

บทที่ 5

ข้อสรุปและข้อเสนอแนะการคุ้มครองเครื่องหมาย เสียง กลิ่น รสชาติ วิธีปฏิบัติและปัญหาในการจดทะเบียน

การคุ้มครองเครื่องหมาย เสียง กลิ่น รสชาติ หรือการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ดังกล่าว นอกจากจะต้องนำหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่กำหนดไว้สำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่มาใช้บังคับแล้ว ยังจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติ เป็นการเฉพาะของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวแต่ละประเภทอีกด้วย โดยมีข้อสรุปการจดทะเบียน วิธีปฏิบัติ และปัญหาในการจดทะเบียน ดังนี้

5.1 ข้อสรุปการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเสียง

เครื่องหมายเสียงที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเสียงได้นั้น ผู้จดทะเบียนจะต้องทำการพิสูจน์ ดังนี้

1. มีการใช้หรือมีเจตนาใช้เครื่องหมายเสียงนั้น อย่างเครื่องหมายการค้า
2. เครื่องหมายการค้าเสียงนั้น จะต้องไม่ใช่ตัวสินค้าเอง กล่าวคือจะต้องไม่เป็นองค์ประกอบของสินค้า เพียงแต่มีการนำไปประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการเท่านั้น
3. เครื่องหมายการค้าเสียงนั้น จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะที่ไม่ใช่สิ่งสามัญทั้งโดยสภาพหรือการใช้

ปัจจุบันประเทศไทยมีการใช้เสียงทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าเสียง ได้แก่ เพลงของรถขายไอศกรีมวอลล์ เสียงเพลงของรถขายไอศกรีมยี่ห้ออื่น รวมทั้งเสียงของเครื่องเล่น Plays station 1 ในส่วนที่นำมาใช้เป็นเครื่องหมายบริการ ได้แก่ เสียงเพลงไตเติ้ลของรายการโทรทัศน์ต่างๆ เช่น รายการข่าวไม่ว่าจะเป็นสถานีโทรทัศน์ช่อง ITV ช่อง 3 ช่อง 5 ช่อง 7 ช่อง 9 หรือช่อง 11

รายการถึงลูกถึงคน รายการเกมเศรษฐี รายการแฟนพันธุ์แท้ รายการเกมโชว์ต่างๆ เป็นต้น จากตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยมีการใช้เสียงเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการมานานแล้ว แต่กฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย ยังไม่เปิดช่องให้มีการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการได้

เสียงโดยทั่วไปจำแนกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ เสียงดนตรี และเสียงอื่นที่ไม่ใช่เสียงดนตรี ด้วยความแตกต่างของเสียงทั้งสองประเภท ทำให้หลักเกณฑ์ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของเสียงทั้งสองประเภทต่างกันไปด้วย ดังนี้

การขอจดทะเบียนเสียงดนตรีนั้น ควรกำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนแสดงแผนภูมิตัวโน้ตดนตรีออกมา พร้อมทั้งส่งตัวอย่างของเครื่องหมายเสียง (รายละเอียดการส่งตัวอย่างของเครื่องหมายเสียงปรากฏอยู่ในวิธีการขอจดทะเบียนเสียงอื่นที่ไม่ใช่เสียงดนตรี) เหตุผลที่ต้องให้แสดงแผนภูมิตัวโน้ตดนตรีออกมาก็เพราะว่า การที่จะแสดงออกหรือการจำแนกเสียงดนตรีนั้น ไม่มีวิธีใดดีไปกว่าการจัดทำแผนภูมิตัวโน้ตดนตรี แม้วิธีนี้จะมีความเห็นว่า ประชาชนโดยทั่วไปไม่สามารถเข้าใจโน้ตดนตรีได้ก็ตาม แต่วัตถุประสงค์หลักที่กำหนดให้จัดทำแผนภูมิตัวโน้ตดนตรีก็เพราะต้องการเสียงดนตรีที่เกิดจากการเล่นดนตรีตามแผนภูมิตัวโน้ตดนตรี แผนภูมิตัวโน้ตดนตรีเพียงแต่เป็นตัวกำกับเสียงดนตรีว่าเสียงดนตรีนั้นๆ เป็นเสียงโน้ตใดคีย์ใด มากกว่าที่จะให้ประชาชนเข้าใจว่าเสียงดนตรีนี้มีคีย์หรือโน้ตตัวอย่างใด นอกจากนี้ การบันทึกหรือการจัดทำตัวโน้ตดนตรีนั้น ได้มีการพัฒนามาร่วม 1,000 ปีจนเกิดความแน่นอน ตัวอย่างเช่น บีโทเฟิน (BEETHOVEN) นักประพันธ์เพลงชื่อดัง ได้ทำการประพันธ์เพลง Symphony No.5 และแสดงเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ.1808 ปัจจุบันแม้กาลเวลาจะผ่านมาร่วม 200 ปีแล้ว แต่นักดนตรีรุ่นหลังก็สามารถนำเอาโน้ตดนตรีของเพลงดังกล่าวมาแสดงแล้วให้เสียงและท่วงทำนองเหมือนเดิม ซึ่งเป็นข้อพิสูจน์ประการหนึ่งว่า หากทำการจำแนกเสียงดนตรีออกมาเป็นตัวโน้ตแล้ว จะทำให้เกิดความแน่นอนมากกว่าการจำแนกเสียงดนตรีออกมาเป็นกราฟคลื่นเสียง (Sonogram) ส่วนที่กำหนดให้ส่งตัวอย่างของเครื่องหมายเสียงด้วยนั้น ก็เพื่อจะได้ทราบว่าเครื่องหมายเสียงที่ขอจดทะเบียนมีเสียงเป็นอย่างไร อนึ่ง ควรกำหนดให้ผู้รับจดทะเบียนมีหน้าที่ตรวจสอบว่าเสียงดนตรีที่เกิดจากการเล่นดนตรีตามแผนภูมิตัวโน้ตดนตรีกับตัวอย่างของเครื่องหมายเสียงที่จัดส่งมา ตรงกันหรือไม่ หากไม่ตรงกันก็ไม่ควรรับจดทะเบียน

การขอจดทะเบียนเสียงอื่นที่ไม่ใช่เสียงดนตรี เช่น เสียงพูด หรือเสียงร้องของมนุษย์ หรือเสียงที่เกิดจากสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ไม่สามารถจำแนกออกมาเป็นตัวโน้ตดนตรีได้นั้น ควรกำหนดให้ ผู้ขอจดทะเบียนส่งตัวอย่างของเครื่องหมายเสียง โดยทำการบันทึกเสียงลงในแผ่นซีดีจำนวน 3 แผ่น พร้อมทั้งให้ส่งการจำลองกราฟคลื่นเสียง (Sonogram) เหตุผลที่ต้องให้ทำการบันทึกเสียงลงในแผ่นซีดีก็เพราะว่า การบันทึกเสียงลงในเทปนั้นในปัจจุบันนับว่าล้าสมัยแล้ว และโดยสภาพของเทป เสียงก็เพราะบางไม่คงทนมีการเปลี่ยนแปลงง่ายไม่ว่าจะเป็นการขยายตัวหรือหดตัว จึงอาจทำให้ เสียงที่มีการบันทึกไว้ผิดเพี้ยนไปจากเดิมได้ง่าย ทั้งหมดโน้ตในในปัจจุบันสามารถทำการบันทึกเสียง ลงในแผ่นซีดี โดยเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการจัดเก็บด้วยวิธีบันทึกเสียงลงเทป และสามารถทำการ จัดเก็บได้นานกว่าและสะดวกกว่า แต่อย่างไรก็ตาม ต้องไม่ใช่เสียงที่ทำการบันทึกมาในรูปแบบของ MP3 เพราะเสียงที่บันทึกในระบบ MP3 จะมีการบีบอัดข้อมูล ทำให้ไม่สามารถบันทึกรายละเอียด ของเสียงทั้งหมดได้ เมื่อนำมาแสดงใหม่จะได้เพียงแต่เสียงที่คล้ายเสียงเดิม แต่ไม่เหมือนเดิมทุก ประการ จึงไม่เหมาะที่จะเก็บตัวอย่างเสียงด้วยวิธีนี้ สำหรับเหตุผลที่ต้องส่งการจำลองกราฟคลื่น เสียง (Sonogram) ด้วย ก็เพื่อใช้ในการพิสูจน์เรื่องความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายเสียง กล่าวคือ เมื่อต้องการทราบว่าเครื่องหมายเสียงที่จดทะเบียนไว้นั้น มีความเหมือนหรือคล้ายกับ เครื่องหมายเสียงอีกอันหนึ่งหรือไม่ จะต้องนำเครื่องหมายเสียงที่บันทึกไว้มาเปิดฟังเปรียบเทียบ หากฟังแล้วไม่สามารถหาข้อยุติได้ เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า หรือคณะกรรมการเครื่องหมาย การค้า หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญา ก็อาจนำเอาแผ่นจำลองกราฟคลื่นเสียง (Sonogram) มา ประกอบการพิจารณาได้

5.2 ข้อสรุปการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าคลื่น

คลื่นที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าคลื่นได้นั้น ผู้ขอจดทะเบียน จะต้องทำการพิสูจน์ ดังนี้

1. มีการใช้หรือมีเจตนาใช้เครื่องหมายคลื่นนั้น อย่างเครื่องหมายการค้า
2. เครื่องหมายการค้าคลื่นนั้น จะต้องไม่ใช่ตัวสินค้าเอง กล่าวคือจะต้องไม่เป็น องค์ประกอบของสินค้า เพียงแต่มีการนำไปประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการเท่านั้น
3. เครื่องหมายการค้าคลื่นนั้น จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะที่ไม่ใช่สิ่งสามัญทั้งโดยสภาพ หรือการใช้

ปัจจุบันประเทศไทยมีการใช้กลิ่นทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้ากลิ่น ได้แก่ กลิ่นแป้งปั้นของสถาบันเด็กมุลินนิเด็ก¹ ซึ่งมีด้วยกันทั้งหมด 11 สี 11 กลิ่น ดังนี้ 1. สีแดง กลิ่นสละ 2. สีเขียว กลิ่นใบเตย 3. สีน้ำเงิน กลิ่นมะนาว 4. สีเหลือง กลิ่นกล้วยหอม 5. สีส้ม กลิ่นส้ม 6. สีขาว กลิ่นมะลิ 7. สีม่วง กลิ่นองุ่น 8. สีฟ้า กลิ่นผลไม้รวม 9. สีชมพู กลิ่นสตรอเบอร์รี่ 10. สีน้ำตาล กลิ่นช็อกโกแลต 11. สีม่วงออร์คิด กลิ่นบลูเบอร์รี่

ส่วนกลิ่นที่มีการประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการอื่น ได้แก่ กลิ่นของสตรอเบอร์รี่ที่ประยุกต์ใช้กับถุงยางอนามัย กลิ่นบลูเบอร์รี่ที่ประยุกต์ใช้กับถุงยางอนามัย กลิ่นช็อกโกแลต ที่ประยุกต์ใช้กับถุงยางอนามัย กลิ่นกล้วยหอมที่ประยุกต์ใช้กับถุงยางอนามัย กลิ่นหอมที่ประยุกต์ใช้กับกระดาษเขียนจดหมาย กลิ่นหอมของน้ำหมักในปากกาถูกลิ่น เป็นต้น จากตัวอย่างดังกล่าวทำให้เห็นว่าในประเทศไทยมีการนำกลิ่นมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าด้วยกันหลายกลิ่น แต่กฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย ยังไม่เปิดช่องให้มีการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

ในส่วนของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น ควรกำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนจะต้องทำการเสนอเครื่องหมายกลิ่นออกมาในรูปแบบกราฟฟิก (Graphically) ด้วยการใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา (A combination of these methods) อันประกอบด้วย การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical formula) การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (A written description) และด้วยวิธีการฝากตัวอย่างของกลิ่น (Through deposit of a sample of the smell) ด้วยวิธีการดังกล่าวจะทำให้สามารถเสนอกลิ่นออกมาในรูปแบบของ graphically ได้ แต่อาจมีการโต้แย้งว่า วิธีการนี้มีค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนสูง และจะเกิดความยุ่งยากแก่เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า ทั้งยังไม่แน่ว่าจะเกิดความชัดเจนจนถึงขนาดให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องเข้าใจในกลิ่นนั้นๆ ได้ แต่เหตุผลดังกล่าวจะยกมาเป็นข้ออ้างเพื่อปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหาควรไม่ กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญานิดหนึ่งนั้น บางเครื่องหมายมีมูลค่าสูงมาก เช่น มูลค่าของเครื่องหมายการค้า Coca Cola นั้นมีมูลค่าของเครื่องหมายการค้ามากกว่าตัวสินค้าด้วยซ้ำ ดังนั้นเมื่อผู้ขอจดทะเบียนได้กระทำการวิจัยและพัฒนากลิ่นจนสามารถทำให้กลิ่นนั้นๆ สามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าได้ ทางภาครัฐจะปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนโดยอ้างเหตุผลแต่เพียงประการ

¹ส่วนประกอบของแป้งปั้นสีบคั้นเมื่อ 25 ธันวาคม 2548 จาก <http://www.childthai.org/playdough/a001141.htm>

เดี๋ยวว่าจะเกิดความยุ่งยากนั้น ถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธที่ไม่สมควรและขาดความยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง

การเสนอกลับเป็นเครื่องหมายการค้า นั้น จะต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางด้านเคมีมาช่วยแสดงความคิดเห็นประกอบการพิจารณา ดังนั้น สำนักงานเครื่องหมายการค้า จำเป็นที่จะต้องจัดหา นักเคมีมาเป็นเจ้าหน้าที่วิเคราะห์เครื่องหมายการค้ากลับ แต่ในระยะแรกอาจไม่มีผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลับเลยก็ได้ หรืออาจจะมีเพียงไม่กี่เครื่องหมาย การจัดหา นักเคมีมาทำงานประจำจะทำให้รัฐต้องสูญเสียเงินค่าจ้างหรือเงินเดือนให้แก่ นักเคมีไปโดยเปล่าประโยชน์ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าววิธีหนึ่ง อาจกระทำได้โดยทำบัญชีรายชื่อ นักเคมีที่มีความเชี่ยวชาญในด้านกลับตามความสมัครใจไว้ เมื่อมีผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลับ สำนักงานเครื่องหมายการค้าเพียงแต่ทำการติดต่อกับนักเคมีตามบัญชีรายชื่อในทะเบียน ให้มาร่วมพิจารณาเครื่องหมายกลับนั้นๆ และจะต้องกำหนดค่าตอบแทนให้แก่ นักเคมีตามความเหมาะสมในอัตราที่กำหนดไว้ โดยให้ผู้ขอจดทะเบียนเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้

สำหรับหน้าที่ของนักเคมีนั้น อาจกำหนดให้ทำการพิจารณาในเรื่องของการนำเสนอกลับด้วยการแสดงสูตรทางเคมี หรือการจัดเก็บกลับ การวิเคราะห์กลับที่ได้ทำการยื่นขอจดทะเบียน ส่วนหน้าที่ในการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ากลับนั้น ควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า หรือคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญา นักเคมีเป็นแต่เพียงผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเท่านั้น และเป็นผู้ให้ความเห็นในเรื่องทางวิทยาศาสตร์ต่อเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า หรือต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า หรือต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาด้วย เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องของการเสนอกลับในรูปของกราฟฟิคให้เกิดความชัดเจนและแน่นอน

ส่วนระยะเวลาในการให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลับที่รับจดทะเบียนนั้น ไม่น่าจะกำหนดให้มีระยะเวลาเท่ากับเครื่องหมายการค้าทั่วไป คือ 10 ปี ด้วยเหตุผลว่าสภาพของกลับนั้น มีลักษณะเป็นของเหลวที่ระเหยมีการฟุ้งกระจายได้ ถ้าให้เครื่องหมายการค้ากลับมีระยะเวลาในการให้คุ้มครองถึง 10 ปี การจัดเก็บตัวอย่างของกลับ แม้จะทำดีเพียงใดแต่ระยะเวลาที่ยาวนานถึง 10 ปี อาจจะทำให้กลับนั้นมีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมได้ จึงเสนอให้มีระยะเวลาการคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลับเพียง 5 ปี นับแต่วันที่รับจดทะเบียน และสามารถจดทะเบียนต่อไปได้เรื่อยๆ เหมือนเครื่องหมายการค้าทั่วไป ถ้าจะมีการต่ออายุการคุ้มครองเครื่องหมายการค้ากลับผู้ยื่นคำขอ จะต้องส่งตัวอย่างกลับนั้นใหม่ และต้องพิสูจน์ต่อเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้าว่ากลับที่มายื่นใหม่

นั้น เป็นกลิ่นเดิมกับที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว ในเรื่องนี้โดยหลักการแล้วเชื่อว่า ผู้จดทะเบียนจะไม่ทำการเปลี่ยนกลิ่น เพราะกลิ่นนั้นถือเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีการใช้มาแล้วจนประชาชนเกิดความคุ้นเคยกับกลิ่นนั้นเป็นอย่างดี แต่ที่ให้ผู้ทำการพิสูจน์นั้น เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่ากลิ่นที่จดทะเบียนก่อนหน้านี้นั้นกับกลิ่นที่มาขอให้การคุ้มครองต่อนั้น เป็นกลิ่นเดียวกันเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าเท่านั้น

หลักการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่น มีสินค้าและบริการจำนวนมากที่มีกลิ่นเป็นสิ่งที่ดึงดูดความสนใจของลูกค้าหรือใช้บริการ เช่น กลิ่นหอมของน้ำหอมปากกาที่เรียกว่าปากกาหอม กลิ่นหอมของซองจดหมาย กลิ่นหอมที่ประยุกต์ใช้กับยาจุดกันยุง รวมทั้งในเครื่องบินโดยสาร Singapore Airline ได้ใช้กลิ่นที่คิดค้นชื่อว่า “Stefan Floridian Water Aroma” ในช่วง ค.ศ.1990 และได้ใช้กลิ่นนี้เป็นน้ำหอมให้กับแอร์โฮสเตสของสายการบินนี้ทุกคน ตลอดจนนำกลิ่นนี้ใส่ในผ้าเช็ดมือ รวมทั้งปล่อยกลิ่นดังกล่าวผ่านช่องแอร์เบาๆ ให้ผู้โดยสารรู้สึกผ่อนคลายตลอดการเดินทาง เป็นต้น

สำหรับกลิ่นที่สามารถนำมาจดทะเบียนได้นั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงความชัดเจนในความมีลักษณะบ่งเฉพาะ อีกทั้งผู้จดทะเบียนนั้นจะต้องทำการพิสูจน์ดังนี้

1. เครื่องหมายนั้นจะต้องใช้หรือมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายนั้นอย่างเครื่องหมายการค้า
2. กลิ่นนั้นจะต้องไม่ใช่กลิ่นที่เกิดจากสินค้าหรือบริการ แต่จะต้องเป็นการเพิ่มกลิ่นนั้นหรือมีการนำไปรวมหรือประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการ โดยผู้จดทะเบียน
3. ประชาชนผู้เกี่ยวข้อง หรือจะเข้ามาเกี่ยวข้องจะได้ทราบถึงความมีสิทธิแต่ผู้เดียวในกลิ่นนั้นๆ โดยผู้จดทะเบียนระบุลงในสินค้าหรือบริการนั้น
4. การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของกลิ่นนั้นจะต้องพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้

5.3 ข้อสรุปการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติ

รสชาติที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติได้นั้น ผู้จดทะเบียนจะต้องทำการพิสูจน์ ดังนี้

1. มีการใช้หรือมีเจตนาใช้เครื่องหมายรสนาตินั้น อย่างเครื่องหมายการค้า
2. เครื่องหมายการค้ารสนาตินั้น จะต้องไม่ใช่ตัวสินค้าเอง กล่าวคือ จะต้องไม่ใช่องค์ประกอบของสินค้าโดยตรง เพียงแต่มีการนำไปประยุกต์ใช้กับสินค้าหรือบริการเท่านั้น

3. เครื่องหมายการค้ารสชาตินั้น จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะที่ไม่ใช่สิ่งสามัญทั้งโดยสภาพหรือการใช้

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายฉบับใดให้การรับรองคุ้มครองรสชาตินั้นเป็นเครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนได้ แต่ทั้งนี้ในปัจจุบันประเทศไทยมีการใช้รสชาตินำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้ารสชาติ ได้แก่ รสชาติของสตรอเบอร์รี่ที่ประยุกต์ใช้กับ Lip Care ของ NIVEA รสชาติสตรอเบอร์รี่และรสช็อกโกแลตที่ประยุกต์ใช้กับถุงยางอนามัยยี่ห้อต่างๆ เป็นต้น

ในส่วนของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาตินั้น ควรกำหนดให้ผู้จดทะเบียนจะต้องทำการเสนอเครื่องหมายรสชาตินั้นออกมาในรูปแบบกราฟิก (Graphically) ด้วยการใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา (A combination of these methods) อันประกอบด้วย การแสดงข้อมูลทางเคมี (Chemical formula) การให้คำอธิบายด้วยวิธีการเขียนคำบรรยาย (A written description) และด้วยวิธีการฝากตัวอย่างของรสชาติ (Through deposit of a sample of the smell) ด้วยวิธีการดังกล่าวจะทำให้สามารถเสนอรสชาตินั้นออกมาในรูปแบบของ graphically ได้

สำหรับการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้ารสชาตินั้น เห็นสมควรกำหนดว่า จะต้องทำการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะโดยสินค้าหรือบริการที่ใช้รสชาตินั้นๆ เป็นเครื่องหมาย และได้มีการจำหน่ายเผยแพร่ หรือโฆษณาอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันพอสมควรจนทำให้สาธารณชนทั่วไป หรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักและเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการอื่น อีกทั้งได้มีการใช้กับสินค้าหรือบริการนั้นๆ มาเป็นเวลาดำเนินการรสชาตินั้นๆ ก็จะมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้

ส่วนประเด็นการเสนอกราฟิกของรสชาตินั้น เห็นสมควรกำหนดให้การเสนอข้อมูลทางเคมีนั้น จะต้องมียุติหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะมาช่วยในการพิจารณาเรื่องความมิลักษณะบ่งเฉพาะ และการอ่านข้อมูลทางเคมี เนื่องจากคำพ้องเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้าที่มีอยู่ อาจไม่มีความรู้เพียงพอในการพิจารณา การจัดหานักเคมีมาทำการพิจารณานั้น เห็นสมควรดำเนินการตามที่เสนอไว้ในเรื่องกลั่น

ประเด็นต่อมาเรื่องการเสนอ graphically ข้อที่ 2 คือการใช้คำอธิบายด้วยวิธีการบรรยายลักษณะของตัวรสชาตินั้นของเครื่องหมายการค้า เช่น รสชาติน้ำมินต์ที่ประยุกต์ใช้กับลูกเทนนิสสำหรับสุนัข (Tennis balls with mint flavor for dog) ก็จะให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้านี้ ผู้ผลิตได้ทำการ

ประยุกต์สมมติเข้าไปเพื่อให้สุนัขมีกลิ่นปากที่สดชื่น ผู้บริโภคก็สามารถเข้าใจได้ทันที แม้ในประเด็นนี้จะมีผู้เห็นว่าไม่ถือเป็นการเสนอ graphically โดยตรงก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นการนำเอามาประกอบเพื่อให้เกิดความชัดเจนและง่ายต่อผู้บริโภคที่จะเข้าใจในตัวสินค้าหรือบริการนั้น เพราะโดยลำพังเพียงแต่สูตรผสมทางเคมีย่อมเป็นการยากแก่ความเข้าใจของประชาชน และลำพังเพียงแต่สูตรทางเคมีก็ไม่มีคามจำเป็นที่จะให้ผู้บริโภคไปทำความเข้าใจ

ประเด็นการเสนอ graphically ข้อที่ 3 คือการฝากตัวอย่างของรสชาติไว้ที่สำนักงานเครื่องหมายการค้า สำหรับประเด็นนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าทุกประเภท กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้ามิไว้เพื่อคุ้มครองความมีลักษณะบ่งเฉพาะของตัวเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นๆ และป้องกันการลอกเลียนหรือทำการปลอม ผู้ผลิตจึงต้องทำให้เครื่องหมายการค้าของตนไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าอื่นๆ ซึ่งถ้าไม่มีการฝากตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าที่ทำการจดทะเบียนไว้ ก็จะเป็นการยากในการให้ความคุ้มครองตัวเครื่องหมายการค้า

ส่วนปัญหาว่าจะต้องทำการฝากตัวอย่างเครื่องหมายรสชาติอย่างไรจึงจะเหมาะสมและเป็นไปได้ในทางปฏิบัตินั้น เห็นว่า การที่จะฝากตัวอย่างรสชาติจริงๆ เป็นการพ้นวิสัยอย่างยิ่งเนื่องจากระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองตัวเครื่องหมายการค้ามีระยะเวลา 10 ปีนับแต่เครื่องหมายการค้านั้นได้ทำการจดทะเบียน แม้จะทำการลดมาให้ความคุ้มครอง 5 ปี ก็ยังเป็นการพ้นวิสัยอยู่ดี เพราะรสชาติสูญเสียสภาพตามธรรมชาติได้โดยง่าย ทั้งเทคโนโลยีในปัจจุบันก็ไม่สามารถที่จะเก็บรักษารสชาติไว้ได้นานถึงเพียงนั้น จึงเสนอให้ทำการฝากกระบวนการหรือวิธีการในการผลิตตัวรสชาตินั้นๆ แทนที่จะทำการฝากตัวรสชาติดังจริง เมื่อมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาตัวเครื่องหมายชาตินั้นๆ ก็ให้ทางสำนักงานเครื่องหมายการค้าเอากระบวนการผลิตนั้น มาทำการผลิตแล้วนำเอารสชาติที่ได้จากการผลิตนั้น มาทำการพิจารณา ซึ่งพอที่จะเป็นไปได้ สำหรับขั้นตอนในการผลิตนั้นควรกำหนดให้เจ้าของเครื่องหมายกลั่นนั้นๆ เป็นผู้ทำการผลิตภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า แต่ในบางกรณีถ้าเป็นเครื่องสูตรทางเคมีก็อาจจะให้นักเคมีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องรสชาติเป็นผู้ทำการพิจารณา และให้ความเห็นแก่เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า หรือคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า หรือต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญา

4. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เสียง กลิ่น และรสชาติที่ได้ทำการศึกษามา ผู้เขียนใคร่ขอเสนอแนวทางดังต่อไปนี้

4.1 เห็นสมควรแก้ไข พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 4 ในส่วนคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ซึ่งในปัจจุบัน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพลาย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้เป็นอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างรวมกัน จากบทบัญญัติดังกล่าวความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” ยังไม่รวมถึงแบบผลิตภัณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ทั้งการให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” กฎหมายได้แบ่งแยกกำหนดไว้แต่ละอย่างโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งถ้าในอนาคตมีการพัฒนาสิ่งใหม่ๆ มาใช้เป็นเครื่องหมายการค้านอกจาก 12 เครื่องหมายนี้ เช่น เครื่องหมายการค้า 3 มิติ เครื่องหมายการค้าสัมผัส เครื่องหมายการค้าภาพเคลื่อนไหว เครื่องหมายการค้าเสียง เครื่องหมายการค้ากลิ่น เครื่องหมายการค้ารสชาติ หรือสิ่งอื่นๆ เป็นเครื่องหมายการค้าอีก ประกอบกับนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศส่วนใหญ่ไม่ว่าจะเป็น ประเทศสหราชอาณาจักร หรือประเทศแคนาดา การบัญญัติคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” จะไม่บัญญัติโดยแบ่งเป็นแต่ละอย่างเหมือนกฎหมายของประเทศไทย แต่จะบัญญัติคำนิยามไว้อย่างกว้างๆ เช่น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยได้ให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายถึง สัญลักษณ์ที่แสดงในลักษณะของกราฟฟิก (represented graphically) ซึ่งสามารถจำแนกสินค้าหรือบริการของอันหนึ่งออกจากอีกอันหนึ่งได้ จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการบัญญัตินิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า” เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ว่า “สิ่งๆ ใดที่สามารถทำการแยกแยะสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการอีกอย่างหนึ่งได้ สิ่งๆ นั้นก็ควรได้รับการรับรองคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้า” จึงเห็นสมควรแก้ไขนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า สัญลักษณ์ที่แสดงในลักษณะของกราฟฟิก (represented graphically) ซึ่งเมื่อแก้ไขแล้ว คำว่า “เครื่องหมายการค้า” จะหมายความว่า สัญลักษณ์ที่แสดงในลักษณะของกราฟฟิก (represented graphically) ที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมาย หรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น แตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งจะมีความหมายกว้างครอบคลุมไปถึงเครื่องหมายการค้าทุกประเภทที่อาจมีขึ้นในอนาคต

4.2 สำหรับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เสียง กลิ่นหรือรสชาตินั้น โดยหลักการแล้วในทางปฏิบัติเพื่อการจดทะเบียนจะต้องมีการเสนอกราฟฟิค ต่อสำนักงานเครื่องหมายการค้า ซึ่งในการพิจารณากราฟฟิค จะต้องใช้ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาทำการพิจารณาดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ตามข้อ 4.1 แล้วอาจออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ กำหนดหลักเกณฑ์การเสนอกราฟฟิคของเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น และรสชาติ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543 อาจกำหนดให้มีรายละเอียดดังนี้

1. เครื่องหมายการค้าเสียง แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ เสียงดนตรี และเสียงอื่นที่ไม่ใช่เสียงดนตรี

1.1 กรณีเสียงดนตรี ผู้จดทะเบียนจะต้อง บันทึกเสียงดนตรีนั้นใส่ CD หรือวัตถุอื่นใด ๆ ที่มีคุณสมบัติคล้ายคลึงกัน แต่ต้องไม่ใช่เสียงที่ทำการบันทึกมาในรูปแบบของ MP3 พร้อมทำการเสนอกราฟฟิคของเสียงนั้น ออกมาในรูปแบบภูมิทัศน์โน้ตดนตรี โดยให้ผู้เชี่ยวชาญทางดนตรี เช่น นักประพันธ์เพลง ผู้นำวงดนตรี (Conductor) ครูดนตรี หรือบุคคลที่ทำงานเกี่ยวข้องกับโน้ตดนตรีมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี เป็นผู้ร่วมทำการพิจารณาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า พร้อมกับเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า 3 คน ที่ทำการพิจารณาในเรื่องของเสียงที่ทำการบันทึกมาด้วย

1.2 กรณีเสียงอื่นที่ไม่ใช่เสียงดนตรี ผู้จดทะเบียนจะต้อง บันทึกเสียงดนตรีนั้นใส่ CD หรือวัตถุอื่นใด ๆ ที่มีคุณสมบัติคล้ายคลึงกัน แต่ต้องไม่ใช่เสียงที่ทำการบันทึกมาในรูปแบบของ MP3 พร้อมทำการเสนอกราฟเสียง (Sonogram) นั้น โดยให้ผู้เชี่ยวชาญด้านความถี่ของคลื่นเสียง หรือผู้เชี่ยวชาญด้านการอ่านกราฟเสียง เป็นผู้ร่วมทำการพิจารณาในส่วนของกราฟเสียง (Sonogram) พร้อมกับเจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้า 3 คน ที่ทำการพิจารณาในเรื่องของเสียงที่ทำการบันทึกมาด้วย

2. เครื่องหมายการค้ากลิ่น การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นนั้น ผู้ยื่นคำขอจะต้องยื่น สูตรทางเคมี โดยให้ผู้เชี่ยวชาญทางเคมีเฉพาะทางด้านกลิ่น ซึ่งมีประสบการณ์ทำงานมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี เป็นผู้ร่วมในการพิจารณาด้วย ส่วนในการเสนอกราฟฟิคของกลิ่นในรูปแบบอื่น ๆ ที่มิใช่การเสนอสูตรเคมีให้เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้าเป็นผู้ทำการพิจารณา

3. เครื่องหมายการค้ารสชาติ ในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาตินั้น ผู้ยื่นคำขอ จะต้องยื่น สูตรทางเคมี โดยให้ผู้เชี่ยวชาญทางเคมีเฉพาะทางด้านรสชาติซึ่งมีประสบการณ์ทำงานมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี เป็นผู้ร่วมในการพิจารณาด้วย ส่วนในการเสนอกราฟฟิคของรสชาติในรูปแบบอื่นๆที่ใช้การเสนอสูตรเคมีให้เจ้าหน้าที่เครื่องหมายการค้าเป็นผู้ทำการพิจารณา

อนึ่งเงินที่จะต้องจ่ายให้แก่ผู้เชี่ยวชาญตามอัตราที่กำหนดไว้ ให้เรียกเก็บจากผู้จดทะเบียน

4.3 ส่วนการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น และรสชาตินั้น อาจออกเป็นประกาศกระทรวงพาณิชย์ กำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น และรสชาติ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543 อาจมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้า เสียง กลิ่น หรือรสชาติ เป็นเครื่องหมายการค้าจะต้องได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาต่อเนื่องเป็นระยะเวลาพอสมควรจนทำให้สาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักและเข้าใจว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการอื่น

2. การจำหน่ายหรือเผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าหรือบริการใดจนทำให้เครื่องหมายมีความเผยแพร่ในประเทศไทย ให้ถือว่าเครื่องหมายมีลักษณะบ่งเฉพาะเพียงที่ใช้กับสินค้าหรือบริการนั้น

3. เครื่องหมายที่จะพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามประกาศฉบับนี้ จะต้องเป็นเครื่องหมายเดียวกันกับเครื่องหมายที่จะยื่นขอจดทะเบียน

4. ประกาศนี้ไม่ใช้บังคับกับเครื่องหมายการค้าเสียง กลิ่น รสชาติ ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง