

ลักษณะบ่งเฉพาะของอัตลักษณ์มนุษย์ในบริบท กฎหมายเครื่องหมายการค้าไทย Distinctive of Human Identity under the Context of Thai Trademark Law

ณัฐกานต์ พงษ์พันธุ์ปัญญา¹

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200

อีเมลติดต่อ: Nutthakarn.p@outlook.com

Nutthakarn Phongphunpunya

Faculty of Law, Thammasat University, 2, Phra Barom Maha Ratchawang, Phra Nakhon, Bangkok, 10200

E-mail: Nutthakarn.p@outlook.com

Received: February 10, 2020; Revised: June 17, 2020; Accepted: June 23, 2020

บทคัดย่อ

อัตลักษณ์ของมนุษย์โดยสภาพมีคุณสมบัติในการสร้างความแตกต่างระหว่างมนุษย์ด้วยกันเพื่อให้จำแนกแยกแยะได้ว่ามนุษย์ผู้หนึ่งแตกต่างจากผู้อื่นอย่างไร ทั้ง อัตลักษณ์มนุษย์ที่เป็นทางกายภาพ อัตลักษณ์มนุษย์ในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งถูกสร้างขึ้นเพื่อทำหน้าที่เสริมอัตลักษณ์เชิงกายภาพข้างต้น ด้วยคุณสมบัติเช่นนี้ทำให้อัตลักษณ์มนุษย์นิยมนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีข้อความคิดในส่วนการทำหน้าที่เช่นเดียวกัน กล่าวคือ การสร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าของบุคคลหนึ่งกับบุคคลอื่น อย่างไรก็ดี องค์ประกอบทางกฎหมายของเครื่องหมายการค้า นั้น มิได้ยอมรับอัตลักษณ์มนุษย์เป็นเครื่องหมายโดยทันที หากแต่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขประการสำคัญว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งมีนิยามความหมายที่แตกต่างไปจากอัตลักษณ์มนุษย์ จากการศึกษ พบว่า อัตลักษณ์ของมนุษย์ที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ อัตลักษณ์มนุษย์มิได้เป็นเครื่องหมายการค้าโดยสภาพ แต่จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขของลักษณะบ่งเฉพาะที่เป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า นอกจากนี้ การใช้และการตีความ

¹ ทนายความและที่ปรึกษากฎหมาย (Attorney at law and Counsellor at Law).



กฎหมายก็ควรเป็นไปในทิศทางเดียวกันที่ยอมรับสถานะความเป็นอัตลักษณ์มนุษย์อย่างแท้จริงว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ มิใช่ การพิจารณาว่าอัตลักษณ์มนุษย์มีลักษณะบ่งเฉพาะ เนื่องจากเป็นคำทั่วไปหรือคำประดิษฐ์ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมาย

คำสำคัญ: อัตลักษณ์ ลักษณะบ่งเฉพาะ เครื่องหมายการค้า



Abstract

Human identity, both physically and artificially forms, possess one of the most essence characteristic which is the capability of distinguishing between humans. Coincidentally, such characteristic is the same one as the trademark has possessed, which is the capability of distinguishing goods/services from one to another. Under this circumstance, human identity is recognized by the trademark law eventually. However, the study found that, human identity does not consider trademark by its nature. On the other hand, it must possess a distinctive character which is the condition under the trademark law. It should be noted that the word “identity” is not equivalence to word “distinctive”. Even both words may considered as synonyms, however, human identity shall have distinctive character only by possessing the distinctive condition indicating in the law. Furthermore, as human identity and distinctive trademark are not the same but merely overlapping, it should be acknowledged by its own nature not as a common or invented word provided by law.

Keywords: Identity, Distinctive, Trademark



1. บทนำ

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยยอมรับว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์บางประเภทมีลักษณะบ่งเฉพาะอันพึงรับจดทะเบียนได้ ได้แก่ ชื่อตัว ชื่อสกุล ลายมือชื่อ และ ภาพของบุคคล ทำให้อัตลักษณ์มนุษย์ได้รับความคุ้มครองในมิติเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อัตลักษณ์มนุษย์เชิงพาณิชย์ ทั้งนี้ ก็เพราะอัตลักษณ์มนุษย์โดยสภาพมีคุณลักษณะพิเศษซึ่งสามารถทำหน้าที่ได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ การแสดงความเป็นตัวตนของสิ่งหนึ่งที่มีความเป็นเฉพาะตัวและขณะเดียวกันก็สร้างความแตกต่างให้ปรากฏได้อย่างแน่ชัดเพื่อให้บุคคลอื่นสามารถแยกแยะความแตกต่าง ตลอดจนระบุตัวตนของสิ่งนั้น ๆ ได้โดยสภาพ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเครื่องหมายการค้าก็ได้กำหนดให้อัตลักษณ์ของมนุษย์มีลักษณะบ่งเฉพาะในทันที เพราะมีข้อความคิดทางกฎหมายบางประการที่จะต้องคำนึงถึงเสียก่อน จึงส่งผลให้การใช้และการตีความกฎหมายว่าด้วยลักษณะบ่งเฉพาะในอัตลักษณ์มนุษย์ อาจมีเงื่อนไขเกินไปกว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์อย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่าด้วยองค์ประกอบทางกฎหมาย แนวการปรับใช้ ตลอดจนการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมายที่ต่างก็มีความเข้าใจในลักษณะบ่งเฉพาะของอัตลักษณ์มนุษย์ที่ต่างกันไปจึงก่อให้เกิดปัญหาในการรับจดทะเบียนอัตลักษณ์ของมนุษย์เป็นเครื่องหมายการค้าตลอดมา ตัวอย่างเช่น ชื่อของมนุษย์โดยสภาพสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างมนุษย์ด้วยกันได้แล้ว แต่ในบางกรณีชื่อดังกล่าวอาจไม่ได้รับการพิจารณาจดทะเบียน เพราะชื่อดังกล่าวเล็งถึงคุณสมบัติของสินค้าหรือนายทะเบียนอาจพิจารณาว่าชื่อบุคคลมีสถานะเป็นเครื่องหมายอย่างอื่นที่มีใช้เครื่องหมายชื่อ เช่น เครื่องหมายคำ หรือ คำประดิษฐ์ เป็นต้น

บทความฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาองค์ประกอบลักษณะบ่งเฉพาะทางกฎหมายกรณีอัตลักษณ์ของมนุษย์ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยว่า อัตลักษณ์ของมนุษย์อย่างแท้จริงมีส่วนทับซ้อนกับลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าอย่างไร เพื่อให้การรับจดทะเบียนเป็นไปอย่างเหมาะสมและอยู่ในทิศทางเดียวกัน โดยจะศึกษาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทย แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเท่าที่พอจะเทียบเคียงได้ ประกอบกับกฎหมายของต่างประเทศที่เห็นว่าเกี่ยวข้อง ในประเด็นของความมีลักษณะบ่งเฉพาะของอัตลักษณ์มนุษย์ เพื่อเปรียบเทียบและวิเคราะห์ห้วงวัตถุประสงค์ข้างต้น อนึ่ง บทความฉบับนี้จะศึกษาเพียงอัตลักษณ์มนุษย์ที่กำหนดภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ไม่รวมถึงการศึกษาบทนิยามของคำว่า “อัตลักษณ์มนุษย์”

2. อัตลักษณ์มนุษย์กับเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง คือ การแยกแยะความแตกต่าง (distinguish) ระหว่างสินค้าหรือบริการของเจ้าของรายหนึ่งกับสินค้าหรือบริการของเจ้าของรายอื่น ๆ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จึงนำไปสู่สาระสำคัญขององค์ประกอบเครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ คือ จะต้องมียุทธศาสตร์เฉพาะ² ดังนั้น ลักษณะเฉพาะจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดสำหรับการขอรับความคุ้มครองสิทธิในทะเบียนเครื่องหมายการค้า ขณะเดียวกัน หากเกิดสิทธิเช่นว่านี้แล้วย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น ในอันที่จะต้องไม่ละเมิดหรือฝ่าฝืนสิทธิดังกล่าว เพราะฉะนั้น ลักษณะเฉพาะจึงเป็นเสมือนบ่อเกิดที่มีความสำคัญประการหนึ่งที่รัฐจะรับรองและคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า

2.1 ลักษณะเฉพาะตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า

ในอดีตการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยได้เริ่มในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 235-238 ซึ่งมีลักษณะของการห้ามนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นไปใช้ การปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า ห้ามนำเข้า ตลอดจนการขายสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าโดยมิชอบ ทั้งนี้ ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลักษณะเครื่องหมายและยี่ห้อการค้า พ.ศ. 2457 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ไม่ได้มีการกำหนดลักษณะเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเอาไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากได้มีการยกเลิกกฎหมายข้างต้น และมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่ได้มีการบัญญัติถึงเงื่อนไขและได้นิยามลักษณะเฉพาะเอาไว้เพื่อให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายเครื่องหมายการค้าในการที่จะป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของและแหล่งกำเนิดของสินค้า³ ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมแนวคิดและองค์ประกอบทางกฎหมายของเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ องค์ประกอบทางกฎหมายว่าด้วยลักษณะเฉพาะที่ครอบคลุมบทนิยามว่าด้วยเครื่องหมายไว้อีกชั้นหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ภาพถ่ายไม่ได้มีลักษณะเฉพาะในตัวเอง แต่จะต้องเป็นภาพที่ไม่เล็งถึงคุณสมบัติของสินค้า ตามเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยลักษณะเฉพาะดังกล่าวด้วย โดยรายละเอียดคำอธิบายขององค์ประกอบทางกฎหมายสามารถอธิบายได้โดยสังเขปต่อไปนี้

² วิชัย อริยานันทนกะ, *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ (เล่ม 1)* (กรุงเทพฯ: จีรจักรการพิมพ์, 2547), 246.

³ ธัชชัย ศุภผลศิริ, *คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536), 19-55.



2.1.1 นิยามตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับเดิม

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474⁴ นั้นได้กำหนดนิยามลักษณะบ่งเฉพาะเอาไว้⁵ ให้ความหมายว่า “การนำมาทำให้เหมาะสมเพื่อจะใช้ให้เห็นว่าสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นติดกับสินค้าของผู้อื่น”⁶ โดยที่กฎหมายฉบับนี้ได้ร่างขึ้นตามแนวทางกฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษ (Trade Mark Act 1875)⁷ ในประเด็นข้างต้นนี้มีข้อสังเกตประการสำคัญ คือ คำว่า “การนำมาทำให้เหมาะสม” ซึ่งสามารถตีความได้อย่างกว้างขวางด้วยลักษณะของคำกล่าวคือ ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าย่อมหมายถึงอะไรก็ได้ที่เหมาะสมสำหรับทำให้สินค้าของผู้หนึ่งแตกต่างไปจากผู้อื่น

2.1.2 นิยามตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบัน

เนื่องจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยฉบับเดิมมีสภาพที่ล้าสมัย ประกอบกับช่วงระยะเวลานั้นประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization หรือ WTO) และลงนามในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือ “ความตกลงทริปส์” (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs) ส่งผลให้การบัญญัติกฎหมายตลอดจนการใช้การตีความของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จะต้องพิจารณาประกอบกับ ความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม หรือ “อนุสัญญากรุงปารีส” (Paris

⁴ สมบูรณ์ บุญรินทร์, “ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร และลิขสิทธิ์,” ใน *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (กรุงเทพฯ: บริการส่งเสริมงานตุลาการ, 2532), 183.

⁵ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474, มาตรา 4 “ท่านว่าสิ่งอันจะกล่าวต่อไปนี้เป็นสาระสำคัญต้องมีสิ่งหนึ่งเป็นอย่างน้อยอยู่ในเครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้

(1) ชื่อบริษัท ชื่อเอกชนหรือชื่อห้าง แสดงโดยลักษณะพิเศษหรือเฉพาะ

(2) ลายมือชื่อของผู้จดทะเบียน หรือของผู้อยู่ในตำแหน่งของผู้นั้นมาก่อนในกิจการค้าขายนั้น

(3) คำประดิษฐ์ขึ้นคำหนึ่งหรือหลายคำ

(4) คำเดียวหรือหลายคำอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าโดยตรงและตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ไม่เป็นชื่อในภูมิศาสตร์หรือนามสกุล

(5) เครื่องหมายอื่น ๆ อันมีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่ท่านว่า ชื่อ ลายมือชื่อคำ ๆ หนึ่งหรือหลายคำ อันมิได้อยู่ภายในบรรยายอันกล่าวไว้ใน (1) (2) (3) และ (4) นั้นถ้ามิได้มีหลักฐานมาแสดงว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ ก็มีให้รับจดทะเบียน”

ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 เมษายน 2474 เล่มที่ 48 หน้า 1.

⁶ สมบูรณ์ บุญรินทร์, “ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร และลิขสิทธิ์,” 4.

⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และนันทน์ อินทนนท์, *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา Intellectual Property Law*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2546), 39.

Convention for the Protection of Industrial Property)⁸ เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ⁹ ด้วยเหตุดังกล่าวการนิยามลักษณะบ่งเฉพาะในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จึงถูกการยกร่างให้มีความสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ในมาตรา 7 วรรคหนึ่ง “เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น”¹⁰

โดยที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าในปัจจุบันได้กำหนดองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้หลายประการ¹¹ ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะก็เป็นองค์ประกอบแรกที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด ทั้งนี้ ลักษณะบ่งเฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ นายบุญมา เตชะวณิช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ลักษณะบ่งเฉพาะ คือ เครื่องหมายการค้าเครื่องหมายหนึ่งจะมีลักษณะบ่งเฉพาะก็ต่อเมื่อประชาชนหรือผู้ใช้สินค้าเห็นหรือได้ยินเครื่องหมายนั้นแล้ว ทราบและเข้าใจได้ว่าเป็นเครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าของเจ้าของรายหนึ่งซึ่งแตกต่างจากสินค้าของเจ้าของรายอื่น ๆ ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นจะต้องไม่เข้าใจแต่เพียงว่าเครื่องหมายนั้นคือ ภาพ ๆ หนึ่ง คำ ๆ หนึ่ง ข้อความ ๆ หนึ่ง ฯลฯ เท่านั้น¹²

ในประการต่อมา การแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าครั้งนี้ ยังกำหนดต่อไปอีกด้วยว่า ลักษณะบ่งเฉพาะในเครื่องหมายการค้า มีขึ้นได้ 2 ประการ คือ ประการแรก ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง (inherently distinctive) ตามมาตรา 7 วรรคสอง ในอนุมาตราต่าง ๆ โดยที่ปัจจุบันนี้ก็ปรากฏแนวทางการใช้และการตีความกฎหมายที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ กลุ่มแรก เห็นว่าลักษณะบ่งเฉพาะ คือ การใช้นิยามตามมาตรา 7 วรรคแรกก็เพียงพอแล้ว อนุมาตราในวรรคสองนั้นเป็นเพียงตัวอย่างประกอบการตีความเท่านั้น และ กลุ่มที่สอง เห็นว่าลักษณะบ่งเฉพาะ คือ การใช้

⁸ TRIPS Agreement, Article 2, Paragraph 1 “In respect of Paris II, III and IV of this Agreement, Member shall comply with Article 1 thought 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967)”.

⁹ บุญมา เตชะวณิช, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า (TRADEMARK LAW),” ใน *ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2555), 118.

¹⁰ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 199 เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2534.

¹¹ องค์ประกอบของลักษณะเครื่องหมายการค้าที่ควรจะได้รับจดทะเบียน คือ

1. เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ
2. เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534
3. ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติจะประกอบด้วยลักษณะอีกประการหนึ่ง คือ ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้ยื่นขอจดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว, อ้างจาก บุญมา เตชะวณิช, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า (TRADEMARK LAW),” 120.

¹² บุญมา เตชะวณิช, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า (TRADEMARK LAW),” 120.



มาตรา 7 วรรคแรก และ วรรคสอง ประกอบกัน ทั้งนี้ ในกรณีที่เครื่องหมายการค้านั้นประกอบด้วยหลายส่วนการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะควรต้องพิจารณาทั้งภาพรวม และหากมีลักษณะบ่งเฉพาะในรูปแบบใด ๆ แล้ว ก็ควรจะตั้งถือว่ามิลักษณะบ่งเฉพาะในทันที เพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้ เช่น ภาพของบุคคลอาจเป็นภาพประติมากรรมก็ได้ เป็นต้น และ ประการที่สอง ลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดขึ้นภายหลังอันสืบเนื่องจากการใช้ (distinctive through use) เครื่องหมายนั้นเป็นระยะเวลาหนึ่งซึ่งนานพอสมควรที่จะทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้าทราบได้ว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายนั้นเป็นของเจ้าของรายหนึ่งตามมาตรา 7 วรรคสาม¹³

2.2 ประเภทอัตลักษณ์มนุษย์ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าไทย

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามาตรา 7 วรรคสอง เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นได้ว่า เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบไปด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ย่อมมีลักษณะบ่งเฉพาะอยู่ในตัวแล้ว หรือ กล่าวได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีความหมายเกี่ยวข้องกับสินค้า แต่เกิดจากการสร้างสรรค์ทางความคิดหรือมีที่มาของเครื่องหมายเป็นการเฉพาะเพื่อให้เครื่องหมายมีลักษณะพิเศษต่างกันไป¹⁴ อย่างไรก็ดี ลักษณะบ่งเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตราทั้งหลาย อาจเป็นเพียงตัวอย่างเพื่อประกอบการตีความเท่านั้น ดังนี้ ลักษณะบ่งเฉพาะจึงสามารถที่จะตีความขยายให้กว้างขึ้นโดยอาศัยกรอบตามมาตรา 7 วรรคแรก ประกอบกับอัตลักษณ์ของมนุษย์ที่มีความสัมพันธ์กันในแง่ที่บุคคลสามารถนำเอาอัตลักษณ์มาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า โดยสามารถจำแนก ได้ดังนี้

2.2.1 ชื่อตัวชื่อสกุล

ในกรณีของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา โดยที่ชื่อจะลักษณะบ่งเฉพาะได้นั้นจะต้องประกอบไปด้วย 1) ชื่อตัวที่เป็นชื่อจริงส่วนชื่อสกุลจะต้องไม่ใช่กรณีที่ประชาชนเข้าใจว่าเป็นนามสกุลของตระกูล ๆ หนึ่งเท่านั้น¹⁵ โดยต้องเป็นชื่อของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ¹⁶ 2) ชื่อต้องมีการขีดเขียนด้วยลวดลายพิเศษ¹⁷ และ 3) ชื่อ

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 8834/2542

¹⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)*, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2562), 310.

¹⁵ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 335/2527, คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 36/2528, คำพิพากษาฎีกาที่ 234/2540 และคำพิพากษาศาลฎีกา 3557/2542

¹⁶ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 55/2528

¹⁷ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ที่ 60/2528 ว่า แม้ Milan จะเป็นชื่อเมืองที่มีคนรู้จักโดยทั่วไปแต่ นาย Milan Lang ได้ลงลายมือชื่อโดยมีลักษณะพิเศษจึงมีลักษณะบ่งเฉพาะ

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ที่ 60/2528 ว่า อักษรโรมันคำว่า GASTON JAUNET เป็นชื่อตัวและชื่อสกุลอันมีการแสดงตัวอักษรจัดวางในลักษณะของการประดิษฐ์คิดขึ้นถือว่ามีลักษณะพิเศษ

จะต้องไม่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง¹⁸ ทั้งนี้ เนื่องจากว่าหากชื่อตัวหรือชื่อสกุลดังกล่าวแสดงหรือเล็งเห็นลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการแล้วก็ไม่สามารถที่จะแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ได้ หรืออาจจะกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งจะก่อให้เกิดผลว่าสินค้าหรือบริการย่อมมีคุณสมบัติคล้าย ๆ กัน¹⁹

2.2.2 ลายมือชื่อ

ลายมือชื่อในกรณีนี้ หมายถึงลายมือชื่อของผู้จดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้จดทะเบียนหรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยที่ได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว ทั้งนี้ เพราะโดยสภาพลายมือชื่อของมนุษย์ย่อมมีความแตกต่างกันทั้งนี้จะต้องเป็นลายมือชื่อที่แท้จริงซึ่งมีลักษณะบ่งเฉพาะที่สูง ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแสดงโดยลักษณะพิเศษเหมือนชื่อตัวชื่อสกุล²⁰

2.2.3 ภาพ (บุคคล)

ภาพของบุคคลผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย โดยได้รับอนุญาตจากบุพการี หรือผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น โดยอาจจะเป็นการบันทึกภาพหรือการวาดภาพก็ได้ ทั้งนี้ โดยสภาพแล้วมนุษย์มีความแตกต่างกัน จึงทำให้ภาพมีความแตกต่างกันไปด้วย ดังนั้น ภาพจึงมีลักษณะบ่งเฉพาะสูงเหมือนกับลายมือชื่อ²¹ อย่างไรก็ตาม นายบุญมา เตชะวณิช ได้มีความเห็นว่าการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของภาพนั้นควรที่จะต้องตีความโดยอาศัยมาตรา 6 เพื่อให้หมายความว่า “ภาพ” ด้วย²² ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าชื่อบุคคล ลายมือชื่อ ตลอดจนภาพนั้นเป็นอัตลักษณ์ของมนุษย์ แต่ไม่ได้หมายความว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์ดังกล่าวนั้นจะมีลักษณะบ่งเฉพาะในทันที แต่จะต้องเป็นอัตลักษณ์มนุษย์ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายแล้ว กล่าวคือ อัตลักษณ์ของมนุษย์จะต้องไม่ได้เป็นการอธิบายถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ²³

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นพิจารณาเรื่องความทับซ้อนกับลักษณะบ่งเฉพาะรูปแบบอื่นอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ อัตลักษณ์มนุษย์อย่างหนึ่งอาจถูกพิจารณาเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ

¹⁸ วัส ดิงสมิตร, คำอธิบาย กฎหมายเครื่องหมายการค้า *Trademark Law* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 13-14.

¹⁹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน์ อินทนนท์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา *Intellectual Property Law*, 440.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, 442.

²¹ วัส ดิงสมิตร, คำอธิบาย กฎหมายเครื่องหมายการค้า *Trademark Law*, 21.

²² บุญมา เตชะวณิช, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า (TRADEMARK LAW),” 122.

²³ คำพิพากษานิติภาที่ 1130/2559



ได้อย่างหลากหลาย ตัวอย่างเช่น ชื่อตัวชื่อสกุลของบุคคลในบางกรณีอาจเป็นคำทั่วไป เช่น นางสาวปลา หรือ คำประดิษฐ์ เช่น Louis Vuitton หรือ อย่างเช่น ภาพของบุคคลที่มีตัวตนจริง ซึ่งถูกวาดขึ้น หรือ ใช้เทคนิคต่าง ๆ สร้างสรรค์เป็นภาพขึ้นมาอาจมีลักษณะเป็นภาพประดิษฐ์ขึ้นก็ได้ ดังนั้น ในขั้นนี้เห็นว่าจะต้องมีการกำหนดเขตแดนให้ชัดเจน เพื่อมิให้เกิดความสับสน ซึ่งผู้เขียนเห็นควรให้ถือเอาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของเจ้าของหรือผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น ๆ ว่ามีความประสงค์เกี่ยวกับเครื่องหมายดังกล่าวอย่างไร ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นที่ประจักษ์ กล่าวคือ Louis Vuitton นั้นเป็นชื่อของบุคคล Louis Vuitton ผู้ก่อตั้งธุรกิจสินค้าแฟชั่น Louis Vuitton ที่มีชื่อเสียง ดังนั้น หากพิจารณาตามเจตนารมณ์และข้อเท็จจริงแล้ว Louis Vuitton คงเป็นชื่อตัวชื่อสกุลของบุคคล ทั้งนี้ หากจะพิจารณาว่า Vuitton เป็นคำประดิษฐ์ก็ย่อมทำได้ แต่อาจขัดต่อสภาพแห่งข้อเท็จจริงตามเจตนารมณ์แห่งสิ่งนั้นไป

อนึ่ง ในประเด็นนี้มีความจำเป็นต้องเน้นย้ำว่า อัตลักษณ์ของมนุษย์มิได้มีลักษณะบ่งเฉพาะในทันที เพราะ มีหลายกรณีเช่นกันที่อัตลักษณ์ขาดไปซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะ ดังที่ยกตัวอย่างไปข้างต้น หาก นางสาวปลาต้องการจดทะเบียนชื่อของตนกับธุรกิจขายอาหารทะเล ย่อมไม่สามารถกระทำได้ เพราะ ชื่อดังกล่าวถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการที่จดทะเบียนไว้โดยตรง แม้จะอ้างว่า ปลา เป็นชื่อของตน ก็ได้ทำให้อัตลักษณ์ดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะขึ้นมาได้ หรือ ในบางกรณีนั้นคณะกรรมการเครื่องหมายการค้ายังอ้างว่าชื่อตัวชื่อสกุลจะต้องมีลักษณะพิเศษ ซึ่งเป็นการตีความองค์ประกอบของกฎหมายเพิ่มเติมไปอีกชั้นหนึ่ง เช่น คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 566/2561 วินิจฉัยว่า “GABRIELLE CHANEL” เป็นชื่อตัวชื่อสกุลที่ไม่ได้แสดงถึงลักษณะพิเศษ จึงไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสอง (1) เป็นต้น

3. การมีลักษณะบ่งเฉพาะของอัตลักษณ์มนุษย์ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าต่างประเทศ

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยได้รับอิทธิพลและแนวคิดมาจากตะวันตก ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้และแตกฉานในองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะซึ่งมีความเป็นพลวัตรอยู่ตลอดเวลา จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงกฎหมายต่างประเทศทั้งในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดความสัมพันธ์ของรัฐสมาชิกตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และ ในแง่ของกฎหมายต่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับภายในรัฐนั้น

3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างอัตลักษณ์ของมนุษย์กับกฎหมายเครื่องหมายการค้าในทางระหว่างประเทศ

แม้ว่าเดิมกฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นจะมีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายภายใน โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศยุโรปก็ตาม แต่เนื่องจากบริบทของการค้าระหว่างประเทศที่ทวีความสำคัญขึ้นจึงก่อให้เกิดความร่วมมือในทางระหว่างประเทศของรัฐสมาชิกเพื่อสร้างมาตรฐานในการรับรองและคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้ไปในทิศทางเดียวกัน ในขณะเดียวกันรัฐสมาชิกย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องบัญญัติให้กฎหมายภายในของรัฐตนเองให้สอดคล้องกับพันธกรณีต่าง ๆ ดังกล่าวนี้ด้วย ซึ่งสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าที่มีความสำคัญ และจะต้องนำมาพิจารณาเสมอ ได้แก่

3.1.1 ความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรฐานของการคุ้มครองและขอบเขตของทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standard) ทั้งนี้ผลของความตกลงดังกล่าวทำให้รัฐสมาชิกต้องยึดถือตามความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องซึ่งหมายรวมถึงอนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ. 1967²⁴ เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ประเทศไทยจึงต้องยอมรับเอาหลักการดังกล่าวมาบังคับใช้ด้วย²⁵

3.1.2 อนุสัญญากรุงปารีส

อนุสัญญากรุงปารีสเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ซึ่งหมายรวมถึงเครื่องหมายการค้าโดยมีการกำหนดนิยามของเครื่องหมายเอาไว้หมายถึง “ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือ สิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”²⁶ โดยที่จะต้องเป็นสิ่งที่สัมผัสด้วยจักขุประสาท อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากรุงปารีสนี้ไม่ได้มีการกำหนดเรื่องของลักษณะบ่งเฉพาะเอาไว้แต่อย่างใด

จากที่กล่าวไปข้างต้น ภายใต้บริบทของกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดเฉพาะแต่แนวคิดเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนด

²⁴ พัฒนวิรัตน์ พิทักษ์, “ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement),” ใน *กฎหมาย WTO เล่มที่ห้า: ทรัพย์สินทางปัญญา* (กรุงเทพฯ: สามลดา, 2552), 20-22.

²⁵ ประเทศไทยเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกที่มีการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามความตกลงทริปส์ โดยผลของข้อ 2 วรรคแรก ทำให้ประเทศไทยต้องยอมรับบทบัญญัติตามอนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ. 1967 แม้ว่าจะไม่ได้ภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวก็ตาม

²⁶ “In Respect of Part II, III, IV of This Agreement, Member shall comply with Articles 1 through 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967).”



นิยามของเครื่องหมายเท่านั้น โดยที่ไม่ได้กล่าวถึงลักษณะบ่งเฉพาะเอาไว้แต่ประการใด เพราะฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ของอัตลักษณ์ของมนุษย์ได้ปรากฏในการนิยามความหมายของเครื่องหมายตามอนุสัญญากรุงปารีสในส่วนที่เป็นภาพถ่าย ชื่อ ลายมือชื่อ ของมนุษย์ เนื่องจากเป็นสิ่งที่มาจากความเป็นของมนุษย์ผู้หนึ่ง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าภาพถ่าย ชื่อ และลายมือชื่อทั้งหมดจะต้องด้วยนิยามของเครื่องหมายตามอนุสัญญากรุงปารีส แต่การจะเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้น จะต้องมิลักษณะบ่งเฉพาะอีกด้วย ดังนั้น ภาพถ่าย ชื่อ และลายมือชื่อของมนุษย์ได้ถูกรับรองโดยกฎหมายระหว่างประเทศให้อยู่ในนิยามของเครื่องหมายอันทำให้รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ซึ่งหมายรวมถึงประเทศไทยด้วย

3.2 ความมิลักษณะบ่งเฉพาะของอัตลักษณ์มนุษย์ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าต่างประเทศ

กฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ทรงอิทธิพลต่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย อย่างมีนัยสำคัญนั้นมาจากกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือคอมมอนลอว์ (Common law) ซึ่งอาจยกตัวอย่างได้ ดังต่อไปนี้

3.2.1 กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีความเป็นพลวัตสูงเนื่องด้วยมีการพัฒนาความคิดอยู่ตลอดเวลา โดยที่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ Lanham Act 1946 และ Federal Dilution Trademark 1995 ทั้งนี้ กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดนิยามของ เครื่องหมายการค้า หมายรวมถึง “คำ ชื่อ หรือสัญลักษณ์ หรือสิ่งเหล่านี้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน ทั้งนี้ รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือเสียงถือได้ว่าเป็นเครื่องหมายที่อาจจะขอจดทะเบียนต่อรัฐได้”²⁷ อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Restatement (Third) of Unfair Competition) มาตรา 46 เรื่องการกำหนดคุณค่าทางการค้าในอัตลักษณ์ของบุคคล โดยกำหนดว่า “ผู้ใดได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์จากอัตลักษณ์ของมนุษย์โดยไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ซึ่ง ชื่อ อัตลักษณ์ ลักษณะ หรือสิ่งที่สามารถระบุได้ว่าเป็นบุคคลนั้นย่อมมีความผิด”²⁸

3.2.2 กฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษ

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของอังกฤษถือได้ว่าเป็นกฎหมายแม่แบบที่รัฐอื่นๆ นิยมนำไปร่างกฎหมายของตน โดยที่กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของอังกฤษ คือ

²⁷ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *คู่มือการขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในต่างประเทศ 30 ประเทศ* (กรุงเทพฯ: กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2548), 382.

²⁸ The Restatement (Third) of Unfair Competition Article 46.

Trade Mark Act 1994 ซึ่งได้กำหนดนิยามเครื่องหมายการค้า หมายถึง “เครื่องหมายใด ๆ ที่สามารถแสดงออกมาเป็นภาพวาดหรือภาพเขียน (graphic) ที่สามารถใช้แบ่งแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากรายอื่นได้”²⁹ ในลักษณะนี้จะมุ่งถึงการรับรองสิทธิในชื่อที่จะสามารถนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตามยังมี Trade Mark Registration Act 1875-1877 กำหนดว่า “ชื่อของบุคคลหรือชื่อของนิติบุคคลซึ่งประดิษฐ์ขึ้นมาเป็นตัวพิเศษที่มีความแตกต่างของตัวอักษร คำ รูปร่างของตัวอักษรหรือการรวมตัวกันของตัวอักษร ตัวหรือรูปร่างของตัวอักษรนั้น เมื่อชื่อหรือบางส่วนของชื่อของบุคคลธรรมดา กลุ่มบุคคล บริษัทใด ๆ ที่มีคุณสมบัติสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า...”³⁰

กล่าวได้ว่า แม้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย จะได้รับอิทธิพลมาจากตะวันตก อย่างไรก็ตาม ด้วยระบบกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (civil law) ส่งผลให้บทบัญญัติกฎหมายเป็นสาระสำคัญในการใช้และการตีความ และแนวทางการบัญญัติกฎหมายในหลายส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์มนุษย์ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยก็มีรายละเอียดที่แตกต่างไปจากประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 7 วรรคสอง (1) ชื่อตัวชื่อสกุล ที่ต้องมีลักษณะพิเศษ เป็นต้น

4. ลักษณะบ่งเฉพาะของอัตลักษณ์มนุษย์ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าไทย

ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้เครื่องหมายได้รับการจดทะเบียน เมื่อความมีลักษณะบ่งเฉพาะอาจตีความได้อย่างหลากหลายถึงแม้ว่าจะมีตัวอย่างที่เป็นส่วนช่วยเหลือในการตีความก็ตาม จึงอาจจะกล่าวได้ว่า ลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายปัจจุบันจะต้องพิจารณาโดยรัฐเป็นรายกรณีไป ทั้งนี้ หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างอัตลักษณ์มนุษย์กับลักษณะบ่งเฉพาะ เห็นได้ว่าในหลายกรณีอัตลักษณ์มนุษย์ก็มีลักษณะบ่งเฉพาะ และ ในบางกรณีก็ไม่มี ตามการใช้และการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย จึงนำไปสู่ข้อความคิดที่ว่าอัตลักษณ์มนุษย์จะมีลักษณะบ่งเฉพาะได้ ต่อเมื่อมีลักษณะตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

²⁹ เรื่องเดียวกัน, 451.

³⁰ พนิดา มินาลัย, “การคุ้มครองชื่อทางการค้าที่ซ้ำกับเครื่องหมายการค้า,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอีสต์ซัมมิต* 5, ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2557), 92.



4.1 นิยามลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายไทย

ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างอัตลักษณ์ของมนุษย์กับลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้านั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเข้าใจถึงความเป็นพลวัตรของลักษณะบ่งเฉพาะ เนื่องจากแต่เดิมกฎหมายเครื่องหมายการค้าต้นฉบับของประเทศไทยนั้นไม่ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดแจ้ง จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ตามลำดับ

4.1.1 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474

กฎหมายฉบับนี้ได้รับแนวความคิดและอิทธิพลมาจากกฎหมายของอังกฤษ ทั้งนี้ ลักษณะบ่งเฉพาะนั้น ได้กำหนดให้ต้องมีสาระสำคัญอย่างน้อยหนึ่งประการในเครื่องหมาย เช่น ชื่อ ลายมือชื่อ คำ เครื่องหมายอื่นๆ เป็นต้น หากปรากฏว่าไม่อยู่ในเงื่อนไขดังกล่าวผู้ยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องแสดงพยานหลักฐานที่แสดงได้ถึงควมมีลักษณะบ่งเฉพาะ³¹ จากการนิยามดังกล่าว สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายได้กำหนดขอบเขตของลักษณะบ่งเฉพาะให้มีขอบเขตที่กว้างขวาง ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายได้เปิดช่องให้เอกชนสามารถที่จะยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอื่นๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดได้หากสิ่งเช่นว่านี้มีลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถแสดงหลักฐานให้เจ้าพนักงานของรัฐได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีเช่นว่านี้รัฐก็ได้ให้อำนาจนายทะเบียนในการใช้ดุลพินิจสำหรับการพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นการเปิดช่องว่างในส่วนการปฏิบัติงานไว้เพื่อปฏิบัติงานได้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับผู้ขอจดทะเบียนที่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานมาแสดงได้ เพื่อให้เครื่องหมายตนได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

4.1.2 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เมื่อพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ฉบับปัจจุบันของไทย จะพบว่า ถ้อยคำในกฎหมายที่กล่าวถึงลักษณะบ่งเฉพาะนั้นกฎหมาย ไม่มีการกำหนดนิยามเอาไว้อย่างแจ่มชัด ทั้งนี้ จะแปลความได้ว่าผู้ร่างประสงค์ที่จะไม่ให้กฎหมายนั้นมีความแข็งแกร่งจนเกินไปและเพื่อที่จะให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการที่จะตีความปรับใช้กฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมอันเนื่องมาจากสภาพของเครื่องหมายการค้าที่มีความเป็นพลวัตรสูง ในทางตรงกันข้ามแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้นิยามความหมายของลักษณะบ่งเฉพาะเอาไว้แต่ได้มีการยกตัวอย่างของลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งสะท้อนได้จากคำว่า “ได้แก่” ดังปรากฏในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพราะฉะนั้น เครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ จะต้องเป็นกรณีพิเศษเฉพาะเจาะจงอันสามารถบ่งชี้หรือจำแนกแยกแยะให้เห็น

³¹ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474, มาตรา 4

ได้ว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นๆ แตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ซึ่งการบ่งชี้หรือการแยกแยะเช่นนี้เป็นการแยกให้เห็นซึ่งความแตกต่างของสินค้าหรือบริการโดยมุ่งหมายถึงการดูหรือการสังเกตที่เครื่องหมายเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เครื่องหมายทำหน้าที่ไม่ถึงขนาดที่จะบ่งชี้หรือแยกแยะความแตกต่างได้ ก็ทำให้เครื่องหมายที่รัฐจะพึงรับจดทะเบียน ดังนั้น ในการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะ จึงต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเฉพาะรายไป เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5197/2549 ซึ่งศาลฎีกาพิจารณาว่าแม้คำว่า CREATING - CONCEPT ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่ก็ปรากฏว่าเครื่องหมายบริการของโจทก์ก็ได้มีแต่คำว่า CREATING - CONCEPT เท่านั้น แต่ยังประกอบด้วยการ์ตูนใบหน้าที่คล้ายรูปไข่หลับตาและยังมีลักษณะท่าทางเหมือนกำลังก้าวเดินขึ้นไปบนสายรุ้ง และที่ปลายสายรุ้งมีรูปพระจันทร์เสี้ยว อันเป็นภาพที่โจทก์ประดิษฐ์ขึ้น เครื่องหมายบริการในส่วนนี้จึงมีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสอง (6) ประกอบมาตรา 80 แห่ง พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แต่เครื่องหมายบริการดังกล่าวมีส่วนหนึ่งคือคำว่า CREATING - CONCEPT มีลักษณะไม่บ่งเฉพาะ จึงให้โจทก์สิทธิที่จะไม่ขอถือเป็นสิทธิของตนแต่ผู้เดียวที่จะใช้คำดังกล่าวกับการขอจดทะเบียนเครื่องหมายบริการตามคำขอของโจทก์ตามมาตรา 17 ประกอบมาตรา 80 แห่ง พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ด้วยเหตุผลข้างต้นนี้ จึงกล่าวได้ว่าหากเปรียบเทียบกฎหมายเครื่องหมายการค้าไทย ทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น กฎหมายฉบับใหม่มีลักษณะของการให้สิทธิของลักษณะบ่งเฉพาะที่มีขอบเขตที่ค่อนข้างแคบกว่า เพราะว่ากฎหมายใหม่ได้กำหนดประเภทของลักษณะบ่งเฉพาะเอาไว้โดยไม่ได้เปิดช่องไว้เช่นกฎหมายเก่าที่ผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสามารถแสดงหลักฐานความมีลักษณะบ่งเฉพาะนอกเหนือจากประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น หากพิจารณาโดยเปรียบเทียบกฎหมาย ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเครื่องหมายเอง ตามกฎหมายใหม่นั้นอาจตีความได้ว่าจะต้องเป็นประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ในทางกลับกันสิ่งอื่นๆ ที่นอกเหนือจากประเภทที่กฎหมายกำหนดย่อมจะต้องมาพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะอันเกิดจากการใช้อีกด้วย ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเน้นย้ำว่า ประเด็นนี้ยังไม่มีข้อยุติและยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าลักษณะบ่งเฉพาะในอนุมาตราที่ปรากฏในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นเพียงตัวอย่างประกอบการตีความเท่านั้น อาศัยเหตุผลว่า มาตรา 7 วรรค 1 และ วรรค 2 บัญญัติแยกกัน ดังนั้น เครื่องหมายใด ๆ ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตาม วรรค 1 ย่อมสมควรได้รับการจดทะเบียน ส่วน วรรค 2 เป็นตัวอย่างที่กฎหมายกำหนดว่าให้มีลักษณะบ่งเฉพาะได้เช่นเดียวกัน



4.2 ความสัมพันธ์ของอัตลักษณ์ของมนุษย์กับความเป็นลักษณะบ่งเฉพาะตาม มาตรา 7 อนุมาตราหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

มนุษย์นอกจากการเป็นจุดเริ่มต้นของประธานแห่งสิทธิแล้ว การที่มนุษย์ทุกคนมีความแตกต่างกันทั้งในแง่ทางกายภาพและในแง่จิตใจ ซึ่งในบทความนี้กล่าวถึงความแตกต่างในแง่กายภาพเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ความแตกต่างดังกล่าวของมนุษย์หรือที่เรียกว่า “อัตลักษณ์ของมนุษย์” มีคุณสมบัติหรือลักษณะพิเศษที่สามารถทำหน้าที่ในการแบ่งแยก แยกแยะ จำแนก ตลอดจนบ่งชี้มนุษย์ผู้นั้นได้ ซึ่งคุณสมบัติหรือลักษณะพิเศษดังกล่าวนี้สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากการที่มนุษย์ผู้หนึ่งประกอบกิจการทางการค้าทั้งในแง่ของการขายสินค้าหรือบริการ ผู้บริโภคหรือประชาชนโดยทั่วไปอาจจะจดจำความแตกต่างของสินค้าหรือบริการอันเนื่องมาจากอัตลักษณ์ของมนุษย์ที่ถูกนำมาใช้ในเครื่องหมายนั้นๆ ได้ ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า Jim Thomson ซึ่งเป็นชื่อของบุคคลที่ผลิตผ้าไหมคุณภาพของประเทศไทย เป็นต้น เพราะฉะนั้น อัตลักษณ์ของมนุษย์มีความสัมพันธ์กับเครื่องหมายการค้าในแง่ของการเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ กล่าวคือ อัตลักษณ์ของมนุษย์ที่ถูกนำมาใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้าโดยสามารถทำหน้าที่แยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ด้วยตัวเอง โดยที่อัตลักษณ์ของมนุษย์ที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ มี 2 ส่วน ได้แก่

4.2.1 อัตลักษณ์ของมนุษย์โดยแท้

เนื่องจากโดยสภาพแล้วอัตลักษณ์ของมนุษย์มีขึ้นจากเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์ที่ได้สรรค์สร้างโดยธรรมชาติให้มีความแตกต่างโดยที่ไม่มีผู้ใดสามารถพรางหรือนำเอาไปได้ เพราะฉะนั้นการที่จะนำเอาอัตลักษณ์ดังกล่าวมาใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้า จะต้องผ่านกระบวนการถอดอัตลักษณ์ทางกายภาพมาให้สามารถทำเป็นเครื่องหมายได้ ทั้งนี้ ที่เห็นได้ชัดที่สุดคือการบันทึกภาพและการวาดภาพของมนุษย์ผู้นั้นลงบนวัตถุต่างๆ ทั้งนี้ โดยสภาพแล้วลักษณะทางกายภาพของมนุษย์ทั้งหมดทั้งที่ได้จากภาพถ่ายหรือการวาดภาพย่อมมีความแตกต่างกันอยู่แล้วซึ่งสะท้อนถึงการมีลักษณะบ่งเฉพาะอยู่ในตัวซึ่งกฎหมายได้รับรองเอาไว้ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นอกจากนี้ ลักษณะทางกายภาพของใบหน้ามนุษย์นั้นก็มีลักษณะบ่งเฉพาะอยู่ในตัวเช่นเดียวกันเนื่องจากโดยสภาพของใบหน้าที่ย่อมมีความแตกต่างกัน จึงอาจจะกล่าวได้ว่า อัตลักษณ์ของมนุษย์ที่มีขึ้นพร้อมกับความเป็นมนุษย์นั้นกฎหมายได้ให้เข้ามารับรองและคุ้มครองในบริบทที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในฐานะเครื่องหมายการค้าซึ่งมีแนวคิดของเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะในฐานะมาตรวัดของความ เป็นเครื่องหมายการค้า ดังนั้น อัตลักษณ์ของมนุษย์โดยแท้ในด้านหนึ่งจึงมีความสัมพันธ์กับเครื่องหมายการค้าในแง่ของลักษณะบ่งเฉพาะด้วย ซึ่งภาพถ่าย ภาพวาด จากอัตลักษณ์ของมนุษย์มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยสภาพที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าด้วยวิธีการบันทึก

ภาพหรือวาดภาพ โดยที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้รับรองอัตลักษณ์ของมนุษย์ในแง่เนื้อหาไว้

4.2.2 อัตลักษณ์ของมนุษย์อื่นๆ

แม้ว่าโดยสภาพของอัตลักษณ์มนุษย์ที่ทำหน้าที่บ่งบอกความเป็นของผู้นั้นจะต้องเกิดจากเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์ แต่ทว่ายังมีสิ่งบางประการที่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้โดยเกิดมีขึ้นภายหลังจากการมีสภาพมนุษย์แล้ว เช่น ชื่อตัว ชื่อสกุล ลายมือชื่อ เป็นต้น โดยที่สิ่งเหล่านี้มีสิ่งร่วมกัน คือ เกิดขึ้นในภายหลังและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ อัตลักษณ์ของมนุษย์อื่นๆนี้ ทำหน้าที่ในการบ่งบอกความเป็นของมนุษย์ผู้นั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีความสัมพันธ์กับลักษณะบ่งเฉพาะในกรณีที่ใช้ในฐานะเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ

1) ชื่อ ซึ่งหมายถึงชื่อตัว ชื่อสกุล โดยที่ชื่อดังกล่าวนั้นแต่เดิมทำหน้าที่ในการแบ่งแยกตัวประธานแห่งสิทธิซึ่งมีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองในแง่ใด อย่างไรก็ดี ชื่อดังกล่าวจะต้องไม่แสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการนั้นๆ ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ว่าชื่อนั้นจะทำหน้าที่ในการแบ่งแยกตัวบุคคลซึ่งสามารถแบ่งแยกผู้ประกอบการให้ขายสินค้าหรือให้บริการได้ก็ตาม แต่จะต้องเป็นไปตามหลักการในกฎหมายเครื่องหมายการค้าอีกด้วยนั่นคือต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะจึงจะเรียกว่าได้ชื่อดังกล่าวสามารถนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ ดังนั้น ในกรณีของนามแฝง นามปากกา แม้ว่าจะจะเป็นชื่อมนุษย์ที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับชื่อตัวชื่อสกุลก็ตามนั้น เป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะให้การรับรองสถานะเอาไว้ ก็อาจจะต้องไปพิจารณาเป็นเครื่องหมายชนิดอื่น เช่น ชื่อทางการค้า เครื่องหมายคำ หรือ คำประดิษฐ์ เป็นต้น

การที่ชื่อดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาในฐานะลักษณะบ่งเฉพาะจะต้องทำให้ชื่อมาเป็นชื่อทางการค้าเสียก่อนโดยนำชื่อมาประกอบธุรกิจซึ่งเป็นกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางการค้าจนกระทั่งสร้างความแตกต่างกับผู้บริโภคได้จึงมีลักษณะเป็นชื่อทางการค้าได้ โดยที่หากชื่อทางการค้านั้นไม่สื่อถึงคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการโดยตรงก็จะมีลักษณะบ่งเฉพาะได้ เพราะฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่าแม้ชื่อจะทำหน้าที่ในการแบ่งแยกตัวบุคคลได้ก็ตามแต่หากนำมาใช้ในฐานะแบ่งแยกสินค้านั้นจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งชื่อทุกชื่อไม่จำเป็นต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะเสมอไป เนื่องจากไม่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

2) ลายมือชื่อ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายหลังจากการมีสภาพบุคคลแล้ว โดยเป็นการที่มนุษย์ผ่านการฝึกฝนทางการเขียนแล้วถ่ายทอดความเป็นอัตลักษณ์ของตนผ่านน้ำหมึกลงบนวัตถุต่างๆ ซึ่งโดยสภาพแล้วย่อมมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ลายมือชื่อของมนุษย์แต่ละคนนั้นแตกต่างกันในลักษณะของการจรดน้ำหมึกลงบนวัตถุ ทั้งนี้ เนื่องจากปัจจัยต่าง ๆ ของลายเส้น น้ำหนักการกด เป็นต้น เพราะฉะนั้น ลายมือชื่อเกิดขึ้นจากการถ่ายทอดของมนุษย์ซึ่งแสดง



ความเป็นของตนจึงเป็นอัตลักษณ์ของมนุษย์อย่างหนึ่ง นอกจากนี้ ลายมือชื่อยังอาจเป็นอัตลักษณ์ของมนุษย์ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยสภาพในตัวเองอีกด้วย อย่างไรก็ตาม หากเปรียบเทียบกับชื่อจะพบกว่ามีความแตกต่างประการสำคัญ คือ โดยสภาพของชื่อนั้นไม่อาจจะถือได้ว่าทุกชื่อจะมีลักษณะบ่งเฉพาะได้เพราะบางชื่อนั้นแสดงถึงคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการซึ่งขัดแย้งกับแนวคิดของเครื่องหมายการค้า ในขณะที่ลายมือชื่อนั้นโดยสภาพเป็นสิ่งที่มีความบ่งเฉพาะอยู่ในตัวเองชัดเจนยิ่งกว่า

อาจกล่าวได้ว่า อัตลักษณ์ของมนุษย์ที่เกิดขึ้นพร้อมหรือภายหลังจากการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายนั้นกฎหมายได้ให้เข้ามารับรองและคุ้มครองในบริบทที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในฐานะเครื่องหมายการค้าซึ่งมีแนวคิดของเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะเป็นมาตรวัดของความเป็นเครื่องหมายการค้า ดังนั้น อัตลักษณ์ของมนุษย์ในลักษณะอื่นๆ ในด้านหนึ่งจึงมีความสัมพันธ์กับเครื่องหมายการค้าในแง่ของลักษณะบ่งเฉพาะด้วย ซึ่ง ชื่อ ลายมือชื่อ จากอัตลักษณ์ของมนุษย์ก็มีลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้า ผ่านวิธีการบันทึกภาพหรือวาดภาพ โดยที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้รับรองอัตลักษณ์ของมนุษย์ในแง่เนื้อหาไว้

4.3 วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างอัตลักษณ์ของมนุษย์และลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้า

การที่อัตลักษณ์ของมนุษย์สามารถทำหน้าที่ได้อย่างเครื่องหมายการค้า นั้น มิได้หมายความว่าอัตลักษณ์ดังกล่าวทุกประเภทจะมีลักษณะบ่งเฉพาะอันพึงได้รับจดทะเบียนตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายมีองค์ประกอบและเงื่อนไขกำหนดเอาไว้ โดยเฉพาะ ประเด็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้น คือ การใช้และการตีความกฎหมายที่ไม่แน่นอน ไม่ว่าจะเป็นการตีความอัตลักษณ์มนุษย์ไปเป็นเครื่องหมายลักษณะอื่น เช่น การตีความว่าชื่อตัวชื่อสกุลเป็นคำประดิษฐ์ หรือ ความเข้าใจที่ว่าอัตลักษณ์มนุษย์จะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะทุกกรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาว่าอัตลักษณ์จะมีลักษณะบ่งเฉพาะทางกฎหมายหรือไม่ จะต้องเริ่มจากการวิเคราะห์ว่าอัตลักษณ์ที่นำมาจดทะเบียน ตามเจตนารมณ์ประสงค์ให้มีสถานะอะไร แล้วตามข้อเท็จจริงสิ่งนั้นคืออะไร อย่างเช่น ชื่อตัวชื่อสกุล ก็ไม่ควรพิจารณาเป็นคำประดิษฐ์ และจึงนำมาพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายที่กำหนดไว้อีกชั้นหนึ่ง เช่น ชื่อตัวชื่อสกุล จะต้องมีความพิเศษ และ ไม่เล็งโดยตรงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการที่จดทะเบียน

ในทางตรงกันข้าม อัตลักษณ์ของมนุษย์ประการใดที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เช่น ชื่อตัวชื่อสกุลที่เล็งโดยตรงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการที่จดทะเบียน เช่น นางสาวปลาจดทะเบียนกับธุรกิจอาหารทะเล เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีข้อถกเถียงอีกว่าอัตลักษณ์มนุษย์

ในลักษณะอื่น ๆ ที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ได้บัญญัติไว้ในอนุมาตรา จะนำมาจดทะเบียนได้หรือไม่ และ ถ้านำมาจดทะเบียนจะมีวิธีการใช้และการตีความอย่างไร ตัวอย่างเช่น ลายพิมพ์นิ้วมือไม่มีการบัญญัติไว้ในอนุมาตรา แต่ถ้านำมาจดทะเบียนจะพิจารณาว่าเป็นภาพประดิษฐ์ได้หรือไม่ ถ้าได้จะตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เครื่องหมายใด ๆ ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรค 1 แล้ว ย่อมสามารถรับจดทะเบียนได้ เพราะ มาตรา 7 วรรค 2 เป็นเพียงตัวอย่างที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ประกอบการตีความเท่านั้น

ประเด็นปัญหาสุดท้าย คือ การรับจดทะเบียนอัตลักษณ์มนุษย์ที่หากผ่านลักษณะบ่งเฉพาะไปแล้ว จะพิจารณาความเหมือนคล้ายอย่างไร ยกตัวอย่างเช่น ชื่อตัว ชื่อสกุล จะเหมือนหรือคล้ายกับลายมือชื่อของบุคคลเดียวกันหรือไม่ ประเด็นนี้เห็นว่ากฎหมายมีการกำหนดองค์ประกอบเรื่องการขออนุญาตในส่วนลายมือชื่อไว้แล้ว ทั้งนี้ก็เป็นเช่นเดียวกับภาพถ่าย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า อัตลักษณ์ของมนุษย์นั้น แม้จะสามารถทำหน้าที่ได้อย่างเครื่องหมายการค้า แต่การใช้กับการจดทะเบียนก็เป็นคนละประเด็นกัน กล่าวคือ หากต้องการนำอัตลักษณ์มาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ก็จะต้องมีลักษณะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยยอมรับเอาอัตลักษณ์มนุษย์ว่าเป็นสิ่งที่มีลักษณะบ่งเฉพาะอันพึงรับจดทะเบียนได้ ทั้งนี้ ภายใต้ความสัมพันธ์ที่ว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์กับเครื่องหมายการค้านั้นถูกพัฒนาให้สามารถทำหน้าที่แบ่งแยกตัวสินค้าหรือการให้บริการโดยใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์ที่เกิดขึ้นมาพร้อมหรือภายหลังการมีสภาพบุคคลของมนุษย์ ซึ่งแต่เดิมนั้นได้ทำหน้าที่ในการแบ่งแยกตัวประธานแห่งสิทธิทั้งในเชิงของกฎหมายและข้อเท็จจริง ต่อมาโดยผลของความเป็นพลวัตจึงทำให้มีการรับรองและคุ้มครองอัตลักษณ์เช่นว่านี้ในฐานะของเครื่องหมายการค้าภายใต้หลักเกณฑ์หรือแนวคิดของลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อให้คุณสมบัติดังกล่าวได้รับการรับรองและคุ้มครอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อัตลักษณ์ของมนุษย์นั้นมีพื้นฐานของความเป็นที่เฉพาะตัวอยู่แล้ว เพราะสามารถทำหน้าที่แยกแยะตัวมนุษย์ด้วยกันเอง

สาระสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างอัตลักษณ์มนุษย์กับความมีลักษณะบ่งเฉพาะนี้ จึงตกอยู่ในประเด็นที่ว่าอัตลักษณ์มนุษย์โดยสภาพนั้นมีสถานะเป็นเครื่องหมายการค้าด้วยตัวเองอยู่แล้ว เพราะคุณลักษณะของอัตลักษณ์ที่สามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าได้แต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะบ่งเฉพาะของอัตลักษณ์ของมนุษย์เช่นว่านี้ จะต้องถึงขนาดที่เป็นลักษณะบ่งเฉพาะตามแนวคิดของกฎหมายเครื่องหมายการค้าด้วย กล่าวคือ โดยสภาพแล้ว



จะต้องไม่สื่อถึงคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการโดยตรงหรือชัดเจน และในบางกรณีอาจจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายบางประการ ซึ่งหมายรวมถึงดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ ผู้มีอำนาจพิจารณาด้วย ดังนั้น ในบริบทนี้อัตลักษณ์ของมนุษย์ จึงสามารถเป็นได้เป็นเครื่องหมายการค้าได้หากเป็นอัตลักษณ์ที่แสดงถึงลักษณะบ่งเฉพาะ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า อัตลักษณ์มนุษย์โดยตัวมันเองนั้น ยังไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า เว้นเสียแต่จะได้ทำตามองค์ประกอบที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าบัญญัติไว้

การที่อัตลักษณ์มนุษย์ถูกนำมาจดทะเบียนหรือใช้เป็นเครื่องหมายการค้า นั้น ยังมีประเด็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่ง นอกจากนิยามลักษณะบ่งเฉพาะ คือ ปัญหาในเรื่องความทับซ้อนกับสถานะของเครื่องหมายการค้าในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น ภาพบุคคลกับภาพประดิษฐ์ ชื่อสกุลของบุคคลกับคำทั่วไปหรือคำประดิษฐ์ ซึ่งความทับซ้อนทั้งหลายนี้ อาจนำไปสู่ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าสิ่งประการใดกันแน่ที่เป็นอัตลักษณ์มนุษย์ หรือกรณีชื่อนามสกุลของ Jim Thompson นั้น เป็นชื่อของบุคคลซึ่งมีตัวตนจริงและเป็นเจ้าของธุรกิจสิ่งทอ ดังนั้น การใช้ชื่อนี้ดังกล่าวเป็นเครื่องหมาย ย่อมเป็นอัตลักษณ์มนุษย์รูปแบบหนึ่ง

อย่างไรก็ดี การมองว่า Jim Thompson เป็นคำประดิษฐ์ในฐานะคำที่ไม่มีความหมายหรือคำแปลตามพจนานุกรมก็ย่อมทำได้ แต่เห็นว่าจะเป็นการขัดแย้งต่อเจตนารมณ์และข้อเท็จจริงของชื่อนี้ดังกล่าวกวไป ซึ่งยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่และไม่มีข้อยุติ ทั้งนี้ ยังจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์อื่น ๆ ที่กฎหมายเครื่องหมายการค้ามิได้มีการบัญญัติไว้ จะสามารถนำมาจดทะเบียนได้หรือไม่ ซึ่งได้แสดงความเห็นแล้วว่าสามารถทำได้ เพราะบทบัญญัติมาตรา 7 วรรค 1 เปิดช่องให้สิ่งใด ๆ ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะสามารถนำมาจดทะเบียนได้ แต่อาจไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของสิ่งนั้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว อัตลักษณ์ของมนุษย์นั้นมีคุณสมบัติสำคัญ คือ การสร้างความแตกต่างและสามารถเป็นที่จดจำได้ของมนุษย์คนอื่น อย่างไรก็ดี ด้วยข้อจำกัดที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าที่มีบทนิยามว่าเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะที่กำหนดว่าเครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น อาจทำให้อัตลักษณ์มนุษย์โดยสภาพ มิได้มีลักษณะบ่งเฉพาะทุกกรณี แต่จะต้องเป็นอัตลักษณ์ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองตามขอบเขตของกฎหมาย³²

³² บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาคุญนิพนธ์ เรื่อง “ขอบเขตของสิทธิในอัตลักษณ์ของมนุษย์ภายใต้กฎหมายไทย” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และผู้เขียนขอขอบคุณว่าที่ร้อยตรี อานนท์ แก้วปัญญา ที่ช่วยเหลือจนงานฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี



References

- Boonma Tejavanija. "Trademark Law." In *Intellectual Property Law Handbook*, 118. Bangkok: The Thai Bar Under the royal patronage, 2012. [in Thai]
- Chaiyot Hemaratchata. *Principle of Intellectual Property Law (Fundamental Knowledge)*. 12th ed. Bangkok: Nititham, 2019. [in Thai]
- Department of Intellectual Property. *Guideline to Protect Intellectual Property in Foreign Countries (30 Countries)*. Bangkok: Department of Intellectual Property, 2005. [in Thai]
- Jakkrit Kaunpoth, and Nandana Indananda. *Class Handout for Intellectual Property Law Study*. 10th ed. Nonthaburi: Sukhothai Thammathirat Open University 2003 [in Thai]
- Panida Minalai. "Overlapping of Protection of Trade Name and Trademark." *Assumption University Law Journal* 5, no. 1 (January-June 2014): 89-103. [in Thai]
- Pattanarat Faugchun. "TRIPs Agreement." In *WTO Regulations 5th Books: Intellectual Property*, 20-22. Bangkok: Samlada, 2009. [in Thai]
- Sombon Bunphinon. "Reviewing Trademark Patent and Copyright Cases." In *Intellectual Property Law*, 183. Bangkok: Office of Judicial Affairs, 1989. [in Thai]
- Thatchai Supphaphonsiri. *Introduction to Trademark Law*. Bangkok: Nititham, 1993.
- Vichai Ariyanuntaka. *Globalizing of Intellectual Property (Vol 1)*. Bangkok: Jirat Printing, 2004. [in Thai]
- What Tingsamitr. *Trademark Law*. Bangkok: Nititham, 2002. [in Thai]