูปแบบของกราฟฟิก (Graphical representation) เดิมนั้น ไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความแน่ใจด้วยกันถึง 2 ประการ ดังนี้

1. ในการเสนอกราฟฟิคนั้น จะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนที่จะทำให้ผู้ทำการตรวจสอบเข้าใจได้อย่างชัดเจน

2. เครื่องหมายนั้น จะต้องเป็นที่เข้าใจในหมู่ของผู้จดทะเบียน

สำหรับเครื่องหมายที่จะทำการจดทะเบียนภายใต้ มาตรา 2 ของ Harmonisation Directive เครื่องหมายนั้นจะต้องลักษณะบ่งเฉพาะ และสามารถเสนอออกมาในรูปแบบของกราฟฟิก (Graphically) ที่ชัดเจนและแน่นอนซึ่งเป็นที่เข้าใจในหมู่ผู้ผลิตและกลุ่มผู้บริโภคโดยส่วนใหญ่

แต่ไม่ได้คำนึงถึงปัญหาว่า จะอธิบายกลิ่นอย่างไรให้เพียงพอที่จะเกิดความชัดเจนและแน่นอน ดังนั้น ความชัดเจนและแน่นอนจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะให้ผู้ผลิตและผู้บริโภคเข้าใจ ในการอ้างถึงของ ECJ ที่เป็นการตอบคำถามของศาลสิทธิบัตรเยอรมันที่ได้วางแนวทางในการเสนองราฟฟิกของกลิ่น ในรูปของการแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical formula) การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (A written description) ด้วยวิธีการฝากตัวอย่างของกลิ่น (Through deposit of a sample of the smell) การใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา (A combination of these methods) นั้น เจ้าหน้าที่ในศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (The Advocate General) ได้ปฏิเสธการเสนอกลิ้นในรูปของกราฟฟิกทั้ง 4 วิธี

#### 4.3. วิเคราะห์หลักการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ

ปัจจุบันจะยังไม่มีสำนักเครื่องหมายการค้ารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ แต่ก็เชื่อว่ารสชาติจะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าไม่ได้ หากรสชาตินั้นสามารถทำหน้าที่เครื่องหมายการค้าได้ ทั้งโดยสภาพแล้วรสชาตินั้น มีลักษณะใกล้เคียงหรือเทียบเคียงได้กับเรื่องกลิ่น จึงเห็นสมควรนำหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นมาเทียบเคียงกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติโดยอนุโลม ได้ดังนี้

##### 4.3.1 การทำหน้าที่เครื่องหมายการค้าของรสชาติ

หน้าที่ของเครื่องหมายการค้ามีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ คือ 1 ทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า 2. ทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้า 3. ทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้า 4. ทำหน้าที่ในการโฆษณา ดังนั้น รสชาติที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น จะต้องสามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวทั้งสี่ประการได้ด้วย ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

###### 4.3.1.1 หน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้าในเครื่องหมายการค้ารสชาติ

การทำหน้าที่บอกความแตกต่างของเครื่องหมายการค้ารสชาตินั้น ปัจจุบันไม่ปรากฏว่ามีเครื่องหมายการค้ารสชาติใดได้รับการจดทะเบียนในสำนักงานเครื่องหมายการค้าเลย แต่มีสินค้าที่นำรสชาติมาประยุกต์ใช้กับสินค้าของตน เช่น แผ่นยางอนามัย Trustex Dental Dams - Vanilla ใช้สำหรับออร์ธodont โดยเฉพาะ ซึ่งจะทำให้ความรู้สึกถึงความหอมหวานด้วยรสชาติและกลิ่นของวานิลลา หรือแผ่นยางอนามัย Sheer Glyde Dams-Vanilla ใช้สำหรับออร์ธodont โดยเฉพาะ ซึ่งจะทำให้ความรู้สึกถึง

ความหอมหวานด้วยรสชาติและกลิ่นของวานิลลา ผลิตภัณฑ์ทั้งสองรายการดังกล่าวเป็นสินค้าประเภทและชนิดเดียวกัน แต่ผลิตโดยผู้ประกอบการต่างรายกัน แม้จะใช้รสชาติวานิลลาเหมือนกัน แต่ผู้ผลิตทั้งสองรายได้ทำให้มีรสชาติแตกต่างกันจนผู้บริโภคสามารถแยกแยะสินค้าของตนจากสินค้าของผู้อื่นได้ เมื่อผู้บริโภคได้รับรสชาติแล้วจะทำให้ทราบถึงความแตกต่างของผลิตภัณฑ์ (แผ่นออร์ล) ของทั้งสองชนิด อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้าในเครื่องหมายการค้ารสชาติ

#### 4.3.1.2. หน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้าในเครื่องหมายการค้ารสชาติ

การทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้าในเครื่องหมายการค้าชาตินั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากการทำหน้าที่บอกความแตกต่างของสินค้า กล่าวคือเมื่อผู้บริโภคสามารถบอกความแตกต่างของสินค้าจากเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ ย่อมมีผลเท่ากับผู้บริโภคได้ทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้านั้นๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น เมื่อผู้บริโภคได้รับรสชาติจากแผ่นยางอนามัย Trustex Dental Dams – Vanilla ก็จะทราบทันทีว่า ผลิตโดย Line One Laboratories, Inc. (USA) หรือเมื่อผู้บริโภคได้รับรสชาติจากแผ่นยางอนามัย Sheer Glyde Dams-Vanilla ก็จะทราบทันทีว่า ผลิตโดย Exclusive North & South America Agent : GLYDE USA, Inc. GLYDE Health Pty Ltd.<sup>4</sup> เครื่องหมายการค้ารสชาติจึงสามารถทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้าได้

#### 4.3.1.3. หน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าในเครื่องหมายการค้ารสชาติ

การทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าในเครื่องหมายการค้าชาตินั้น ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการบอกแหล่งที่มาของสินค้านั้นๆ กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคทราบว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าชาตินั้นๆ เป็นของผู้ประกอบการรายใด ผู้บริโภคย่อมแสวงหาสินค้าที่เหมาะสมกับรสนิยมและฐานะของตนเอง ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดไม่รักษามาตรฐานของตนไว้ก็จะทำให้ผู้บริโภคขาดความเชื่อถือในตัวสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าชาตินั้นๆ และที่สุดก็จะเลิกใช้สินค้านั้นๆ ต่อไป ด้วยความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงดังกล่าวส่งผลถึงความเจริญหรือล้มเหลวของกิจการโดยตรง จึงมีสภาพบังคับทางอ้อมให้ผู้ประกอบการจะต้องรักษามาตรฐานการผลิตหรือบริการของตนไว้ให้ได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการทำหน้าที่ประกันคุณภาพของสินค้าในเครื่องหมายการค้ารสชาติ

<sup>4</sup> ภูเขาอนามัยประเภทต่างๆ.สืบค้นเมื่อ 14 พฤศจิกายน 2548, จาก [www.comdomthai.com](http://www.comdomthai.com)

#### 4.3.1.4.หน้าที่ในการโฆษณาสินค้าของเครื่องหมายการค้ารสชาติ

การทำหน้าที่โฆษณาของเครื่องหมายการค้าชาตินั้น ก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้ารสชาติทั้งสามข้อข้างต้น กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคทราบจากเครื่องหมายการค้ารสชาติว่า สินค้าต่างๆ เป็นของผู้ผลิตรายใด และจากการบริโภคก็จะทราบว่าสินค้าที่มีมาตรฐานการผลิตในระดับใด มีคุณภาพอย่างไร อันเป็นการทำหน้าที่โฆษณาของเครื่องหมายการค้ารสชาติไปพร้อมกัน เช่น เมื่อผู้บริโภคได้รสชาติของแผ่นยางอนามัยรสชาติ Trustex Dental Dams – Vanilla และทราบว่า เป็นของ Line One Laboratories, Inc. (USA) หรือเมื่อผู้บริโภคได้รสชาติของแผ่นยางอนามัยรสชาติ Sheer Glyde Dams-Vanilla และทราบว่า เป็นของ Exclusive North & South America Agent : GLYDE USA, Inc. GLYDE Health Pty Ltd อันเป็นการโฆษณาสินค้าไปในตัว

#### 4.3.2 การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของรสชาติ

ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าชาตินั้น มีอยู่สองประการ คือ ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง กับลักษณะบ่งเฉพาะด้วยการใช้ สำหรับรสชาตินั้น ตามลักษณะเป็นสิ่งที่รับรู้โดยประสาทลิ้น ไม่มีรูปร่างที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ไม่สามารถอธิบายหรือจำแนกแยกแยะได้โดยละเอียด ด้วยวิธีการพูดหรือการเขียนคำอธิบาย แต่มนุษย์สามารถแยกแยะรสชาติหนึ่งออกจากอีกรสชาติหนึ่งได้ อย่างไรก็ตาม รสชาติไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของตัวเอง แต่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้

ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 7 วรรคสาม บัญญัติว่า “ชื่อ คำ หรือข้อความที่ไม่มีลักษณะตาม (1) หรือ (2) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ก็ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ” จากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติได้โดยอนุโลม ดังนั้น หากรสชาตินั้นผ่านการใช้ในสินค้าหรือบริการมาระยะเวลาหนึ่งจนเกิดความแพร่หลาย หรือได้มีการโฆษณาเสียนั้นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานานพอสมควรจนทำให้สาธารณชนทั่วไป รู้จักและเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการอื่น รสชาตินั้นก็จะเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้แล้ว

#### 4.3.3 ปัญหาพิจารณาเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย

โดยที่เครื่องหมายการค้ารสชาติเป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่ง ดังนั้น เครื่องหมายการค้ารสชาติจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายด้วย ปัญหาว่ารสชาติที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายเป็นอย่างไร เมื่อนำลักษณะต้องห้ามของเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาพิจารณาเปรียบเทียบกับสภาพของเครื่องหมายรสชาติแล้ว เห็นว่า อาจนำบทบัญญัติตามมาตรา 8 (9) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามาใช้โดยอนุโลม มีรายละเอียดในการวิเคราะห์ ดังนี้

เมื่อได้มีการนำรสชาติมาเป็นเครื่องหมายการค้าได้แล้วประเด็นที่จะต้องมีการพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งคือรสชาตินั้นต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติที่ต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งในเรื่องของการพิจารณาเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะไม่ต้องห้ามตามกฎหมายตาม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 ที่จะสามารถนำมาปรับใช้การลักษณะของเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ก็มีดังนี้

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน (9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย หากพิจารณาตามความหมายนี้ก็น่าจะหมายความถึง รสชาติที่ไม่พึงประสงค์ เช่น

รสชาติของเน่า รสชาติของเสีย รสชาติอาเจียน รสชาติอุจจาระ หรือรสชาติของเหลวที่เกิดในขณะมีเพศสัมพันธ์ไม่ว่าจะเป็นของเพศชายหรือหญิง มาประยุกต์ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าหรือบริการ เช่น มีการประยุกต์ใช้รสชาติของของเหลวที่เกิดในขณะมีเพศสัมพันธ์กับถุงยางอนามัย เป็นต้น รสชาติดังกล่าวจึงเป็นรสชาติที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ไม่สามารถนำเอามาขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะเป็นรสชาติที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโยบาย

รสชาติของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทุกประเภทมาประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการ เช่น อาจมีการนำรสชาติของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มาประยุกต์ใช้กับแอสมบี้เมื่อเวลาใช้ลิ้นเลียที่หลังดวงตราจะได้รับรสชาติของแอลกอฮอล์ ซึ่งถ้ามีการวางจำหน่ายแก่สาธารณชนโดยทั่วไปไม่จำกัดอายุ

ของผู้ซื้ออย่างการซื้อเครื่องคั้มแอลกอฮอล์ทั่วไปก็ถือว่าเป็นรสชาติที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโนบาย

รสชาติของยาเสพติดทุกประเภทที่นำมาประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการ ถือว่าเป็นรสชาติที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรัฐประศาสนโนบาย

#### 4.3.4 การพิจารณาเครื่องหมายการค้ารสชาติที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ารสชาติที่บุคคลอื่นจดทะเบียนแล้ว

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 13 กำหนดหลักเกณฑ์ความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีการจดทะเบียนไว้แล้ว จากบทบัญญัติดังกล่าว หากนำมาปรับใช้กับเครื่องหมายการค้ารสชาติ อาจหมายความว่า รสชาติที่เหมือนหรือคล้ายกับรสชาติที่มีการจดทะเบียนไว้แล้ว สำหรับประเด็นนี้ยังไม่เกิดปัญหาในสำนักงานเครื่องหมายการค้าที่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ เพราะขณะนี้ยังไม่มีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ จึงไม่มีเครื่องหมายการค้ารสชาติเดิมที่จะต้องนำมาเปรียบเทียบ แต่อย่างไรก็ตาม ต่อไปเมื่อมีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติมากขึ้น ก็จะต้องมีการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้ารสชาติที่นำมาขอจดทะเบียนใหม่ เหมือนหรือคล้ายกับรสชาติที่มีการจดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ เนื่องจากพิจารณาว่ารสชาติมีความเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ อาจต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญ ทั้งอาจต้องใช้เครื่องมือบางประการช่วยในการเปรียบเทียบ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกันของเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นด้วยตา ซึ่งให้เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้าเป็นผู้พิจารณาแต่เพียงฝ่ายเดียวจึงไม่อาจนำมาใช้ได้ ขอเสนอหลักเกณฑ์บางประการในการพิจารณา เช่น อาจกำหนดให้เจ้าพนักงานเครื่องหมายการค้า หรือผู้เชี่ยวชาญ 3 คนร่วมกันพิสูจน์รสชาติแล้วลงความเห็นว่ามีเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ ถ้ามีความเห็นเป็นเอกฉันท์ ก็ไม่ต้องพิจารณาในประการอื่น หากมีความเห็นไม่เป็นเอกฉันท์ ก็อาจให้ผู้เชี่ยวชาญทางทางเคมีมาร่วมพิจารณาสูตรทางเคมีของรสชาติประกอบแล้วลงความเห็นใหม่ อย่างไรก็ตามหากเกิดปัญหาว่าเป็นการยากที่จะหาผู้เชี่ยวชาญทางเคมีมาช่วยในการพิสูจน์ สำนักงานเครื่องหมายการค้าอาจส่งเจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบ ไปฝึกอบรม เพื่อให้สามารถพิจารณาสูตรทางเคมีเป็นการเฉพาะก็ได้

อนึ่ง การให้เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า หรือผู้เชี่ยวชาญ 3 คนพิสูจน์รสชาติว่ามีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ นั้น ในกรณีที่มีการนำรสชาติไปประยุกต์ใช้กับสินค้าบาง

ประเภทที่ไม่เหมาะสมต่อการชิมได้โดยตรง เช่น ถูยงอนามัย อาจจะต้องจัดหาอุปกรณ์อื่นมาช่วย แทนการชิมโดยตรง

มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า แม้สูตรทางเคมีของรสชาติที่ต่างกันโดยสิ้นเชิง ก็อาจให้ผลที่เหมือนหรือคล้ายกันได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ต้องถือว่ารสชาติดังกล่าวมีความเหมือนหรือคล้ายแล้วโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงสูตรหรือส่วนผสมทางเคมี เพราะการคุมครองเครื่องหมายการค้า ที่จะคุมครองตัวเครื่องหมายการค้า แม้จะมีที่มาต่างกันแต่ผลที่ได้รับออกมาเหมือนหรือคล้ายกันก็ ต้องถือว่ามีความเหมือนหรือคล้ายกันแล้ว เช่น ภาพ แม้ว่าจะเริ่มวาดจากบริเวณที่ต่างกัน หรือ วิธีการวาดแตกต่างกันเพียงใดก็ตาม แต่ถ้าผลคือรูปภาพออกมาเหมือนกันหรือคล้ายกันก็ต้องถือว่าเหมือนหรือคล้ายกันแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการวาด

#### 4.3.5 หลักการการเสนอกราฟฟิค (Graphically) ในรสชาติ

ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น ผู้ขอจดทะเบียนจะต้องส่งตัวอย่าง เครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า ในกรณีเครื่องหมายการค้าที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาที่เพียงแต่ส่งเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมสามารถพิจารณาได้ชัดเจนด้วยสายตา แต่โดยที่รสชาติเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา การส่งเพียง เครื่องหมายการค้ารสชาติเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการพิจารณา อีกประการหนึ่ง การเสนอ กราฟฟิค (Graphically) ของรสชาตินั้นยังหาข้อยุติไม่ได้ ทั้งยังไม่มีสำนักงานเครื่องหมายการค้า ใดๆ วางหลักเกณฑ์ในการเสนอกราฟฟิคของรสชาติ แต่อย่างไรก็ตาม อาจนำหลักเกณฑ์ในการ เสนอกราฟฟิคของกลิ่น มาเป็นหลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติได้ ดังนี้

- 4.3.5.1 การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical formula)
- 4.3.5.2 การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (A written description)
- 4.3.5.3 วิธีการฝากตัวอย่างของรสชาติ (Through deposit of a sample of the taste)
- 4.3.5.4 การใช้วิธีการทั้งสามรวมกัน (A combination of these methods)

##### 4.3.5.1 การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical formula)

การแสดงข้อมูลทางเคมีของรสชาติ นั้น สามารถจำแนกได้ 2 วิธี คือ การผสมกันของ สารเคมี และส่วนผสมของอาหารหรือกระบวนการผลิตในรูปแบบอื่นที่มีใช้ส่วนผสมทางเคมี

## การผสมกันของสารเคมี

สิ่งที่ทำให้เกิดรสชาตินั้น สามารถเห็นได้ทั่วไป มีการใช้วัตถุปรุงแต่งรสอาหาร เช่น บะหมี่กึ่งสำเร็จรูปรสหมูสับตรามามา มีส่วนผสมที่ระบุไว้ในซองเครื่องปรุงดังนี้ 1. ไคโซเดียม 5' ไอโนซิเนต 2. ไคโซเดียม 5' กัวโนเลต ซึ่งมาประกอบกันเป็น (ไคโซเดียมซัคซิเนต)<sup>5</sup> ในการผสมกันทางเคมี ซึ่งเรียกกันว่าวัตถุปรุงแต่งรสอาหารนั้น สามารถทำให้เกิดความแน่นอนในเรื่องรสชาติ กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็บบะหมี่กึ่งสำเร็จรูปรสหมูสับตรามามาของใคร ก็จะทำให้รสชาติเดียวกันหมด เพราะมีส่วนผสมทางเคมีที่ให้ผลอย่างแน่นอน ไม่ว่าจะผลิตไปอีกกี่ปีหากไม่มีการเปลี่ยนแปลงส่วนผสมดังกล่าว ก็ยังคงให้รสชาติเหมือนเดิมตลอด

## ส่วนผสมของอาหารหรือกระบวนการผลิตในรูปแบบอื่นที่มีใช้ส่วนผสมทางเคมี

การผลิตอาหารในรูปแบบอื่นที่มีใช้ส่วนผสมทางเคมี เป็นการก่อกำเนิดรสชาติอีกวิธีหนึ่ง อาจใช้วิธีการจัดเป็นสูตรปรุงรสรสชาติอาหารนั้น เช่น ข้าวผัดสะตอสูตรของหมึกแดง<sup>6</sup> ในกรณีสูตรการปรุงอาหารนั้น แม้จะมีการบรรยายส่วนผสม หรือแม้แต่วิธีการทำไว้ ก็ไม่สามารถทำให้เกิดความแน่นอนได้ กล่าวคือ ส่วนผสมที่ใช้ อาจมีความคาดเคลื่อนได้ เช่น น้ำปลาแต่ละยี่ห้อ ก็มีความเค็มที่ไม่เหมือนกัน วัตถุดิบที่มีความสดแตกต่างกันก็ให้รสชาติที่ไม่เหมือนกัน เป็นต้น นอกจากนี้ แม้จะได้สูตรผสมมาแล้วทำตามขั้นตอนการปรุงทุกประการ แม้จะเป็นการปรุงโดยคนเดียวกันทำก็

<sup>5</sup> ของบะหมี่กึ่งสำเร็จรูป รสหมูสับตรามามา

<sup>6</sup> ข้าวผัดสะตอสูตร

เครื่องปรุง

ข้าวสวย 1 ถ้วย พริกขี้หนู 10 เม็ด กระเทียม 4 กลีบ หอมแดง 2 หัว กะปิ 1 ช้อนชา ปลาแห้งแกะเอาแต่เนื้อ ½ ถ้วย สะตอ ½ ถ้วย น้ำปลา 1 – 2 ช้อนโต๊ะ น้ำตาล 1 ช้อนชา น้ำมันพืช พอประมาณ ต้นหอมซอยพอประมาณ

วิธีทำ

1. โขลก พริกขี้หนู กระเทียม หอมแดง กะปิให้เข้ากันพักไว้
2. นำกระทะตั้งไฟใส่น้ำมันให้ร้อนนำเครื่องที่โขลกไว้ลงไปผัดให้หอมใส่สะตอผัดให้เข้ากัน
3. ใส่ข้าวสวยลงไปผัดคลุกเคล้าให้เข้ากันปรุงรสด้วย น้ำปลา น้ำตาล
4. ใส่ปลาแห้งที่แกะไว้ลงไปผัดให้เข้ากันชิมรสชาติอีกครั้ง
5. ตักข้าวผัดใส่จาน โรยหน้าด้วยต้นหอมซอย

จาก [http://www.mcdang.com/mcdangworld/mwp\\_147.asp](http://www.mcdang.com/mcdangworld/mwp_147.asp)

อาจมีความคาดเคลื่อนได้ สูตรการปรุงอาหารเป็นแต่เพียงการทำให้เกิดรสชาติได้ในลักษณะที่ทำให้เกิดความใกล้เคียงกันเท่านั้น ไม่สามารถทำให้เกิดรสชาติที่ออกมาแน่นอนเหมือนสูตรผสมทางเคมี ที่ให้ความแน่นอนในการเกิดของรสชาติมากกว่า เพราะสูตรผสมทางเคมีไม่มีทางผิดพลาดไปได้ นอกเสียจากมีการผสมในอัตราส่วนที่ผิดเท่านั้น

#### 4.3.5.2 การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (A written description)

การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยายลักษณะของรสชาติ ที่เป็นเครื่องหมายการค้า นั้น มีเครื่องหมายการค้ารสชาติที่นำไปประยุกต์ไปใช้กับสินค้าหรือบริการ ด้วยกัน 2 กรณี คือ The mark consists of an apple applied to the bit for horses ซึ่งยื่น โดย Toyo Boseki KK ในปี 2001 และ The mark consists of the taste of artificial strawberry flavour ซึ่งยื่น โดย Elli Lilly & Company ในปี 2003<sup>7</sup> ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ได้มีการตั้งชื่อของการเอารสชาติไปประยุกต์ไปใช้กับสินค้าหรือบริการ แม้ทั้งสองกรณีจะไม่ได้รับการจดทะเบียนก็ตาม แต่ก็สามารถนำมาเป็นตัวอย่างในการบรรยายลักษณะของรสชาติที่มีการไปประยุกต์ไปใช้กับสินค้าหรือบริการได้ แม้โดยลำพังการแสดงกราฟฟิคในลักษณะนี้ จะไม่เกิดความชัดเจนและแน่นอน เพราะไม่มีทางที่จะสามารถบรรยายลักษณะของรสชาติออกมาในรูปแบบของคำอธิบายได้ อย่างดีที่สุดก็เพียงแต่บรรยายว่าได้มีการนำเอารสชาติอะไรไปประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการได้อย่างไรที่ปรากฏในตัวอย่าง แต่ก็สามารถนำเอาไปประกอบ การแสดงกราฟฟิคในรูปแบบอื่นก็จะช่วยให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนได้และเป็นการง่ายต่อการสร้างความสนใจให้ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการว่าสินค้าหรือบริการนี้ ได้มีการประยุกต์รสชาตินี้ไปใช้กับสินค้าหรือบริการในรูปแบบใด แต่จะเป็นการส่งเสริมให้ลูกค้าเลือกซื้อสินค้าที่กระบวนการผลิตมากกว่าที่จะเป็นการเลือกซื้อในคุณภาพของตัวสินค้านั้น

#### 4.3.5.3 วิธีการฝากตัวอย่างของรสชาติ (Through deposit of a sample of the taste)

หากนำหลักเกณฑ์การฝากตัวอย่างของกลิ่น ที่ไม่ถือว่าเป็นการเสนอกลิ่นในรูปแบบของกราฟฟิคตาม มาตรา 2 ของ Directive 89/104/EEC มาพิจารณาประกอบแล้ว การฝากตัวอย่างของรสชาติ นั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการเสนอกลิ่นในรูปแบบของกราฟฟิคตาม มาตรา 2 ของ Directive 89/104/EEC เช่นกัน ยิ่งกว่านั้น ส่วนประกอบที่ทำให้เกิดรสชาติ นั้นๆ ไม่อาจอยู่อย่างมั่นคงถาวร ทั้งไม่มีเสถียรภาพและไม่สามารถเก็บไว้ได้ยาวนาน ซึ่งเป็นอุปสรรคในการฝากตัวอย่างของรสชาติ

<sup>7</sup> R120/2001-2-The Taste of Artificial Strawberry flavour (Gustatory mark)

กล่าวคือ ในกรณีรสชาตินั้นเป็นรสชาติของอาหาร ก็จะมีการเนาหรือเสียหายได้ ไม่สามารถเก็บรสชาตินั้นไว้ได้นาน แต่ถ้าเป็นรสชาติที่ทำการสังเคราะห์ขึ้นจากส่วนผสมทางเคมี เช่น เครื่องปรุงของขนมปังสำเร็จรูปยี่ห้อต่างๆ ก็สามารถทำการจัดเก็บไว้ได้นานกว่า แต่ก็เก็บไว้ได้เพียงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น การฝากตัวอย่างของเครื่องหมายการค้ารสชาติไว้จึงไม่ควรถือเป็นการแสดงกราฟฟิค อย่างไรก็ตาม อาจหาวิธีการอื่นมาแทนการฝากตัวของรสชาติโดยตรง เช่น การจัดเก็บในรูปแบบวิธีการผลิตรสชาตินั้น เทียบเคียงได้กับวิธีการจัดเก็บเครื่องหมายการค้าเสียงซึ่งแต่ละสำนักงานเครื่องหมายการค้าก็มีวิธีการที่แตกต่างกัน อย่างเช่นการจัดเก็บตัวโน้ตดนตรี โดยไม่ได้มีการบันทึกเสียงที่จะจดทะเบียนไว้ เพราะเห็นว่าเพียงแค่ตัวโน้ตดนตรีก็เพียงพอที่จะให้เกิดความแน่นอนได้แล้ว ดังนั้น รสชาติก็อาจจะฝากวิธีการผลิตรสชาติไว้ที่สำนักงานเครื่องหมายการค้าแทนที่จะฝากตัวรสชาติจริงก็ได้ เพราะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการฝากเครื่องหมายการค้าแล้ว กล่าวคือ การฝากตัวอย่างเครื่องหมายการค้าก็เพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าเครื่องหมายค้านั้นมีลักษณะหรือรูปแบบใด จะได้นำไปประกอบการพิจารณาเรื่องความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้า และเพื่อให้เกิดความแน่นอนแก่ประชาชนทั่วไปว่าใครคือเจ้าของในตัวเครื่องหมายการค้าใด

#### 4.3.5.4 การใช้วิธีการทั้งหลายรวมกัน (A combination of these methods)

จากวิธีการทั้งสามวิธีที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่ละวิธีล้วนมีข้อดีและข้อด้อยในตัวของมันเอง ดังนั้น โดยลำพังของแต่ละวิธีที่กล่าวมา ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะเสนอรสชาติออกมาในรูปแบบของกราฟฟิคได้ การใช้วิธีการทั้งสามวิธีรวมกันเป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถแก้ไขข้อด้อยของแต่ละวิธีทั้งเป็นการนำข้อดีของแต่ละวิธีมาใช้ ตัวอย่างเช่น ในการเสนอข้อมูลทางเคมีนั้นแม้สูตรปรุงอาหารจะไม่สามารถให้ความแน่นอนได้ แต่ในส่วนผสมทางเคมีย่อมสร้างความแน่นอนในตัวรสชาตินั้นได้ ดังนั้น วิธีการที่จะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าชาตินี้ควรจะใช้วิธีให้ผู้จดทะเบียนเสนอสูตรทางเคมี เพราะสามารถให้ความแน่นอนในตัวรสชาตินั้นได้ ซึ่งถ้าจะใช้แต่เพียงสูตรทางเคมีอย่างเดียวย่อมไม่สามารถให้ผู้บริโภค หรือผู้ใช้บริการเข้าใจในตัวสูตรเคมีได้ ซึ่งนั่นหาใช่สาระสำคัญไม่ สาระสำคัญของการใช้สูตรเคมีก็เพื่อสร้างความแน่นอนของการกำเนิดของรสชาตินั้นเพื่อไปพิจารณาปัญหาเรื่องความเหมือนคล้ายของตัวเครื่องหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติก็จะต้องมีผู้เชี่ยวชาญทางเคมีในเรื่องรสชาติมาร่วมพิจารณา โดยไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องจะเข้าใจในตัวสูตรทางเคมีนั้นหรือไม่ ในประเด็นที่จะให้ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการเข้าใจในตัวเครื่องหมายนั้นจะต้องประกอบด้วยวิธีที่ 2 คือวิธีการเขียนคำบรรยายในตัวรสชาติว่ารสชาตินั้นเป็นรสชาติอะไร และใช้กับสินค้าหรือบริการใด เช่น อาจจะมีการจดทะเบียนคำว่า รสชาติมินท์ที่ประยุกต์ใช้กับลูกเทนนิสสำหรับสุนัข (Tennis balls with mint flavour for dog) ก็จะให้ผู้บริโภค

หรือผู้ใช้บริการทราบได้ว่าสินค้าหรือบริการนั้น มีเครื่องหมายการค้าหรือสิทธิบัตรประกอบอยู่ด้วย ประเด็นต่อมา การจัดเก็บตัวอย่างของเครื่องหมายการค้านั้น เป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพราะการจัดเก็บตัวอย่างเครื่องหมายการค้าเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการค้นหาของผู้ที่จะทำการจดทะเบียนต่อไปในภายหน้า เพื่อใช้ในการตรวจสอบความเหมือนหรือคล้ายเครื่องหมายการค้าที่มีการรับจดทะเบียนแล้ว ในเรื่องเครื่องหมายการค้าหรือสิทธิบัตรก็ไม่มีข้อยกเว้น วิธีการจัดเก็บตัวอย่างของรสนชาตินั้น โดยสภาพของตัวรสนชาติย่อมมีการเปลี่ยนแปลงเร็วเพราะเป็นสิ่งที่มีการนำเสียนง่าย หรือในกรณีที่เป็นส่วนผสมทางเคมีการเก็บตัวอย่างไว้เป็นระยะเวลาจนถึง 10 ปีตามระยะเวลาที่ให้การคุ้มครองตัวเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นการพ้นวิสัยที่จะกระทำได้ เมื่อเป็นเช่นนั้น ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำการจัดเก็บตัวอย่างเครื่องหมายการค้ารสนชาตินั้นๆ ไว้โดยตรง กล่าวคือ สามารถจัดเก็บกระบวนการหรือวิธีการผลิตของตัวรสนชาตินั้น โดยวางข้อกำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนทำการพิสูจน์ว่ากระบวนการหรือวิธีการดังกล่าว ถ้าทำตามขั้นตอนทุกประการจะให้ รสนชาติเหมือนเดิมทุกประการ สำนักงานเครื่องหมายการค้าก็สามารถจัดเก็บกระบวนการหรือ วิธีการผลิตของตัวรสนชาตินั้นแทนที่จะเป็นตัวรสนชาติที่เป็นเครื่องหมายการค้า เมื่อเกิดปัญหาในการพิจารณาเรื่องความเหมือนคล้ายในตัวรสนชาตินั้น ก็ให้ทางสำนักงานเครื่องหมายการค้ากับผู้เป็นเจ้าของตัวเครื่องหมายการค้ามาทำการผลิตรสนชาตินั้น แล้วพิจารณาความเหมือนหรือคล้ายกันต่อไป และในกรณีที่รสนชาตินั้นเป็นส่วนผสมทางเคมีก็อาจไม่ต้องทำการผลิตแต่อาจจะให้ผู้เชี่ยวชาญทางเคมีนำส่วนผสมทางเคมีมาทำการพิสูจน์ ตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์แล้วให้ความเห็นก็ได้ เมื่อรวมทั้งสามวิธีเข้าด้วยกันแล้วก็สามารถที่จะสร้างความแน่นอนให้กับรสนชาติที่จะขอจดทะเบียนได้ แต่จะทำให้เกิดความยุ่งยากแก่ผู้ตรวจสอบ และเป็นการยากแก่การพิจารณา อีกทั้งจะเกิดค่าใช้จ่ายในขั้นตอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสนชาตินั้น สูงกว่าการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าวิธีใดวิธีหนึ่ง