



ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภค เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา Legal Problem of providing trademark protection in the form of gesture as advertising gimmick

หทัยชนก สุกใส*

วริยา ล้าเลิศ**

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์หัวข้อ “ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (advertising gimmick)” มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยศึกษาหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) เปรียบเทียบระหว่างการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญากรุงปารีส และตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะที่ได้จากการเปรียบเทียบหลักในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ระหว่างกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย กฎหมายเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ และกฎหมายเครื่องหมายการค้าภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ จากการศึกษาพบว่า หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยมีหลักที่สำคัญอยู่สองประการ กล่าวคือ ประการแรกต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยมีการจำกัดความของสิ่งที่จะเป็นเครื่องหมายส่งผลให้

*นักศึกษาลัทธิศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประจักษ์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

สิ่งอื่นใดนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่สามารถเป็นเครื่องหมายได้ ซึ่งแตกต่างจากการให้คำนิยามคำว่าเครื่องหมายของต่างประเทศที่ไม่มีการจำกัดความ โดยต่างให้ความสำคัญในหลักเกณฑ์ประการที่สองนั่นคือ การมีลักษณะบ่งเฉพาะที่จะทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายออกจากกันได้เพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้ได้กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้จากข้อค้นพบดังกล่าวการวางหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าทั้งตามความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศต่างไม่มีการจำกัดความของเครื่องหมาย ทำให้สิ่งอื่นใดที่แม้ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่หากมีลักษณะบ่งเฉพาะก็สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ผู้วิจัยจึงได้มีการเสนอแนะแนวทางว่า ประเทศไทยควรมีการแก้ไขคำนิยามของเครื่องหมายในมาตรา 4 และหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ เพื่อเปิดโอกาสให้สิ่งอื่นใดสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้

คำสำคัญ : การแสดงท่าทาง การโฆษณา กิมมิก เครื่องหมายการค้า ลักษณะบ่งเฉพาะ

Abstract

This abstract is a part of thesis “Legal Problem of providing trademark protection in the form of gesture as advertising gimmick” This purpose of this thesis is to study the ideas and theories on the protection of trademarks, specically by studying the legal frameworks for the protection of trademarks in the context of advertising gimmick. This includes the literature review of various legal frameworks on trademarks protection under both international legal mechanisms, such as TRIPS Agreement and Paris Convention, domestic legal frameworks, such as trademarks laws from countries such as the United States, the United Kingdom, and Australia. The Thesis seeks to provide possible solutions and recommendations from the lessons learned from the comparisons of different legal doctrines and perspectives on the topic of advertising gimmick. This approach will focus the comparison between international legal mechanisms, domestic legal frameworks from various countries, and Thai legal perspectives.

The study found that the standard for trademarks protection in Thailand focuses on two points in particular. Firstly, Thai legal doctrine requires the trademark to be a ‘mark’; Thai law specically limits the scope of denition of the applicable ‘mark’, resulting in very narrowed denition which the law recognizes, while other ‘marks’ that do not t the denition provided will not receive recognition. This is different from other nations’ doctrines which do not have

such a specific denition; instead they focus on other major principles and matters. Secondly, specificity will allow the consumers to identify products or services from various providers. This is for the protection of trademarks to applicable in as many areas as possible.

From the findings, the principles on the protection of trademarks founded within both international legal mechanisms and other jurisdictions' jurisprudence that the limiting measure on the scope of terminology and denition was never implemented This resulted in the protection of rights of some 'marks' with significance dening factors. The Author has the opinion that Thailand should amend the denition under Article 4 and the rules on proof of dening factors, so that other 'marks' that are qualied may receive protection and status as trademarks.

Keyword : gesture, advertising, gimmick, trademark, distinctiveness

บทนำ

ปัจจุบันเศรษฐกิจมีแนวโน้มที่จะขยายตัวเพิ่มขึ้น ส่งผลให้มีการแข่งขันทางการตลาดมากขึ้นตามไปด้วย ผู้ประกอบการไม่ว่ารายเล็กรายใหญ่ต่างสร้างสรรค์กลยุทธ์ทางการตลาดเพื่อทำให้นสินค้าหรือบริการของตนเป็นที่รู้จักของผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสินค้าหรือบริการให้มีความทันสมัยและแปลกใหม่ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิในผลงานอันเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ หรือที่เรียกว่าทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ หรือผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าหรือบริการ ย่อมต้องการมีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนเป็นผู้สร้างสรรค์ หรือเป็นผู้คิดค้นแต่เพียงผู้เดียว หากมีบุคคลใดมาลอกเลียนหรือละเมิดความคิดในทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนใช้ความ

วิริยะอุตสาหะสร้างสรรค์ขึ้นมาย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้น ดังนั้น ในการบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต้องมีขอบเขตที่กว้างขวางตามเจตนารมณ์ของทรัพย์สินทางปัญญาที่จะมุ่งคุ้มครองเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท ไม่ให้ผู้ใดที่ไม่ใช่เจ้าของมาละเมิดความคิดสร้างสรรค์ของผู้อื่นโดยไม่ได้ออกแรงหรือใช้ความคิดใดๆ เลย อันเป็นการเอาเปรียบเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้น

เครื่องหมายการค้าก็ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการสามารถแสดงความเป็นเจ้าของในสินค้าของตนให้บุคคลอื่นทราบได้โดยการสร้างสรรค์สัญลักษณ์ของผู้ประกอบการที่เรียกว่าเครื่องหมายการค้าขึ้นมาเพื่อใช้ดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคและเครื่องหมายนั้นต้องมีลักษณะเฉพาะ อันได้แก่รูปภาพ ตัวอักษร ตัวเลข กลุ่มสี เป็นต้น ซึ่ง

สัญลักษณ์ที่ถูกสร้างขึ้นมานั้นมีหน้าที่เพื่อใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง โดยไม่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและหลงผิดในตัวสินค้า และสามารถเลือกซื้อสินค้าได้ตรงกับความต้องการของผู้บริโภค เดิมการที่ผู้บริโภคจะสามารถพบเห็นเครื่องหมายการค้าได้จากเครื่องหมายการค้าที่ติดอยู่บนสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้าเท่านั้น ทำให้เครื่องหมายการค้าเหล่านั้นไม่เป็นจุดสนใจแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบการจึงคิดหาวิธีในการทำเครื่องหมายการค้าของตนเป็นที่สนใจ โดยวิธีที่จะทำให้ผู้บริโภคจดจำได้ง่ายที่สุดคือใช้การโฆษณาเข้ามาเป็นสื่อกลางระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคเพื่อเชื่อมโยงไปยังตัวสินค้า โดยเริ่มแรกเราจะเห็นการโฆษณาในรูปแบบของป้ายโฆษณาสินค้า และต่อมาได้มีการพัฒนาการโฆษณาในรูปแบบของภาพเคลื่อนไหวถ่ายทอดผ่านสื่อมวลชนี่มีเดียต่างๆ ด้วยประโยชน์ของการโฆษณาทำให้มีผู้ใช้โฆษณาเพื่อเสนอขายสินค้าและบริการจำนวนมาก บริษัทโฆษณาจึงพยายามสร้างความแตกต่างและสร้างจุดสนใจให้แก่โฆษณาหรือที่เรียกว่าเป็นการสร้างกิมมิก (Gimmick) ให้แก่โฆษณานั้นเอง โดยรูปแบบของกิมมิกที่นำมาใช้สร้างจุดสนใจนั้นมีหลายรูปแบบ ได้แก่ การใช้คำ หรือกลุ่มสี มาดึงดูดใจผู้บริโภค แต่ในปัจจุบันมีการสร้างกิมมิกในรูปของการแสดงท่าทางโดยให้นักแสดงหรือบุคคลใดเป็นผู้ถ่ายทอดท่าทางเหล่านั้นให้แก่ผู้บริโภค (Presenter) ผ่านการโฆษณาสินค้านั้นๆ ทำให้โฆษณามีความน่าสนใจมากขึ้นตัวอย่างเช่น บริษัทไทยน้ำทิพย์ ผู้ผลิตน้ำอัดลมได้มีการนำ

กิมมิกในรูปของการแสดงท่าทางด้วยการทำมือเป็นตัวอักษรภาษาอังกฤษรูปตัว “C” โดยใช้นิ้วโป้งและนิ้วชี้ทำให้มีรูปโค้งคล้ายกับตัวซี (C) มาใช้ในการโฆษณาควบคู่ไปกับสินค้าเครื่องดื่มโคคา-โคล่า (Coca-Cola) ซึ่งเป็นการสร้างความสนใจให้กับโฆษณาอันจะทำให้ผู้บริโภครู้จักเครื่องดื่มโคคา-โคล่า และรู้จักการทำมือเป็นรูปตัวซี ในลักษณะเช่นเดียวกับการที่ผู้บริโภคเห็นเครื่องหมายการค้า โคคา-โคล่า แล้วสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นสินค้าน้ำอัดลมยี่ห้อโค้กได้ทันที จึงเกิดเป็นประเด็นที่น่าศึกษาต่อไปว่า การแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าผ่านการโฆษณาสามารถได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ เพราะการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าผ่านการโฆษณาต่างกล่าวนั้นสามารถทำให้ผู้บริโภคจดจำได้ว่าท่าทางนั้นสื่อถึงสินค้าภายใต้เครื่องหมายโคคา-โคล่า (Coca-Cola) มิใช่สินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าคาลบี้ (Calbee) อันเกิดลักษณะบ่งเฉพาะในการแยกแยะความแตกต่างสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิม

ซึ่งในประเทศไทยการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 นั้นกำหนดคำนิยามของสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าว่าต้องเข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 4 เท่านั้น หลักเกณฑ์ประการหนึ่งคือ

การมีลักษณะเป็นเครื่องหมายซึ่งมาตรา 4 ได้ให้คำนิยามว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า “ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” อันเป็นการจำกัดขอบเขตในการให้คำนิยามของเครื่องหมายว่าสิ่งใดที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของเครื่องหมายในมาตรา 4 ย่อมไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศออสเตรเลีย ต่างกำหนดขอบเขตคำนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง เพื่อเปิดโอกาสให้มีการตีความขอบเขตของคำนิยามและไม่ได้จำกัดความหมายของ “เครื่องหมาย” ไว้ว่าหมายถึงสิ่งใดโดยเฉพาะ แต่กลับใช้คำว่า “เครื่องหมาย หมายความว่ารวมถึง (Including) หรือเครื่องหมาย อาจประกอบด้วย (may, in particular, consist of) . . .” ซึ่งถือว่าสิ่งที่กำหนดไว้ในคำนิยามเหล่านั้นเป็นเพียงตัวอย่างของสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ทำให้สิ่งอื่นๆ ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายออกจากกันได้ อาจได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าได้เช่นกัน

จากการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศข้างต้นทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำเสียงของสิงโตคำรามในช่วงที่เป็นไตเติ้ลของภาพยนตร์มาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าใน

รูปแบบของเสียงได้ เพราะเสียงดังกล่าวทำให้ประชาชนจดจำและเข้าใจได้ว่าเป็นเสียงที่เป็นลักษณะเฉพาะของบริษัทภาพยนตร์ Goldwyn Mayer Lion Corporation หรือการแสดงท่าทางของนักฟุตบอลชื่อแกเร็ธเบล (Gareth Bale) ทีมรีล มาดริด ในประเทศอังกฤษ สามารถนำทำได้จากการอิงประตูดด้วยการทำมือเป็นสัญลักษณ์รูปหัวใจมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าประเภทเสื้อผ้า และรองเท้า หรือแม้กระทั่งในประเทศออสเตรเลียได้นำกลิ่นมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากับสินค้าประเภทนุหรีได้เช่นกัน

ดังนั้น การศึกษาความเป็นไปได้ในการให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) จึงถือเป็นประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษาให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของไทยที่นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพราะในปัจจุบันสิ่งที่สามารถบ่งชี้หรือแยกแยะความแตกต่างของสินค้าไม่ได้มีเพียงแต่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีสิ่งอื่นๆ ที่สามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิม ๆ ซึ่งจะเป็นผลดีต่อประเทศไทยหรือไม่หากมีการยอมรับหลักการในการกำหนดขอบเขตคำนิยามให้สามารถตีความได้อย่างกว้างขวางเหมือนกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ อันเป็นการวางรากฐานในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปแบบใหม่ๆ และง่ายต่อการจดจำของผู้บริโภคที่จะเกิดขึ้นมาในอนาคต

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วัตถุประสงค์ของการวิจัยในเรื่องปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) มีวัตถุประสงค์ในการวิจัย ดังนี้

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเหตุผลในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

2. เพื่อศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาต่างๆ รวมทั้งผลดีและผลเสียในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ

4. เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขถึงปัญหาต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 มาตรา 4 แต่พบว่าการกำหนดคำนิยามของคำว่าเครื่องหมายดังกล่าวไม่รวมการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าด้วยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ทำให้เกิดปัญหาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ได้รับการพัฒนา จึงสมควรให้มีการแก้ไขคำนิยามของเครื่องหมายการค้าและหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าด้วยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ขอบเขตของการศึกษา

มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากตัวบทจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงลักษณะท่าทาง หนังสือต่างๆ บทความ รายงานการวิจัย และกรณีปัญหาจากต่างประเทศ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์วิจัยให้ได้มาซึ่งข้อสรุปและแนวทางในการแก้ปัญหา

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

ในส่วนของผู้ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัยจากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ผู้วิจัยคาดว่าจะได้รับประโยชน์หลายประการ ดังนี้

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเหตุผลในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

3. ทำให้เข้าใจถึงการวิเคราะห์ถึงปัญหาต่าง ๆ รวมทั้งผลดีและผลเสียในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขถึงปัญหาต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

วิธีดำเนินงานวิจัย

ใช้วิธีการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 อีกทั้งกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) และอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน เช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Lanham Act 1946) กฎหมายของประเทศไทย (Trademarks Act 1994) และกฎหมายประเทศออสเตรเลีย (Trademarks Act 1995) แล้วนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในตัวสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ซึ่งถือเป็นสิ่งที่นอกเหนือจากที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยบัญญัติไว้

ผลการวิจัย

กลยุทธ์ทางการตลาดของผู้ผลิตที่ทำให้สินค้าเป็นจุดสนใจของผู้บริโภค หรือทำให้ผู้บริโภคนึกถึงสินค้าของตนเป็นอันดับแรก นอกจากการที่ผู้ผลิตจะออกแบบเครื่องหมายการค้าให้มีลักษณะที่แปลกใหม่ และสะดุดตาผู้บริโภคแล้ว วิธีการใช้สื่อโฆษณาเข้ามาช่วยในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าก็เริ่มเป็นที่นิยม

ในหมู่นินค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเพื่อรักษาตำแหน่งของแบรนด์ในตลาด ด้วยประโยชน์ของโฆษณาที่สามารถเป็นสื่อกลางในการถ่ายทอดข้อมูลจากผู้ผลิตไปสู่ผู้บริโภค ทั้งยังช่วยกระตุ้นพฤติกรรมในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภคได้เป็นอย่างดีซึ่งวิธีที่ผู้ผลิตเลือกมาใช้ในการโฆษณาได้แก่ การใช้เสียงที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น ไอศกรีมยี่ห้อวอลล์ จะใช้เสียงเปิดในรถขายไอศกรีมเพื่อสร้างจุดสนใจในโฆษณาขายสินค้าของตนเพื่อให้ผู้บริโภคนึกถึงสินค้าของตนเมื่อได้ยินเสียงนั้น ซึ่งในปัจจุบันเสียงได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และอีกวิธีหนึ่งซึ่งเห็นได้จากโฆษณาในปัจจุบันมีการนำท่าทางมาใช้ในการโฆษณาสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถจดจำท่าทาง และเข้าใจได้ตรงกันว่าท่าทางที่ผู้ผลิตใช้นั้นสื่อถึงสินค้าอะไร เช่น บริษัท โคคา-โคล่า ใช้การท่าทางเป็นตัวอักษร “C” ที่สื่อถึงสินค้าโค้ก (Coke) หรือบริษัทคาราบาวันแดง ใช้การท่าทางเป็นรูปเขาควาย เพื่อสื่อถึงสัญลักษณ์รูปเขาควายที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าอยู่บนผลิตภัณฑ์เพื่อสื่อให้ผู้บริโภคที่ได้เห็นท่าทางนึกถึงสินค้ายี่ห้อคาราบาวันแดง เป็นต้น ซึ่งลักษณะการทำท่าทางที่ทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณานั้นเมื่อมีการถ่ายทอดผ่านสื่อโฆษณาให้ประชาชนเห็นจนเข้าใจและจดจำได้ว่าท่าทางดังกล่าวว่าสื่อสินค้าประเภทใด จนสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า ทำให้สรุปเป็นประเด็นสำคัญๆ ที่จะนำไปสู่การทบทวนถึงความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าได้

ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์ “บทนิยาม” คำว่าเครื่องหมายในการให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าเปรียบเสมือนเป็นการวางหลักเกณฑ์ว่าเครื่องหมายการค้าต้องมีลักษณะอย่างไร โดยมีความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) เป็นต้นแบบในการกำหนดคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 15 (1) ว่าหมายถึง “สัญลักษณ์ใด ๆ หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ ที่มีลักษณะที่สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะคำ รวมทั้งชื่อของบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนประกอบของภาพ การรวมกันของสีต่าง ๆ ตลอดจนการรวมกันใด ๆ ของสัญลักษณ์เหล่านั้น เป็นสิ่งซึ่งมีสิทธิจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ในกรณีที่สัญลักษณ์ไม่มีลักษณะที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง บรรดาสมาชิกอาจให้มีการจดทะเบียนโดยขึ้นกับความสามารถในการบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ บรรดาสมาชิกอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนว่าสัญลักษณ์ต้องเป็นสิ่งที่ซึ่งอาจสัมผัสได้โดยทางจักษุประสาท” จากคำนิยามกำหนดหลักการสำคัญไว้สองประการด้วยกัน คือ คำนิยามและเงื่อนไขของเครื่องหมายการค้าที่อาจได้รับการจดทะเบียนในส่วน of คำนิยามของเครื่องหมายการค้ากำหนดสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง

โดยกำหนดไว้เพียงว่าเครื่องหมายการค้าต้องเป็นสัญลักษณ์หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ใดๆ ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการอื่น อาจเป็นสิ่งที่สามารถมองเห็นจับต้องได้หรือไม่ ไม่ถือเป็นสาระสำคัญ แต่ที่สำคัญคือสิ่งเหล่านั้นต้องสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการอื่นได้ ทำให้ประเทศสมาชิกที่อยู่ภายใต้ความตกลงทริปส์ รวมถึงประเทศไทย สามารถได้รับความคุ้มครองสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างกว้างขวางเพื่อสร้างบรรทัดฐานให้แก่ประเทศสมาชิกในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

สำหรับอนุสัญญากรุงปารีสไม่ได้กำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้ โดยบัญญัติไว้ในข้อ 3(1) เพียงว่า “ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมจะต้องมีความหมายอย่างกว้าง” และได้กำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 6(1)ว่า “เงื่อนไขในการยื่นคำขอและการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ” ถึงแม้จะให้อิสระประเทศสมาชิกในการออกแบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าบังคับใช้ภายในประเทศของตน แต่เงื่อนไขของแต่ละประเทศจะมีความใกล้เคียงกัน เพราะสมาชิกส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้ความตกลงทริปส์ที่กำหนดบรรทัดฐานในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไว้ รวมถึงประเทศ แม้ไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกภายใต้อนุสัญญากรุงปารีสก็ตามแต่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การ

การค้าโลก จึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยหลักการป้องกันทรัพย์สินอุตสาหกรรม

สำหรับการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศนั้น ผู้วิจัยศึกษาประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย โดยในประเทศอังกฤษนั้นมีการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้ใน Trade Marks Act 1994 มาตรา 1(1) ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายถึง สัญลักษณ์ใดๆ ที่สามารถบ่งชี้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการรายอื่น และสัญลักษณ์นั้นสามารถแสดงให้เห็นเป็นภาพหรือลายลักษณ์อักษรได้ ซึ่งเครื่องหมายการค้าอาจประกอบด้วยคำ (รวมถึงชื่อบุคคล) ลวดลาย ตัวอักษร ตัวเลข รูปทรงสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์” แสดงให้เห็นว่าสิ่งที่จะเป็นเครื่องหมายการค้า นั้นต้องมีลักษณะเป็นสัญลักษณ์ โดยไม่ได้จำกัดความหมายแต่มีการยกตัวอย่างสัญลักษณ์ว่าอาจประกอบด้วย (...may, in particular, consist of...) คำ ลวดลายตัวอักษร เป็นต้น ซึ่งสิ่งที่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในคำนิยามสามารถเป็นสัญลักษณ์ได้หากสิ่งนั้นสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ เช่น กลิ่นน้ำหอม Channel No.5 ซึ่งผู้ผลิตต้องการกลิ่นที่สื่อถึงผู้หญิง เมื่อฉีดแล้วให้กลิ่นสดชื่นสะอาด อบอวนด้วยดอกไม้ ผสานชีวิตรส และแปรเปลี่ยนเป็นกลิ่นแป้งเมื่อจางลง อันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะเพื่อสร้างความแตกต่างจากน้ำหอมยี่ห้ออื่นๆ ที่มักนิยมนำกลิ่นดอกไม้ เช่น กุหลาบ หรือลิลลี่มาเป็นกลิ่นหลัก

ของน้ำหอม ทำให้กลิ่นน้ำหอมของ Channel No.5 สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ในประเทศอังกฤษ หรือแม้กระทั่งการแสดงท่าทางของนักฟุตบอลแอสตันวิลลาที่แสดงท่าทางดีใจด้วยการทำมือเป็นรูปหัวใจในทุกๆครั้งที่ทำประตูในเกมฟุตบอลได้ โดยนำรูปมือที่ทำเป็นรูปหัวใจมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าของตน¹ แม้ว่ากลิ่นและการแสดงท่าทางจะไม่ได้บัญญัติไว้ในคำนิยามของสัญลักษณ์ก็ตาม

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดคำนิยามว่าเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่เปิดเผยเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 45 ของ Lanham Act 1946 ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า ถ้อยคำใดๆ ชื่อ สัญลักษณ์ หรืออุปกรณ์ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกันและใช้โดยบุคคล หรือมีเจตนาที่สุจริตมุ่งประสงค์ที่จะใช้ในทางการค้าและได้ยื่นขอจดทะเบียนในทะเบียนหลักตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อบ่งชี้และแยกแยะความแตกต่างของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้ารวมถึงสินค้าที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวออกจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น และเพื่อบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าแม้ไม่รู้ถึงแหล่งที่มาโดยเฉพาะเจาะจงก็ตาม” อีกทั้งไม่มีการจำกัดคำนิยามคำว่าเครื่องหมาย โดยได้ให้คำนิยามไว้อย่างกว้างๆ ว่า “เครื่องหมาย หมายความว่า คำ หรือสัญลักษณ์ใดๆ ที่ใช้ในทางธุรกิจ เพื่อระบุสินค้า

หรือบริการ หรือแยกแยะสินค้าหรือบริการให้เห็นถึงความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการอื่น” ทำให้การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าสามารถครอบคลุมได้หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีรูปร่างหรือไม่ก็ตาม เช่น กลิ่น เสียง หรือการแสดงท่าทาง ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการออกจากสินค้าหรือบริการอื่นได้ ได้แก่ การแสดงท่าทางของนักกีฬาอเมริกันฟุตบอล ที่ใช้ท่าทางดีใจโดยการชูบ่าแล้วแขนมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า หรือนำกลิ่นมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าของลูกเทนนิส เป็นต้น

สำหรับประเทศออสเตรเลียการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่เปิดเผยเช่นเดียวกัน โดยกำหนดคำนิยามไว้ในมาตรา 17 ของ Trade Marks Act 1995 ไว้ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า สัญลักษณ์ที่ใช้หรือมีเจตนาที่จะใช้เพื่อแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้ในทางการค้าของบุคคลอื่น” โดยในมาตรา 6 มีการยกตัวอย่างสิ่งที่เข้าลักษณะสัญลักษณ์ ว่าหมายความว่ารวมถึง (Includes the Following or Any Combination of the Following) ตัวหนังสือ คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวเลข อุปกรณ์ ตรา หัวข้อ ฉลาก ตัวบรรจุภัณฑ์ รูปร่าง เสียง กลิ่น หรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน” แสดงให้เห็นว่าสัญลักษณ์ที่กำหนดไว้ในคำนิยามโดยใช้คำว่า “หมายความว่ารวมถึง” เป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้น สิ่งอื่นใดนอกเหนือจากจากที่

¹ Intellectual Property Office, Case Details for Trademark UK00002657917 (17 August 2015) Intellectual Property Office <https://www.ipo.gov.uk/tmcase/Results/1/UK_00002657917>

กำหนดไว้ว่าจะเข้าลักษณะของการเป็นสัญลักษณ์ได้เช่นกัน

สำหรับการกำหนดคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น” จากคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการให้ความหมายอย่างกว้างเกินไปในแนวทางเดียวกับต่างประเทศ แต่มีข้อแตกต่างตรงคำนิยามคำว่าเครื่องหมาย ในมาตรา 4 ที่กำหนดว่า “เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม รูปปั้น รูปหล่อ รูปพิมพ์ หรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” ซึ่งผู้วิจัยมองว่ามีลักษณะจำกัดความโดยใช้คำว่า “เครื่องหมาย หมายความว่า...” โดยต้องเข้าลักษณะของเครื่องหมายตามมาตรา 4 เท่านั้น สิ่งอื่นใดแม้จะเข้าคำนิยามของเครื่องหมายการค้าในข้อที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ ก็ไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ยกตัวอย่างเช่น กลิ่นของสินค้าบางชนิดแม้จะมีเอกลักษณ์เฉพาะจนสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ ก็ไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า เพราะกลิ่นยังไม่มี การกำหนดไว้ในคำนิยามคำว่าเครื่องหมายนั่นเอง ทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาในการทำวิจัยว่า

ในปัจจุบันนอกจากลักษณะของเครื่องหมายที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 4 ยังมีเครื่องหมายอื่นๆ ที่สมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าด้วย นั่นคือ การแสดงท่าทางที่ใช้ในการโฆษณาสินค้าเพื่อดึงดูดใจผู้รับชมให้เกิดความสนใจในสินค้า เพราะในปัจจุบันเป็นที่ทราบดีว่าการโฆษณานั้นถือเป็นตัวช่วยกระตุ้นให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้า จนนำไปสู่การจงใจให้ผู้บริโภคมีความต้องการซื้อสินค้านั้น ถือเป็นวิธีการสื่อสารไปสู่ผู้บริโภคกลุ่มใหญ่ได้โดยตรงภายในระยะเวลาอันสั้น แต่เนื่องด้วยในปัจจุบันผู้ผลิตสินค้าต่างใช้การโฆษณาในการขายสินค้าของตนเองมากขึ้น จึงคิดหาวิธีทำให้โฆษณาสินค้าของตนเองเป็นที่น่าสนใจของผู้บริโภคโดยการเพิ่มลูกเล่นให้แก่โฆษณา โดยการนำท่าทางมาใช้ประกอบสินค้าในการโฆษณา เพื่อให้ผู้บริโภคจดจำสินค้าของตนได้ง่ายขึ้น เช่น บริษัทาราบาวแดง ทำมือเป็นรูปเขาควย, บริษัท ลิโพ วิตันดี ชูมือสองนิ้วเป็นรูปตัววี (V), บริษัท แลคตาซอย ชูมือเพื่อสื่อถึงเลข 5 ในการเสนอขายสินค้าในราคา 5 บาท โดยผู้บริโภคสามารถจดจำสินค้าได้จากท่าทางที่ใช้ประกอบสินค้าผ่านการโฆษณา ทำให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิมๆ ที่เมื่อผู้บริโภคเห็นเครื่องหมายการค้านั้นผู้บริโภคจะทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าได้นั่นเอง

2. วิเคราะห์ “ลักษณะบ่งเฉพาะ” ของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้า

โดยการโฆษณา ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการเป็นเครื่องหมายการค้า เพราะทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่นได้ ซึ่งคุณสมบัตินี้เป็นที่ยอมรับในทุก ๆ ประเทศ ดังจะเห็นได้จากความตกลงทริปส์ที่วางบรรทัดฐานในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้แก่บรรดาประเทศสมาชิก ไว้ในข้อ 15 (1) ว่า “สัญลักษณ์ใดๆ หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ ที่มีลักษณะที่สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะคำ รวมทั้งชื่อของบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนประกอบของภาพ การรวมกันของสีต่างๆ ตลอดจนการรวมกันใดๆ ของสัญลักษณ์เช่นว่านั้น เป็นสิ่งซึ่งมีสิทธิจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ในกรณีที่สัญลักษณ์ไม่มีลักษณะที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง บรรดาสมาชิกอาจให้มีการจดทะเบียนโดยขึ้นกับความสามารถในการบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้บรรดาสมาชิกอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนว่าสัญลักษณ์ต้องเป็นสิ่งที่ซึ่งอาจสัมผัสได้โดยทางจักษุประสาท” จากคำนิยามดังกล่าวเห็นว่าความตกลงทริปส์ให้ความสำคัญในเรื่องการมีลักษณะบ่งเฉพาะของ

เครื่องหมายการค้ามากกว่าการพิจารณาว่าสิ่งใดเข้าลักษณะของการเป็นสัญลักษณ์ โดยกำหนดว่าสัญลักษณ์นั้นต้องสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่นได้ ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของสัญลักษณ์เองก่อน หรือแม้แต่สัญลักษณ์ที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะมาแต่ต้น แต่เมื่อมีการนำสัญลักษณ์นั้นออกใช้กับสินค้าหรือบริการสามารถทำให้ผู้บริโภครับรู้และเข้าใจจนสามารถแยกแยะความแตกต่างของสัญลักษณ์นั้นได้ ก็ถือว่าสัญลักษณ์นั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการใช้สัญลักษณ์นั้น² ซึ่งการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของความตกลงทริปส์แสดงให้เห็นว่า การมีลักษณะบ่งเฉพาะถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยกำหนดว่าสัญลักษณ์ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะไม่ว่าจะเป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าที่ต้องการให้ผู้บริโภคทราบแหล่งที่มาของสินค้าโดยการพิจารณาจากเครื่องหมายการค้านั่นเอง

สำหรับอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) แม้ไม่มีการกำหนดคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าไว้ โดยให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิก แต่อนุสัญญากรุงปารีสมีการกำหนดถึงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 6 Quinquies (b) (2)

² จักรกฤษณ์ การพนัน, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2555) 269.

ว่า “เครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะเป็นสิ่งที่ไม่อาจจดทะเบียนหรือเป็นเครื่องหมายที่ไม่สมบูรณ์” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการมีลักษณะบ่งเฉพาะเป็นสิ่งที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เพราะหากเครื่องหมายไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว อนุสัญญากรุงปารีสถือว่าเป็นเครื่องหมายที่ไม่สมบูรณ์และไม่อาจรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เลย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในความตกลงทริปส์

ในประเทศอังกฤษมีการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าไว้ใน Trade Marks Act 1994 มาตรา 1(1) ว่าสัญลักษณ์ใดๆ ต้องสามารถบ่งชี้ถึงสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการรายอื่นได้ อีกทั้งยังกำหนดให้ลักษณะบ่งเฉพาะเป็นลักษณะที่สำคัญในการพิจารณาว่าสัญลักษณ์นั้นมีลักษณะอันพึงจดทะเบียนได้หรือไม่ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 3 (1) (b) ว่าเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ถือเป็นเหตุผลประการหนึ่งในการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศอังกฤษ โดยลักษณะบ่งเฉพาะที่กำหนดไว้ในข้อ 3(1)(b) นั้นหมายถึงลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของเครื่องหมายการค้าเองเท่านั้น แต่หากมีการใช้เครื่องหมายดังกล่าวมาก่อนที่จะยื่นขอจดทะเบียนลักษณะต้องห้ามตามข้อ 3(1)(b) ประเทศอังกฤษถือว่าเครื่องหมายดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่อง

มาจากการใช้ และสามารถยื่นคำขอรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะเป็นระบบทะเบียนหลักหรือระบบทะเบียนรอง ต่างระบุไว้ว่าเครื่องหมายต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ³ โดยอาจเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หรือลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ และเครื่องหมายนั้นต้องมีการใช้อยู่แล้วภายในประเทศหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นต้องมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายนั้นด้วย แสดงให้เห็นว่าแม้เครื่องหมายที่สร้างสรรค์ขึ้นมา จะไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของเครื่องหมายการค้ามาตั้งแต่แรก แต่หากมีการใช้เครื่องหมายนั้นอย่างเครื่องหมายการค้า จนผู้บริโภคสามารถรับรู้และเข้าใจจนสามารถแยกความแตกต่างของเครื่องหมายได้ ถือว่าเครื่องหมายนั้นเกิดลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการใช้เครื่องหมายและสามารถยื่นขอรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาได้

ในส่วนของประเทศออสเตรเลีย Trade Marks Act 1995 กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะเป็นเงื่อนไขในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ใน มาตรา 41 (2) ว่าเครื่องหมายการค้าใดที่ขอรับจดทะเบียนหากไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ซื้อสินค้าทราบและเข้าใจว่าเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างจากสินค้าอื่น

³ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายเครื่องหมายการค้าสหรัฐอเมริกา (7 กรกฎาคม 2558) DIP กรมทรัพย์สินทางปัญญา

<https://www.ipthailand.go.th/index.php?option=com_docman& task=doc_download&gid=1333&Itemid=160>.

จะถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน โดยพิจารณาจากลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของเครื่องหมายเองก่อน แล้วจึงพิจารณาจากลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ แสดงให้เห็นว่าในประเทศอังกฤษกำหนดให้เครื่องหมายการค้าต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ก็ตาม หากขาดคุณสมบัติในข้อนี้เครื่องหมายนั้นไม่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้

ดังนั้น การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศที่กล่าวมาข้างต้นล้วนแต่กำหนดให้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งในการจดทะเบียน เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้วางเงื่อนไขการจดทะเบียนในเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 6 (1) ว่าเครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ อีกทั้งได้กำหนดประเภทของลักษณะบ่งเฉพาะไว้ในมาตรา 7 โดยแบ่งออกเป็นลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเองและลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้เป็นเรื่องที่พิสูจนยากกว่าลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเอง ซึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้วางหลักเกณฑ์การพิสูจนลักษณะบ่งเฉพาะไว้ในประกาศกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2535) ว่าลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ได้แก่ การจำหน้า

เผยแพร่ หรือการโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายจนทำให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจว่าสินค้าแตกต่างจากสินค้าอื่น ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งแสดงให้เห็นว่านอกจากการใช้เครื่องหมายกับสินค้าแล้ว การโฆษณาสินค้าจนทำให้เครื่องหมายเป็นที่รู้จักของประชาชนสามารถเกิดลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการโฆษณาได้ด้วย⁴ หากนำกรณีศึกษาในการให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางของต่างประเทศ เช่น ท่าดีใจของแอสเทรเบลด้วยการทำมือเป็นรูปหัวใจ และท่าจุกบลิ้มของโคลินเคเปอร์นิก นักกีฬาอเมริกันฟุตบอล มาเป็นแนวทางในการให้การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะ จะเห็นว่าการแสดงท่าทางของต่างประเทศนั้นได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาโดยการใช้ท่าทางของนักกีฬาที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักแพร่หลาย เมื่อแสดงท่าทางออกไปทำให้ประชาชนสามารถจดจำได้ว่าเป็นท่าทางของนักกีฬานั้น ท่าทางเหล่านั้นจึงได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาจากการใช้ท่าทางโดยบุคคลที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย โดยไม่ต้องมีการโฆษณาอีก หากเปรียบเทียบกับการแสดงท่าทางที่ทำมาใช้ในการโฆษณาเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้า จะเห็นว่าไม่สามารถใช้ท่าทางเพียงอย่างเดียวได้ เพราะท่าทางที่แสดงออกมีลักษณะเป็นท่าทางทั่วๆ ไปไม่สามารถบ่งชี้ถึงสินค้าหรือบริการได้ หรือจะมีเพียงการโฆษณาสินค้าเพียงอย่างเดียวก็ไม่ได้เช่นกัน เพราะในปัจจุบันผู้ประกอบการต่างๆ นิยมใช้การโฆษณาเพื่อ

⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจนลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534 (7 ตุลาคม 2559) DIP กรมทรัพย์สินทางปัญญา <<http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/เรื่อง-หลักเกณฑ์การพิสูจนลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา-7-วรรค-3.html>>

ประชาสัมพันธ์สินค้าของตนเพิ่มขึ้นและวัตถุประสงค์ในการนำทางมาใช้ในโฆษณาเพื่อก่อให้เกิดการจดจำและแยกแยะความแตกต่างของท่าทางที่ใช้สื่อถึงสินค้านั้นๆ อันทำให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้ามีลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการใช้และเข้าลักษณะอันพึงจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยได้จึงจำเป็นที่จะต้องจัดทำทางประกอบการโฆษณาเพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจได้ตรงกันว่าท่าทางในโฆษณานั้นสื่อถึงตัวสินค้า

อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์อนุสัญญากรุงปารีส หรือกฎหมายภายในของประเทศไทย กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย ต่างออกแบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่เปิดกว้างโดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดคำนิยามและการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าให้สามารถคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาเป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างแน่นอน ดังนั้น หากนำหลักการกำหนดคำนิยามและการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการศึกษาเพื่อปรับปรุงกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับหลักสากล จะทำให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

⁵ สักกพันธุ์ จิตรจง, “โฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) แข่งขันหรือหลอกลวง” (2557) 5:1 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 61, 68.

บทสรุปผลการวิจัย

เนื่องจากในปัจจุบันมีสินค้ากระจายสู่ท้องตลาดจำนวนมาก การที่สินค้าของผู้ผลิตจะสามารถครองอันดับในตลาดได้ต้องมีการวางแผนทางการตลาดที่ดี ซึ่งการโฆษณาเป็นวิธีที่ได้รับความนิยมในการช่วยให้ผู้บริโภคถึงสินค้าของตนเองเป็นอันดับแรก⁵ ส่งผลให้เกิดการแข่งขันกันพัฒนาและสร้างสรรค์งานโฆษณาให้มีการนำเสนอที่แปลกใหม่ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของภาพหรือเสียง รวมถึงมีการนำทางมาใช้เพื่อเพิ่มลูกเล่นให้แก่โฆษณาซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาสามารถดึงดูดใจและสร้างความจดจำให้แก่ผู้รับชมมากกว่าการพูดชื่อสินค้าธรรมดา ดังนั้น สิ่งที่จะทำให้ผู้บริโภคเห็นถึงความแตกต่างระหว่างการโฆษณาสินค้าโดยเฉพาะสินค้าประเภทเดียวกัน คือการแสดงท่าทางที่ใช้ในโฆษณาอันจะสื่อถึงลักษณะบ่งเฉพาะที่โดดเด่นของโฆษณาสินค้านั้นได้ โดยผู้วิจัยขอยกตัวอย่างการแสดงท่าทางประกอบสินค้าประเภทเครื่องดื่มชูกำลังยี่ห้อลิโพวิตัน-ดี ที่ใช้การชูสองนิ้วมาประกอบโฆษณาสินค้าทำให้ผู้บริโภครู้จักเครื่องดื่มลิโพวิตัน-ดีและเครื่องดื่มชูกำลัง ซึ่งต่อมาเครื่องดื่มชูกำลังยี่ห้อคาราบาวแดง ก็มีการแสดงท่าทางโดยการชูมือเป็นรูปเขาควายเป็นประกอบโฆษณาเช่นกัน อันทำให้ผู้บริโภคคาราบาวแดงและการทำมือเป็นรูปเขาควายเป็นเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการสร้างสรรค์ท่าทางที่

เป็นกิมมิกให้แก่โฆษณาอันก่อให้เกิดความแตกต่างของแต่ละโฆษณาได้ อย่างไรก็ดี การให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาสมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. การโฆษณามีประโยชน์ในหลายๆ ด้าน โดยถือเป็นสื่อกลางในการสื่อสารระหว่างผู้ผลิตสินค้าและผู้บริโภค อีกทั้งช่วยกระตุ้นให้ผู้บริโภคนึกถึงสินค้าและมีความต้องการที่จะซื้อสินค้า อันส่งผลดีต่อเจ้าของธุรกิจ สังคมรวมถึงระบบเศรษฐกิจของประเทศด้วย

2. การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยโฆษณา เป็นการสร้างกิมมิกหรือจุดเด่นให้แก่โฆษณาเพื่อทำให้ผู้ชมเกิดการจดจำโฆษณาและสามารถแยกแยะความแตกต่างของโฆษณาได้ดียิ่งขึ้น กล่าวคือ การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณามีลักษณะคล้ายกับเป็นเครื่องหมายที่ใช้เป็นสัญลักษณ์ของสินค้า โดยเจ้าของสินค้าต้องการให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาเป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้ทำทางนั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

3. การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา มีลักษณะอันสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ เฉพาะการแสดงท่าทางที่นำมาใช้

ในโฆษณาเป็นท่าทางที่ไม่สามารถสื่อสารให้สาธารณชนเข้าใจได้ตรงกันว่าสื่อถึงสินค้าใด ทำให้ทำทางนั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง แต่เมื่อนำท่าทางมาใช้ในการโฆษณาสินค้าท่าทางที่เผยแพร่ออกไปสามารถทำให้ผู้รับชมโฆษณาสามารถจดจำได้ว่าทำทางนั้นสื่อถึงสินค้าใด ทำให้การแสดงท่าทางนั้นเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ อันเข้าเงื่อนไขในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้อย่างไรก็ดี การแสดงท่าทางที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นกิมมิกหรือเอกลักษณ์เฉพาะแก่โฆษณาสินค้านั้นๆ มาระยะหนึ่ง โดยการใช้รับรู้และเปิดเผยของสาธารณชน หากมีบุคคลอื่นได้แสดงท่าทางในลักษณะที่คล้ายคลึง หรือมีความแตกต่างเพียงเล็กน้อย มาใช้ร่วมกับสินค้านั้นๆ อาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดถึงที่มาของสินค้าได้ บุคคลดังกล่าวสมควรต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้ใช้ทำทางนั้นในการโฆษณาสินค้ามาก่อนบุคคลอื่น

จากเหตุผลสนับสนุนข้างต้นการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาจึงสมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เนื่องจากมีลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถทำให้เห็นความแตกต่างของโฆษณาสินค้าแต่ละโฆษณาได้ และยังทำให้ทราบถึงที่มาของโฆษณาสินค้านั้นด้วย โดยลักษณะท่าทางที่สร้างสรรค์ขึ้นเปรียบเสมือนเป็นเครื่องหมายอย่างหนึ่งที่โฆษณาใช้เป็นที่ยืนยันหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเพื่อเป็นการสร้างกิมมิกและสร้างความจดจำให้แก่ผู้รับชมโฆษณาได้ดียิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาามาทั้งหมดนั้น ทำให้ได้ข้อเสนอแนะเพื่อช่วยในการให้ความคุ้มครองแก่การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา ดังนี้

การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาทำให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างโฆษณาสินค้าแต่ละชนิด อีกทั้งยังทำให้ผู้ชมทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้า จึงมีความเหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า โดยท่าทางที่ใช้มีลักษณะเป็นลูกเล่นหรือจุดสนใจ (Gimmick) ของโฆษณา ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยยังมิได้ให้ความคุ้มครองถึงเครื่องหมายดังกล่าว เนื่องจากเป็นเครื่องหมายการค้าในรูปแบบใหม่ ดังนั้น หากจะให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขคำนิยามในมาตรา 4 ที่ว่า

“เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” โดยควรแก้ไขเป็น “เครื่องหมาย หมายความว่ารวมถึง (Including) ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

เพื่อเป็นการเปิดกว้างของสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายได้ ซึ่งมีความหมายว่าสิ่งที่กำหนดไว้ในคำนิยามเป็นเพียงการยกตัวอย่างของเครื่องหมาย และเปิดโอกาสให้สิ่งอื่นๆ สามารถใช้เป็นเครื่องหมายได้ในอนาคตโดยไม่ต้องมีการแก้ไขคำนิยามเพื่อให้ทันสมัยต่อสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา อีกทั้งยังครอบคลุมและเป็นสากลสอดคล้องกับหลักกฎหมายในหลายๆ ประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะสามารถให้ความคุ้มครองได้

กรณีการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา ผู้วิจัยมีความเห็นว่าไม่สามารถใช้เฉพาะท่าทางเพื่อสื่อถึงสินค้าเพียงอย่างเดียวได้ เพราะไม่ว่าอย่างไรการแสดงท่าทางก็ไม่สามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของท่าทางเองหรือโดยการใช้ได้ จึงจำเป็นต้องใช้ท่าทางประกอบกับการโฆษณาสินค้า เพื่อให้ท่าทางนั้นเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้โฆษณาเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ท่าทางที่สื่อถึงสินค้าให้ประชาชนรับรู้และสามารถจดจำท่าทางเหล่านั้นได้ ซึ่งสอดคล้องกับประกาศของกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2535) มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะไว้ว่าเครื่องหมายใดๆ จะได้ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้มาต้องมีการเผยแพร่ หรือการโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายจนทำให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจว่าสินค้าแตกต่างจากสินค้าอื่น ดังนั้นการแสดงท่าทางที่ใช้ในการโฆษณาจะมีลักษณะบ่งเฉพาะ

โดยการใช้ได้ จึงจำเป็นต้องใช้ทำทางเหล่านั้น ประกอบการโฆษณาสินค้าเท่านั้น ทั้งนี้ การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของการแสดงทำทาง เพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาจะเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ไม่ได้เลย หากไม่มีการแก้ไขคำนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพื่อให้การแสดงทำทางที่ใช้ในการโฆษณาเข้าลักษณะของเครื่องหมายเสียก่อน จึงจะทำให้การแสดงทำทางที่ใช้ในการโฆษณาสินค้าเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการโฆษณาสินค้าที่ใช้ทำทางที่เป็นเครื่องหมาย จนทำให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจว่าทำทางนั้นสื่อถึงสินค้าใด อันถือได้ว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2535) ในเรื่องหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้นยังไม่สามารถแก้ไขได้ในขณะนี้ แต่อาจมีความเป็นไปได้ในอนาคต ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าแนวทางที่จะให้ความคุ้มครองแก่การแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาในฐานะเครื่องหมายการค้าที่มีความเป็นไปได้ในขณะนี้และเป็นวิธีที่ใกล้เคียงกันที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 คือ การจดทะเบียนเป็นภาพถ่ายหรือภาพวาดของ

ทำทางนั้น พร้อมทั้งบรรยายภาพถ่ายหรือภาพวาดการแสดงทำทางโดยละเอียด โดยหากเป็นการแสดงทำทางโดยการใช้มือต้องมีการบรรยายว่ามีการใช้นิ้วมือใดบ้างในการแสดงทำทางประกอบการยื่นคำขอจดทะเบียน เพราะมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ได้ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายที่เป็นภาพถ่าย หรือภาพวาด ผู้วิจัยจึงเห็นว่าแนวทางดังกล่าวน่าจะช่วยแก้ปัญหาในการให้ความคุ้มครองการแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้ ทางหนึ่งในฐานะเครื่องหมายการค้า อันจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอสรุปในข้อเสนอแนะนี้ว่า เครื่องหมายการค้านั้นสามารถให้ความคุ้มครองการแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้ เนื่องจากการแสดงทำทางถูกสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อสร้างจุดสนใจให้แก่โฆษณาเปรียบเสมือนเป็นเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ของการโฆษณาสินค้าอันก่อให้เกิดความสนใจและจดจำโฆษณา อีกทั้งสามารถแยกแยะถึงความแตกต่างของโฆษณาสินค้าแต่ละชนิด รวมถึงทำให้ทราบแหล่งที่มาของสินค้าจากโฆษณาได้ จึงถือได้ว่าการแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าในรูปแบบหนึ่ง

