

ปัญหากฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า

2.1 ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า

มาตรา 273 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี ปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

องค์ประกอบความผิด คือ

1. ปลอม
2. เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น
3. ซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้วไม่ว่าภายในหรือนอกราชอาณาจักร
4. โดยเจตนา

2.1.1 ปลอมเครื่องหมายการค้า

2.1.1.1 ความหมายของคำว่าปลอม หมายความว่า การกระทำเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นของแท้¹ ทำโดยตั้งใจให้เหมือนของจริงที่มีอยู่ แต่ยอมทำได้ไม่เหมือนทุกประการอยู่เอง ถ้าทำขึ้นเป็นลักษณะเดิมซึ่งทั่วไปเห็นได้ว่าเป็นเหมือนของจริง ก็คือได้ว่าปลอม² คำว่าปลอมมิได้มีคำนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 คำว่าปลอม ถ้าเป็นคำกริยา หมายถึง ทำให้เหมือน

¹ สุบัน พูนพัฒน์, คำอธิบายเรื่องมาตราประมวลกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2516), หน้า 105.

² จิตติ ตึงศัพท์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2518), หน้า 1765.

คนอื่นหรือสิ่งอื่นเพื่อให้อ้างอิงว่าเป็นคนนั้นหรือสิ่งนั้น ถ้าเป็นคำวิเศษณ์ หมายถึง ไม่แท้
 จริงตามสภาพของสิ่งนั้น ส่วนคำว่าปลอมแปลง ถ้าเป็นคำกริยา หมายถึง ทำเลียนแบบ
 ใหญ่เหมือนของจริง อย่างไรก็ตามแม้ว่าในประมวลกฎหมายอาญาจะมีได้ให้คำนิยามไว้
 สำหรับคำว่าปลอม แต่ในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 6 (5) ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า
 "ผู้ใดทำสิ่งของเทียมโดยเจตนาจะให้ผู้อื่นหลงว่าเป็นของแท้ หานว่าผู้นั้นทำของปลอม"
 (การปลอมเครื่องหมายการค้า จะต้องมีการจริงอยู่ก่อนแล้ว) ตัวอย่างเช่น ปลอมเครื่องหมาย
 การค้า รูปนกยูงรำแทน ผู้ปลอมทำรูปนกยูงรำแทนเหมือนของจริง โดยมุ่งประสงค์ต่อ
 ผลคือให้บุคคลอื่นเห็นว่าเป็นของจริง แม้วานกยูงจะตัวอ้วนกว่าของจริง หางสั้นกว่าของจริง
 ไปบ้างก็ถือว่าเป็นความผิดฐานปลอมแล้ว

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับปลอมกับเลียน

การเลียน หมายความว่า มิได้ทำให้เหมือน แต่ทำให้คล้ายคลึงกับของที่แท้โดย
 มีข้อแตกต่างกันบ้าง แต่ก็ยังอาจทำให้คนธรรมดาหลงว่าเป็นของแท้³ เช่น เลียนเครื่อง
 หมายการค้ารูปนกยูงรำแทน ผู้เลียนทำเครื่องหมายการค้าเป็นรูปหอยแครง มองผิวเผิน
 คล้ายกับนกยูงรำแทนมาก ทั้งขนาด รูปร่าง สีสีน ซึ่งถ้านำมาวางไว้รวมกันโดยไม่สังเกต
 ให้ดีแล้วก็อาจหยิบผิดได้ แต่หาวิเคราะห์อย่างละเอียดแล้ว จึงจะเห็นว่าเป็นรูปหอยแครง
 ไม่ใช่ชนกยูงรำแทน

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นปลอมหรือเลียน จะมุ่งแต่ตัวเครื่องหมายอย่างเดียวนั้น
 ไม่พอ จะต้องพิจารณาดังวิสัยและพฤติการณ์ประกอบด้วย เช่น ตัวสินค้า ราคา ตลาด
 ระดับผู้บริโภค ฯลฯ เพราะความผิดอาญาเป็นความผิดต่อสังคม มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน
 จึงต้องวัดจากความรู้สึกรู้สึกนึกคิดของประชาชนทั่วไป เป็นส่วนประกอบด้วย การจะกำหนดลงไป
 เชนชัดว่า ปลอมต้องเหมือนของจริงแต่ไม่จำเป็นต้องเหมือนทุกประการ เพียงแต่คงลักษณะเดิม
 ซึ่งโดยทั่วไปเห็นว่าเหมือนของจริงนั้น แค่นั้น เพียงไร จึงจะถือว่าคงลักษณะเดิม (แม้จะไม่

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1767.

เหมือนทุกประการ) เข้าความผิดฐานปลอมไม่เข้าฐานเลียน ดังนั้นจึงต้องมุ่งที่ตัวผู้บริโภควัย การจะพิจารณาแต่เครื่องหมายอย่างเดียวไม่พอ บางกรณีเครื่องหมายมีลักษณะต่างจากของจริงค่อนข้างมาก แต่ผู้บริโภค หรือบุคคลทั่วไปเห็นว่าเหมือน แต่บางกรณี เครื่องหมายต่างกันเล็กน้อย แต่บุคคลทั่วไปสามารถแยกได้ทันทีว่าคล้าย แต่ไม่เหมือน. ความเชื่อว่าเหมือน หรือเพี้ยนแต่คล้ายนี้จะเปลี่ยนแปลงไปตามความสามารถและประสิทธิภาพของมนุษย์ เมื่อเวลาผ่านไป การรู้จักกลิ่นกรองแยกลักษณะมีสูงขึ้น จึงเป็นเรื่องที่ศาลควรนำมาซึ่งน้ำหนักประกอบการพิจารณา เช่น แต่เดิมเพิ่งมีการผลิตเครื่องบินขึ้นมา คนรู้จักเครื่องบินน้อย เมื่อเห็นลักษณะดังกล่าว แม้จะมีลักษณะแตกต่างกันไปบ้าง แต่เมื่อเป็นโลหะมีสองปีกบินได้ ก็สรุปว่าเป็นเครื่องบิน เมื่อเทียบกับปัจจุบัน คนรู้จักเครื่องบินมากขึ้นสามารถจำแนกได้ว่าเป็นเครื่องบินประเภทใด มีความแตกต่างกันที่จดจำได้ ดังนั้นการจะพิจารณาว่าปลอมหรือเลียนจึงต้องชั่งน้ำหนักอื่นประกอบด้วย

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับการปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้า จุดมุ่งหมายประการหนึ่งคือ ต้องการให้ผู้ซื้อสำคัญผิดในเครื่องหมายการค้า นั้น ซึ่งแบ่งเป็น 3 ระดับคือ

1. การปลอมในลักษณะเหมือนกันทุกประการ เป็นการเหมือนในความเป็นจริง ทั้งรูปร่าง ลักษณะ สี สัน ขนาด และรายละเอียดต่าง ๆ จนถึงขนาดต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญพิสูจน์ ปัจจุบันมักพบการปลอมในลักษณะนี้มากเพราะวิทยาการด้านเทคโนโลยีก้าวหน้า การปลอมจึงยิ่งแนบเนียนขึ้นจนยากจะพิสูจน์ความแตกต่างได้

2. การปลอมในลักษณะที่แตกต่างกันบ้างเล็กน้อยในรายละเอียด เช่น เครื่องหมายการค้ารูปมือ ต่างกันตรงที่นิ้วมืออ้วน - ผอม หรือสั้น - ยาว ผิดกันเล็กน้อย เมื่อคนทั่วไปมองและเห็นว่าเหมือน ก็ถือเป็นความผิดฐานปลอม เช่นเดียวกัน

3. การปลอมในลักษณะที่แตกต่างไปจากของจริง แต่เป็นการลงในความคิดของบุคคลอื่นให้เชื่อว่าเหมือนกัน ก็เป็นความผิดฐานปลอม เพราะเป็นเจตนาที่ยอมเล็งเห็นผลว่าบุคคลทั่วไปยอมอาจเข้าใจหรืออาจมองเห็นว่าเป็นสิ่งเดียวกัน เช่น เครื่องหมายการค้ารูปมือขวา

แต่ปลอมเป็นมือซ้าย คนทั่วไปจะจดจำเครื่องหมายการค้าจริงว่าคือตรามือ แต่มีได้จดจำว่ามือซ้ายหรือขวา ยิ่งเมื่อประกอบกับพฤติกรรมแวดล้อม ทั้งตัวสินค้าเป็นประเภทที่ราคาถูก ชื่อได้รวดเร็วโดยมีต้องตรวจสอบสินค้าก่อน เช่น หอพีที่ สินค้าสำหรับเด็ก แม่เด็กจะนำมาพิจารณาตัวเครื่องหมาย ก็ยังไม่อาจแยกออกได้ เพราะเด็กยอมเห็นว่าเป็นตรามืออยู่นั่นเอง เหมือนกับสินค้าจริงที่เคยซื้อ ไม่อาจจำแนกได้ว่าติดกันเพราะเป็นมือซ้ายกับมือขวา

4. ทำลักษณะแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าจริง แต่เมื่อมองอย่างผิวเผินหรือโดยหลังเสมอ จะเข้าใจผิดว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง เช่น เครื่องหมายการค้า รูปนกยูงรำแพน กับรูปหอยแครง กรณีเช่นนี้ถือเป็นการเลียน มิใช่ปลอม ดังนั้นเมื่อจะพิจารณาว่าเจ้าของประกอบความผิดตามมาตรา 274 หรือไม่ ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า การทำให้คล้ายคลึงนั้นมีเจตนาพิเศษเพื่อไปประชาชนหลงเชื่อหรือไม่ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในส่วนของการเลียนเครื่องหมายการค้า

ข้อสังเกต หลักตั้งกล่าวทั้ง 4 ข้อนี้ อาจนำมาใช้ประกอบการพิจารณาการกระทำ ความผิดต่อเครื่องหมายการค้า ในกรณีนี้โดยดูในความเห็นของผู้เขียนคือ

การทำเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นหลาย ๆ เครื่องหมายมารวมกันใช้กับสินค้าของตน โดยพิจารณาแยกเป็น 2 ลักษณะคือ

1) ทำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นหลาย ๆ เครื่องหมายมารวมกันเป็นกลุ่มเดียว มิได้แยกต่างหากกันไป เช่น น้ำอัสสัมใส่เครื่องหมายการค้า แมปชี เชนต้า มิรินดา สไปรท์ หรือเสื่อยืดติดเครื่องหมายการค้าประกอบด้วยรูปกระเซ่ หอยทาก คนขี่ม้าเล่นโปโล โดยใช้รูปทั้ง 3 ในลักษณะเดิมเดียวกับเครื่องหมายจริงทุกประการ แต่นำมาอยู่รวมกันล้อมกรอบด้วยวงกลม กรณีเช่นนี้จะเป็นความผิดฐานใด ในกรณีนี้เครื่องหมายการค้าที่นั้นจดทะเบียนไว้แล้ว สำหรับผู้เขียนเห็นว่า ควรพิจารณาว่าเมื่อนำเครื่องหมายดังกล่าวมารวมกันแล้ว จะมองแล้วเข้าใจว่าเป็นเครื่องหมายของเจ้าของแท้จริงหรือไม่ เครื่องหมายการค้าแต่ละเครื่องหมายย่อมต้องมี

ลักษณะเด่นอย่างใดอย่างหนึ่งใหญ่คละอื่นใดจดจำ แต่เมื่อนำลักษณะเด่นของแต่ละเครื่องหมายมารวมไว้ด้วยกันแล้ว ลักษณะเด่นดังกล่าวอาจหายไป เช่น เครื่องหมายการค้ารูปดาวของ นาย ก. เครื่องหมายการค้ารูปดวงอาทิตย์ ของนาย ข. เครื่องหมายการค้ารูปดวงจันทร์ ของนาย ค. เมื่อคนพบเห็นรูปดาว ก็เชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้านั้นเป็นของนาย ก. แต่เมื่อนาย ง. เอาเครื่องหมายการค้าทั้ง 3 มารวมกันเป็นรูปดาว ดวงอาทิตย์ ดวงจันทร์ สำระสำคัญที่คนเคยมองเห็นและจดจำก็จะหายไป เพราะเครื่องหมายนั้นมีได้สำระสำคัญคือดาว หรือดวงอาทิตย์ หรือดวงจันทร์ เพียงอย่างเดียวต่อไปอีกแล้วเท่ากับว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีได้มีสภาพลักษณะเดิม แต่เป็นการสร้างลักษณะใหม่ขึ้น จึงไม่เป็นความผิดฐานปลอม ซึ่งต้องพิจารณาต่อไปว่า จะเป็นความผิดฐานเลียนใดหรือไม่ โดยต้องไปพิจารณาในส่วนที่ว่า เครื่องหมายการค้าที่ว่ามี น่าจะทำให้ประชาชนหลงเชื่อหรือไม่ว่าเป็นเครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจริง ถ้าพิจารณาว่าน่าจะทำให้หลงเชื่อก็เข้าความผิดฐานเลียนเครื่องหมายการค้า แต่ถ้าไม่น่าจะทำให้หลงผิด ก็ไม่เข้าความผิดนี้

2) ทำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นหลาย ๆ เครื่องหมายมาติดกับสินค้าของตน แต่ไม่ได้ติดรวมกันเป็นกลุ่มเดียว เป็นการติดโดยแยกเป็นเอกเทศ เช่น เสื้อยืดที่ติดที่คอเสื้อว่าเป็น ARROW ติดที่อกเสื้อเป็นรูปจระเข้ LA COSTE ติดที่ชายเสื้อเป็น POLO รูปคนขี่ม้าเล่นโปโล เช่นนี้เป็นต้น หรือน้ำอัดลม คานหนึ่งติดเครื่องหมายการค้า PEPSI อีกคานหนึ่งติด FANTA เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า จะเข้าลักษณะปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เพราะเป็นการเอาเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมา และสำระสำคัญในความรู้สึกลึกลับจำของบุคคลทั่วไปยังคงอยู่ ไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในลักษณะเด่นของเครื่องหมายนั้น ๆ

เรื่องการทำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นหลาย ๆ เครื่องหมายมาใช้เป็นกลุ่มนี้เป็นปัญหาที่น่าสนใจติดตามยิ่ง อย่างไรก็ตาม เรื่องการทำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นหลาย ๆ เครื่องหมายมาติดในสินค้าเดียวกันนี้ ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาตัดสินในเรื่องนี้ออกมา เป็นเพียงข้อสังเกตที่น่าวิเคราะห์ในความคิดเห็นของผู้เขียน

การจะพิจารณาว่า การกระทำความคิดใดเป็นความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาถึงเจตนาแล้ว ยังต้องพิจารณาการกระทำประกอบด้วย ว่าการกระทำนั้นถึงระดับเป็นความผิดหรือไม่ เช่น มีเจตนาปลอมฉันทบัตร ลงมือกระทำโดยเอากระดาษเปลามาตัดแล้วสอดใส่ใช้ฉันทบัตรจริงวางปิดคานบนและคานล่าง เช่นนี้แม้จะมีเจตนาปลอม แต่เป็นการกระทำที่ไม่ถึงระดับความผิดฐานนี้ เพราะเพียงแต่คัดกระดาษเปล่าให้ใกล้เคียงขนาดฉันทบัตรจริงเพียงอย่างเดียว ยังไม่เข้าความผิดปลอม เพราะไม่มีลักษณะใกล้เคียงกับฉันทบัตรจริงแต่ประการใด แต่ถ้าเป็นกรณีที่การกระทำนั้นอยู่ในระดับใกล้เคียงของจริงแต่ยังไม่เหมือน เช่น เจตนาปลอมเครื่องหมายการค้ารูปช้าง แต่ทำออกมาแล้วไม่เหมือนรูปช้างบุคคลอื่นมิได้เห็นว่าเหมือนเครื่องหมายการค้าจริง ก็เข้าความผิดฐานพยายามปลอมได้ นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ การกระทำเกินเจตนา เช่น เจตนาเพียงเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น แต่เมื่อทำออกมาแล้ว รูปกลับเหมือนมากจนเข้าลักษณะปลอม เช่นนี้จะเป็นความผิดฐานปลอมหรือเลียน ผู้เขียนเห็นว่า กรณีเช่นนี้จะเป็นความผิดฐานปลอม โดยใช้ทฤษฎีวัดเจตนาส่วนเกินยอมเล็งเห็นผล วัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ผู้อื่นเห็นว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายดังกล่าวนี้เป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายแท้จริง และแม้ตั้งใจทำให้มีลักษณะแตกต่างกันบ้าง แต่เมื่อกระทำแล้วออกมาเหมือนลักษณะเดิมของจริง แล้วนำไปติดกับสินค้า ถือว่าเป็นเจตนายอมเล็งเห็นผลแล้ว เข้าความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 273

ความหมายของ "ปลอม" เมื่อเปรียบเทียบกับปลอมเงินตราและปลอมเอกสาร

ในเรื่องของการปลอมเงินตรานั้น ต้องมีของจริงอยู่ก่อนแล้ว เช่นเดียวกับปลอมเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 240 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ท่านอาจารย์จิติ ดิงษ์วิทย์ ได้อธิบายไว้ว่า การปลอมยอมจะเหมือนของจริงไปทุกอย่างไม่ได้ วัตถุที่ใช้ปลอมจะเป็นโลหะอย่างเดียวกันหรือไม่ ไม่สำคัญ เพียงแต่ดูลักษณะภายนอกอาจทำให้เห็นว่าเป็นเงินตราได้ถ้าไม่ระมัดระวังส่วนจะมีคนหลงเชื่อหรือไม่ไม่สำคัญ ความผิดฐานนี้เกิดขึ้นแล้ว เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1969/2505 ฎ 1557 ทดลองทำเหรียญ 50 สตางค์ปลอม แต่ยังไม่เหมือนของจริงนัก และยังไม่จะทดลองทำอีกความผิดสำเร็จแล้ว แต่ไหนจะเป็นความผิดฐานปลอม ต้องดูลักษณะเป็นเงินตราหรือยัง

จะขาดไปบ้างในรายละเอียดบางอย่าง แต่ดูเหมือนว่าเป็นเงินตราแล้วก็มีความผิดสำเร็จ เช่น ทำธนบัตรปลอม แต่ยังไม่ได้นำไปใช้ซื้อทรัพย์สิน ก็เป็นความผิดปลอมสำเร็จแล้ว การปลอมต้องพอที่จะลวงตามให้ดูเหมือนว่าเป็นเงินตราด้วย เช่น ต้องมีลวดลายอย่างเงินตรา จะไม่มีลวดลายเสียเลย เพียงแต่มีรูปร่างอย่างเงินตรายังไม่พอ เช่น ทำกระดาษพิมพ์ว่าธนบัตรรัฐบาล 500 บาท แต่ไม่มีลวดลายของธนบัตรรัฐบาลเลย ก็ยังไม่ใช้ความผิดฐานปลอมเงินตรา⁴

การปลอมเอกสาร มาตรา 264 การปลอมเอกสารต่างจากการปลอมเงินตราปลอมดวงตรา แสตมป์ ตั๋ว และปลอมเครื่องหมายการค้า คือ ปลอมสิ่งเหล่านี้ต้องมีชื่อแต่การปลอมเอกสารไม่จำเป็นต้องมีชื่อ แต่ทั้งนี้เพราะเงินตรา ดวงตรา แสตมป์ ฯลฯ ต้องมีกฎหมายกำหนดขึ้น จึงต้องทำให้ดูเหมือนสิ่งที่ได้กำหนดขึ้น ตั๋ว เครื่องหมายการค้า แม้ไม่มีกฎหมายกำหนด แต่ก็ต้องกำหนดลักษณะตัวของตนออกจำหน่าย หรือกำหนดเครื่องหมายการค้าของตนออกใช้กับสินค้า การปลอมจึงต้องทำให้เหมือนของจริง แต่เอกสารจะมีขึ้นในรูปใด ๆ ก็ได้ การปลอมเอกสารจึงไม่จำเป็นต้องมีเอกสารที่แท้จริงอยู่ก่อน และไม่จำเป็นต้องทำให้เหมือนของจริง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1650/2493, 2493 ฎ 1574)

เอกสารที่แท้มีได้หมายความว่าเอกสารนั้นจริงหรือเท็จ เอกสารปลอมอาจมีข้อความตรงกับความจริงก็ได้ และเอกสารจริงอาจมีข้อความเท็จก็ได้ จึงแพงเถิงที่ตัวผู้กระทำเอกสารเป็นหลัก ถูว่าในตัวของมันเองดูแล้วเห็นว่าผู้ใดกระทำขึ้น และความจริงนั้นผู้นั้นทำขึ้นหรือไม่ และแม้ว่าเอกสารนั้นเดิมเป็นของจริงอยู่ ต่อมามีการแก้ไขตัดแปลงข้อความโดยมิชอบ ก็กลายเป็นเอกสารปลอมได้ ดังนั้นความผิดฐานปลอมเอกสารตามมาตรา 264 เป็นได้ทั้งปลอมขึ้นทั้งฉบับเลยก็ได้ ไม่สำคัญว่าเอกสารจริงแท้จะมีอยู่หรือไม่ หรือจะเป็นการปลอมลงบนเอกสารแท้จริงเลยโดยการเติมหรือตัดทอนข้อความด้วยประการใด ๆ หรือแก้ไขหรือประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมก็ถือเป็นปลอมเอกสาร แต่ความผิดตามมาตรานี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อการปลอมนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1596.

การพิจารณาเกี่ยวกับสีในเรื่องการปลอมเครื่องหมายการค้า สีมิใช่เครื่องหมาย
ถ้ามิได้จดทะเบียนจำกัสีไว้อีกสีหนึ่ง กฎหมายให้ถือว่าจตุกสี ถ้าจดทะเบียนยกเว้น
โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าใช้สีเขียว บุคคลอื่นทำเหมือนแต่เป็นสีฟ้าหรือแดง ก็เข้า
ความผิดฐานปลอมแล้วไม่ใช่เพียงเลียน

รวมความแล้ว การปลอมคือการทำให้เหมือนของจริง ทำให้เหมือนของจริงที่มีอยู่
คำพิพากษาฎีกาที่ 782, 783/2508 ณ 2398 'วินิจฉัยว่าการทำรูปหรือประดิษฐ์หรือ
ข้อความของผู้ขึ้นตรงตามลักษณะเดิมมีเจตนาทำให้เหมือนของจริง ไม่ใช่การเลียน
ถือเป็นการปลอม การปลอมเครื่องหมายการค้า ไม่สำคัญว่า สี ขนาด วัสดุที่ใช้ทำ
เครื่องหมายจะต่างชนิดกันหรือไม่ ถ้ามีเจตนาทำให้เหมือนโดยทำขึ้นในลักษณะเดิมซึ่ง
โดยทั่วไปเห็นว่าเหมือนของจริง ก็เป็นความผิดฐานปลอม ซึ่งในความเห็นของผู้เขียน
เห็นว่าการจะถือเป็นการผิดฐานปลอมหรือไม่ ต้องวินิจฉัยทั้งตัวเครื่องหมาย และความ
รู้สึกนึกคิดของบุคคลทั่วไปประกอบกันว่า ในความรู้สึกของพวกเขาเห็นว่าเหมือน หรือ
เพียงแต่คล้ายคลึง โดยซึ่งน้ำหนักจากส่วนประกอบอื่น เช่น ตัวสินค้า ลักษณะหีบบรรจุ
ราคา ตลาด ฯลฯ นอกจากจะดูเจตนาประสงค์ต่อผลแล้วต้องคำนึงถึงยอมเล็งเห็นผลด้วย

มีปัญหาว่า PEPSI กับ Pepsi เป็นปลอมเครื่องหมายการค้าหรือเลียน
คงได้กล่าวไว้แล้วในบทก่อนถึงการพิจารณาความเหมือนคล้ายของเครื่องหมายการค้าโดย
วิเคราะห์ถึงภาพ เสียง และความหมายประกอบกัน จึงมีความคิดเห็นแย้งออกเป็น 2 แนวคือ

1. นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า น่าจะถือว่าเป็นการปลอม โดยพิจารณาจากแนว
คำพิพากษาที่ 782 - 783/2508 โดยศาลวางแนวไว้ว่า 'การใช้ชื่อหรือรูปหรือประดิษฐ์ของ
ผู้อื่นต้องทำให้เหมือนโดยตรง แม้เจ้าของมิได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ ก็เป็นความ
ผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272 (1) ได้ แต่ถ้าได้จดทะเบียนไว้แล้วก็เป็นความ
ผิดตามมาตรา 273 ซึ่งผู้กระทำความผิดนั้น' แสดงว่าถ้าเป็นการกระทำในลักษณะเหมือน
ถึงขนาดปลอม ถ้าจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้วถือเป็นการผิดตามมาตรา 273 แต่ถ้า

มีโจททะเขียนเป็นความผิดตามมาตรา 272 (1) และประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 932/2508 ที่ว่าแม่จำเลยจะใช้คำว่า "แพนเค้ก" เป็นภาษาไทย ส่วนโจทก์ใช้ PANCAKE ภาษาอังกฤษ เป็นการใช้สำเนียงเรียกขานเหมือนกันทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของโจทก์

เมื่อนำ 2 ฎีกานี้มาสรุปเข้าด้วยกันคือ (1) การกระทำความผิดตามมาตรา 272 (1) ต้องเข้าลักษณะปลอมเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกับมาตรา 273 ต่างกันที่มาตรา 273 เป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ส่วนมาตรา 272 (1) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีโจททะเขียน (2) โจทก์ใช้ภาษาอังกฤษว่า PANCAKE แต่จำเลยใช้เป็นภาษาไทยว่า แพนเค้ก ศาลวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามมาตรา 272 (1) จึงเห็นได้ว่า คำว่า แพนเค้ก แม่จำเลยใช้ภาษาไทย โจทก์ใช้ภาษาอังกฤษ ศาลก็เห็นว่าเข้าลักษณะปลอมแล้ว เมื่อพิจารณาคำว่า PEPSI กับ Pepsi เป็นเลียนหรือปลอมเครื่องหมายการค้า ก็น่าจะเป็นปลอมเพราะภาษาเดียวกันสะกดอย่างเดียวกัน และออกเสียงอย่างเดียวกันด้วย

2. ความเห็นที่ว่า น่าจะเข้าความผิดฐานเลียนมากกว่าความผิดฐานปลอม—
เครื่องหมายการค้า เพราะพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2842/2517 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า 'การพิจารณาความผิดตามมาตรา 272 (1) นั้น จะอาศัยคำเปล่งเสียงออกมอย่างเดียวกัน มิได้ จะต้องพิจารณาที่ตัวอักษร ด้อยคำ และลักษณะอื่น ๆ ประกอบกันไปด้วย' นอกจากนี้ในการให้ความคุ้มครองจากการขอลงทะเบียน กฎหมายจะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามลักษณะรูปที่จดทะเบียนไว้เท่านั้น โดยจะต้องตีตรูปเครื่องหมายการค้าที่ขอจดเข้าแฟ้มทะเบียนเก็บไว้เป็นหลักฐาน มิได้บันทึกเพียงเสียงเรียกขานเก็บไว้ เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้านำเครื่องหมายไปใช้ กฎหมายก็จะคุ้มครองเฉพาะตามลักษณะที่จดขอความคุ้มครองไว้แล้วเท่านั้น (เครื่องหมายการค้าต้องดูด้วยตา ฟังด้วยเสียงประกอบกัน ถ้าลักษณะที่มองด้วยตาไม่ถึงกับเหมือนแล้ว ก็ต้องพิจารณาเป็นเลียนไม่ใช่ปลอม) เช่น จดทะเบียนรูปเสื้อดาว ก็ได้รับความคุ้มครองเมื่อใช้เครื่องหมายเสื้อดาว ถ้ามีผู้ใช้เสื้อโคร่ง (แม้คำเรียกขานจะเหมือนกันว่าตราเสื้อ ก็ตาม) แหม่มองผิดเพี้ยนจะดูเหมือนเสื้อดาวก็ตาม เจ้าของเครื่องหมายจะฟ้องคดีได้ต่อเมื่อมีข้อพิสูจน์ว่าการกระทำนั้นมิเจตนาเพื่อไปประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าเสื้อดาว คือฟ้องความผิดฐานเลียนนั่นเอง

อย่างไรก็ดี เรื่องการใช้อักษรภาษาเดียวกัน เป็นตัวพิมพ์ใหญ่กับตัวเขียนเล็ก โดยสะกดอย่างเดียวกัน และอ่านออกเสียงเหมือนกัน ยังไม่เป็นคดีถึงศาลฎีกา จึงไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์ไว้ สำหรับผู้เขียน เห็นด้วยกับความเห็นประการที่ 2 เพราะการปลอมหมายถึง การทำให้เหมือนของจริง เป็นการทำขึ้นในลักษณะเดิมซึ่งคนทั่วไป เห็นว่าเหมือนของจริง เช่น เครื่องหมายการค้า CROSS สำหรับผลิตภัณฑ์ปากกา ถ้ามีผู้ใช้ "ครอส" หรือ CRAUSE หรือ *Cross* ก็น่าจะเป็นการเลียน หากประชาชนหลงเชื่อ ไม่น่าจะเป็นปลอม แม้เสียงเรียกขานจะเหมือนกัน เพราะหากพิจารณาจากเสียงเรียกขาน หรือตัวสะกดอย่างเดียวกัน ก็จะก่อให้เกิดปัญหาเกิดขึ้นตามมาไม่น้อย แต่ถ้าใช้ CROSS แม้ตัว O อาจจะพอมหรือวนไปบ้างก็ถือเป็นความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า

2.1.1.2 ปลอมเครื่องหมายต้องติดกับสินค้าก่อนด้วยหรือไม่

โดยทั่วไปแล้ว สินค้าคือตัวแปรสำคัญในเรื่องของเครื่องหมายการค้า เพราะเครื่องหมายการค้าคือเครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าเพื่อบ่งถึงแหล่งที่มา เจ้าของผู้ผลิต แต่ในความคิดตามมาตรา 273 เมื่อมีผู้ปลอมเครื่องหมายการค้าแล้ว แต่ยังมีไต่ไปติดกับสินค้า จะพิจารณาว่าเป็นความผิดฐานปลอมตามมาตรา 273 หรือไม่

ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า ความผิดสำเร็จทันทีเมื่อปลอมเสร็จไม่ ต้องคำนึงว่าไต่ไปติดกับสินค้าแล้วหรือไม่ จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 306, 307/2505 ศาลวินิจฉัยว่า แพนเครื่องหมายการค้าซึ่งส่งเข้ามาพร้อมกระจกแว่นตา แม้มิได้ติดกับกระจกก็เป็นความผิดสำเร็จแล้วตามมาตรา 275 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 395/2476 ศาลฎีกาวางแนวว่า (พิมพ์กระดาษตราฉนวนไฟฉายเอเวอร์เรดส์) ผู้ใดปลอมเครื่องหมายการค้าใช้ในการค้าขายต้องมีความผิดตามกฎหมายนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเครื่องหมายการค้านั้นได้ติดประจำกับสินค้าอย่างไรหรือไม่

ที่ว่าเครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายซึ่งใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยว ข้องกับสินค้า หมายความว่าแม้จะยังไม่ติดเข้ากับสินค้า เพียงแต่เพื่อนำไปใช้ยังเป็น เครื่องหมายการค้า ก็เป็นความผิดตามมาตรา 3 นอกจากนี้ยังเป็นการพิจารณาที่สอดคล้อง กับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรา 3 ซึ่งใช้คำว่า "ใช้" หรือ "จะใช้" หมายความว่า แม้จะยังมีไต่ใช้กับสินค้าเลขที่ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว และจาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1354/2506 ที่วางแนวว่า การที่บุคคลใดประดิษฐ์เครื่องหมายการค้า ขึ้นเพื่อสำแดงว่าสินค้านั้นเป็นของตน แม้จะยังมีไต่สำแดงกับสินค้าของตนก็ย่อมถือเป็นเครื่องหมายการค้าตามนัยแห่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแล้ว (ฎีกาศคดีแพ่ง)

ดังนั้น (1) ถ้าปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ใดจดทะเบียนไว้แล้ว ถือว่า เป็นความผิดตามมาตรา 3 ไม่คำนึงว่าเครื่องหมายการค้าดังกล่าวผู้เป็นเจ้าของจะได้ใช้ ติดกับสินค้าแล้วหรือไม่ (เจ้าของอาจยังมีไต่ผลิตสินค้าเลย)

(2) ถ้าปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ใดจดทะเบียนไว้แล้ว ถือว่า เป็นความผิดตามมาตรา 3 ไม่ว่าเครื่องหมายการค้าที่ปลอมนั้นจะไต่ถูกนำไปติดกับสินค้าแล้ว หรือไม่ก็ตาม

2.1.2 เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

การกระทำความผิดฐานปลอมตามมาตรา 273 นี้ต้องเป็นเรื่องของเครื่องหมาย การค้า มิใช่ลวดลายหรือรูปแบบ ตามที่ไต่กล่าวไว้แล้วในบทก่อนถึงคำนิยามของคำว่า เครื่องหมายการค้า ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการนำเอาเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้เป็นลวดลาย สินค้าของตนจะเป็นความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าหรือไม่ เช่น เจ้าของเครื่องหมาย การค้าจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปเทพนม สำหรับสินค้าเนคไท แต่มีบุคคลอื่นนำลาย เทพนมมาพิมพ์ติดกับสินค้าเนคไทของตนเป็นลวดลายตลอดเส้นเนคไท โดยด้านหลังของเนคไท คงติดเครื่องหมายการค้ารูปนกยูงของตนไว้ เช่นนี้ไม่เข้าความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า หรือการนำเครื่องหมายการค้า Cartier มาพิมพ์ติดกับกระเป๋าสะตางค์ เป็นลวดลาย โดยตลอดของตัวกระเป๋า และติดเครื่องหมายการค้า Snooply ของตนไว้ตรงมุมกระเป๋า

เช่นนี้ถือว่าไม่ใช่การปลอมเครื่องหมายการค้า ต้องไปพิจารณาถึงมาตรา 272 (1) การนำรูปรอยประดิษฐ์ของผู้อื่นมาใช้กับสินค้าของตนว่าเข้าความผิดตามมาตรา 272 (1) นี้หรือไม่ โดยพิจารณาว่าหากการกระทำดังกล่าวอาจทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของบริษัทเจ้าของเครื่องหมายการค้า Cartier แล้ว ก็เข้าความผิดตามมาตรา 272 (1) แต่ถ้าไม่เป็นการทำให้ประชาชนหลงผิดก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 272 (1) เจ้าของเครื่องหมายการค้า Cartier ต้องไปฟ้องคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดในการนำเครื่องหมายของผู้อื่นไปใช้โดยไม่มีสิทธิ ไม่ได้รับอนุญาต (ในกรณีเครื่องหมายการค้า Cartier น่าจะฟ้องละเมิดได้ เพราะเป็นคำประดิษฐ์ที่เจ้าของคิดขึ้นมาเอง แต่ถ้าเป็นลายแพทเทิร์น ไม่น่าจะฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ เพราะลายแพทเทิร์นเป็นลวดลายทางศิลปะของไทยที่มีแพร่หลายมานานแล้ว ใครก็ใช้ได้ แม้เจ้าของเครื่องหมายการค้านำมาจดทะเบียนสงวนไว้สำหรับ เป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าของตน แต่จะห้ามมิให้ผู้อื่นนำมาใช้พิมพ์เป็นลวดลายสินค้าหรืออื่นใดไม่ได้ ห้ามได้แต่กรณีนำมาใช้อย่างเป็นทางการเท่านั้น ความเห็นของผู้เขียนไม่มีฎีกาใดวางแนวในเรื่องนี้ไว้)

เครื่องหมายการค้านี้ ต้องเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ตามที่ได้อธิบายไว้แล้ว ในบทก่อนว่าใครคือเจ้าของเครื่องหมายการค้า ฉะนั้นในกรณีที่ตนได้ใช้เครื่องหมายนั้นมาก่อน โดยสุจริต และใช้เป็นที่แพร่หลายมาเป็นเวลานาน เมื่อมีผู้นำไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น แล้วมาฟ้องผู้ที่ใช้มาก่อนว่าปลอมเครื่องหมายการค้าของตนไม่ได้ เช่น นายกองผลิตยาสมุนไพรมาเป็นเวลานาน ใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตนว่า ยาตราเสือ แต่ไม่ได้นำไปจดทะเบียน ต่อมา นายเกียรติไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตราเสือสำหรับผลิตภัณฑ์ยาสมุนไพรของนายเกียรติ ซึ่งนายกองก็มีใจรักหรือคัดค้านแต่อย่างใด ต่อมา นายเกียรติฟ้องนายกองฐานปลอมเครื่องหมายการค้าของตนเช่นนี้ นายกองต่อสู้ได้ว่าเครื่องหมายการค้านี้เป็นของตนโดยได้ใช้มาก่อนโดยสุจริตเป็นเวลานาน เป็นที่รู้จักแพร่หลายไม่ได้เป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าของนายเกียรติ กรณีเช่นนี้เทียบเคียงได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1129/2501 ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยได้ใช้ชื่อยารัตุน้ำแดงผลไม้ตราใบทองและได้ปรุงจำหน่ายมาก่อนที่โจทก์จะได้อาจจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดให้ยกฎีกาโจทก์

(ฟ้องฐานเลี่ยนแบบมาตรา 274) 5

2.1.3 จดทะเบียนแล้วไม่ว่าจะใดจดทะเบียนภายในหรือนอกราชอาณาจักร

2.1.3.1 จดทะเบียนแล้ว ถ้อยคำในมาตรา 273 บัญญัติไว้เพียงว่า "เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว" ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เป็นถ้อยคำที่คลุมเครือเปิดโอกาสให้นักกฎหมายตีความแตกต่างกันไป โดยแบ่งแนวความคิดออกเป็น 2 ฝ่ายคือ

1. ความเห็นของฝ่ายแรกเห็นว่า คำว่าจดทะเบียนแล้วนี้ น่าจะหมายถึง เฉพาะจดทะเบียนในสินค้าจำพวกเดียวกัน ถ้าปลอมเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ในสินค้าจำพวกเดียวกันก็เป็นความผิดตามมาตรา 273 แต่ถ้าเป็นการปลอมเครื่องหมายการค้า ในสินค้าต่างจำพวกกัน ก็ไม่เข้าความผิดตามมาตรา 273 ต้องไปเข้ามาตรา 272 (1) เพราะหมายไต่ความว่า นำรูปรอยประติษฐาน (คือเครื่องหมายการค้า) ของผู้อื่นไปใช้

5 ข้อสังเกต ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการตีที่ประเทศไทยใช้ระบบการได้สิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการใช่มาก่อน เพราะสภาพการณ์ของประเทศไทย คนไทยเป็นจำนวนมากที่มุ่งผลิตค้าขายสินค้าของตนเพียงอย่างเดียว ขาดความรู้ ความเข้าใจ ในความสำคัญของการนำเครื่องหมายการค้าไปจดทะเบียน หากประเทศไทยใช้ระบบการได้สิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียนก่อน ก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น เพราะนอกจากจะมีพ่อค้าผู้ทุจริตฉกฉวยโอกาสนำเครื่องหมายการค้าที่แพร่หลายแล้วไปชิงจดทะเบียนเสียก่อนแล้ว ผู้ที่ทำอยู่ก่อนแล้วโดยสุจริตก็อาจถูกฟ้องร้องคดีได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการใช้ระบบที่เป็นอยู่ในขณะนี้เป็นการเหมาะสมดีแล้ว โดยวิเคราะห์จากสภาพการณ์เป็นจริงที่พบเห็นอยู่และปัญหาการฟ้องร้องคดีดังกล่าวอย่างที่ยกมารวมทั้ง เรื่องการฟ้องเพิกถอน การจดทะเบียนโดยอ้างว่าตนมีสิทธิดีกว่า มีอยู่มาก แสดงว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าของไทยจำนวนมากไม่น้อยที่มีใจจดจ่อจดทะเบียนเครื่องหมายเพื่อขอความคุ้มครองไว้ จะกระทำการต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนก็ต่อเมื่อได้รับความเสียหายหรือเกิดผลกระทบกระเทือนขึ้นแล้ว

(ในลักษณะ เดิมคือถึงขนาดเหมือนของจริง) เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือ การค้าของผู้อื่น องค์ประกอบความผิดจึงไปเข้ามาตรา 272 (1) ทุกประการ เพราะ มาตรา 272 (1) นี้ไม่ได้กำหนดถึงเรื่องการจดทะเบียนไว้ จึงไม่ต้องคำนึงถึงจำพวก สินค้า เหตุผลของแนวความคิดฝ่ายนี้คือ ยึดหลักการตีความคือ

ก) การตีความตามกฎหมายอายุควรตีความให้เป็นผลที่แก่จำเลย ไม่ควร ตีความขยายให้ผิดเป็นการลงโทษบุคคล ในกรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ ผู้ต้องหา⁶ ดังนั้น เมื่อกฎหมายคลุมเครือเกิดการสับสนว่าการจดทะเบียนแล้วจะจำกัดเฉพาะ สินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกัน เมื่อจะตีความจึงต้องตีความให้เป็นคุณแก่จำเลย คือ ตีความว่าต้องเป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าในสินค้าจำพวกเดียวกับที่โจทก์จดทะเบียนไว้ แล้วเท่านั้นจึงจะเป็นความผิด หากสินค้านั้นเป็นต่างจำพวกกันก็ถือว่าไม่เป็นความผิดตาม มาตมานี้ เพราะหากตีความว่าแม้เป็นสินค้าต่างจำพวกกัน ก็ถือเป็นความผิดเท่ากับว่าเป็น การตีความขยายให้ผิดเป็นการลงโทษบุคคล

ข) การตีความควรตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือพระราช บัญญัติเครื่องหมายการค้าซึ่งบัญญัติมาตั้งแต่ พ.ศ. 2474 และประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติ ขึ้นในปี พ.ศ. 2500 ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 273 และ 274 นั้น มีคำว่า จดทะเบียน ปรากฏอยู่ แต่ในคัมภีร์กฎหมายอาญาเองไม่ได้มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงลักษณะวิธีการของการจด ทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้เลย คำว่า จดทะเบียน ที่บัญญัติลงไปนั้น หมายถึงลักษณะวิธีการ จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะในเรื่องของเครื่องหมาย การค้า ดังนั้นเมื่อจะตีความคำว่า จดทะเบียน จึงสมควรที่จะตีความตามความหมายของที่มา แห่งคำนั้นคือตีความตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ซึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า นั้นกำหนดไว้ว่า เครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองว่าได้จดทะเบียนแล้วนั้น ต้องเป็นเฉพาะ กับสินค้าที่จดควบคุมไปถึงเท่านั้น เช่น จดเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวก 48 กฎหมายก็

⁶ วิชา มหาคุณ, ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 419.

ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของเฉพาะในสินค้าจำพวก 48 เท่านั้น ไม่ขยายไปถึงสินค้าจำพวกอื่น ดังนั้นแม้เจ้าของเครื่องหมายการค้าเอาเครื่องหมายนั้นไปใช้กับสินค้าอื่นที่มีลักษณะเป็นครอบครัวไว้ ก็ถือว่าสินค้านั้นซึ่งมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้า ตัวอย่างเช่น จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปนกยูงในสินค้าจำพวก 13 สำหรับสินค้าจำพวกกลอนประตู บานพับโดยได้รับเลขทะเบียนที่ ค.ม. 570/29 ต่อมาผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านี้ ผลิตสินค้าจำพวก 42 ขึ้นมาได้แก่เครื่องตีம்ப่ารุงกำลัง แต่ยังมีได้ไปจดทะเบียนสำหรับสินค้านี้ เมื่อนำเครื่องหมายการค้าไปติดกับสินค้าเครื่องตีம்ப่ารุงกำลังโดยมิได้ไปจดทะเบียนเพิ่ม ย่อมไม่มีสิทธิจะใส่เลขทะเบียน ค.ม. 570/29 ลงบนสินค้าเครื่องตีம்ப่ารุงกำลังนั้น เพราะไม่ครอบคลุมไปถึงเป็นสินค้าต่างจำพวกกันโดยพิจารณาประกอบโดยคำตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรา 16 ซึ่งใช้โดยคำว่า "ด้านนายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้ารายใดเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่เจ้าของอื่นได้นำมาจดทะเบียนไว้แล้ว เพื่อสินค้าจำพวกเดียวกันหรือเป็นเครื่องหมายที่คล้ายกับเครื่องหมายเช่นว่านั้นนับเป็นการลง สาธารณชน ห้ามมิให้นายทะเบียนรับจดทะเบียน" และมาตรา 27 "ภายในบทบังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ บุคคลผู้ใดจดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้วนั้น ท่านให้ถือว่า เป็นเจ้าของ มีสิทธิผู้เดียวเพื่อใช้เครื่องหมายสำหรับสินค้าทั้งหมดในจำพวกหนึ่งหรือหลายจำพวกที่ใดจดทะเบียนไว้" จากทั้ง 2 มาตรานี้ แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในประเทศไทยในอันที่จะมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายกับสินค้าทุกชนิดเฉพาะที่ใดจดทะเบียนคุ้มครองไปถึง ซึ่งหมายความว่า การจดทะเบียนจะครอบคลุมไปถึงเฉพาะจำพวกสินค้าที่ระบุไว้เท่านั้น ไม่ให้ความคุ้มครองไปถึงสินค้าจำพวกอื่นที่มีได้ขอจดทะเบียนไปถึง และเป็นโอกาสให้ผู้อื่นขอจดเครื่องหมายการค้าที่เหมือน/คล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่จดไว้แล้วในจำพวกต่างกันได้ นั่นคือแม้เครื่องหมายการค้าานั้นจะเหมือน/คล้ายกับที่จดทะเบียนไว้แล้ว แต่กฎหมายก็ยอมรับจดทะเบียนได้หากเป็นสินค้าต่างจำพวกกัน

อนึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าเองยังเปิดให้รับจดทะเบียนในเครื่องหมายการค้าที่เหมือนคล้ายกันได้ ถ้าเป็นสินค้าต่างจำพวกกัน ดังนั้นในเมื่อกฎหมายรับจดทะเบียนและให้ความคุ้มครองใหม่มีสิทธิในการใช้แต่ผู้เดียวตามมาตรา 27 แล้ว จะถูกฟ้องคดีอาญาในความผิดฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 273 ได้อย่างไร

เพื่อพิจารณาหลักการที่ความประกอบกันทั้ง 2 ลักษณะแล้วจึงเห็นว่าน่าที่จะตีความว่าจะเป็นการผิดก็ต่อเมื่อเป็นสินค้าในจำพวกเดียวกัน

2. ความเห็นของฝ่ายที่สอง ฝ่ายนี้เห็นว่าเมื่อปลอมเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วไม่ว่าจะเป็นจำพวกเดียวกัน หรือต่างจำพวกกัน ความผิดเกิดขึ้นแล้วตามมาตรา 273 นี้โดยยึดหลักในการพิจารณาคือ

1) การปลอมเครื่องหมายการค้าเป็น Mala In Se เครื่องหมายการค้าถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญา เป็นการแสดงถึงเกียรติคุณ (goodwill) ที่สร้างความเชื่อถือที่ประชาชนมีต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นสิ่งที่ผู้เป็นเจ้าของย่อมต้องหวงแหน การที่มีผู้อื่นนำไปปลอมข่มเปรียบเสมือนการถูกประทุษร้ายต่อทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อผู้เป็นเจ้าของ การปลอมเครื่องหมายการค้าในบางกรณี ที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายมานาน สร้างสมเกียรติคุณ (goodwill) มาด้วยความพากเพียรหลายชั่วอายุคน ดังนั้นการที่เครื่องหมายการค้าของเขาถูกทำลายลง ประชาชนหมดความนิยมเชื่อถือเพราะไปพบสินค้าที่ใช้เครื่องหมายปลอมเข้า เจ้าของย่อมได้รับความสูญเสียใหญ่หลวงยิ่งเสียกว่าโรงงานผลิตสินค้าถูกทำลาย (เพราะสามารถสร้างขึ้นใหม่ได้ในเวลาไม่นาน แต่ชื่อเสียงเกียรติคุณต้องอาศัยเวลาและทรัพย์สินและความพยายามกว่าจะสร้างเสริมขึ้นมาได้ใหม่) เมื่อเกิดการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินแล้วมีผู้ได้รับความเสียหายเพราะการแอบอ้าง การปลอมนั้นแล้ว และผู้กระทำผิดก็กระทำโดยมุ่งประโยชน์ของบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในกิจการค้าของตนโดยมิต้องลงทุนและเกิดความสับสนขึ้นแล้วในแหล่งผู้บริโภค ความผิดย่อมเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงจำพวกสินค้าแต่อย่างใด

2) การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด แต่มิใช่ตีความให้ถ้อย
 วลีลดน้อยลง จนไม่สามารถให้ความคุ้มครองปกป้องประชาชนได้ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมาย
 มหาชน เจตนารมณ์ในการบัญญัติขึ้นมาก็เพื่อปกป้องคุ้มครองประชาชนในสังคมให้อยู่ร่วมกัน
 อย่างสงบสุข หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แต่ไม่สามารถนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับบังคับ
 ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ กฎหมายนั้นก็ขาดสภาพการบังคับใช้ กฎหมายอาญาจะไม่
 บรรลุผลตามเจตนารมณ์ การกระทำความผิดฐานปลอมเจตนาประสงค์ต่อผลคือเป็นการกระทำ
 ที่มุ่งหมายไปบุคคลอื่นเชื่อว่าเครื่องหมายการค้านั้นเป็นของผู้อื่น สินค้าที่คิดเครื่องหมายปลอมขึ้นนั้น
 ก็เป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตัวจริง ดังนั้นเมื่อผู้กระทำมีเจตนาเช่นนี้แล้วซึ่ง
 ถือเป็นเจตนาร้าย และยังกระทบต่อประชาชนทั่วไปในการที่จะเกิดความสับสนในแหล่งที่มา
 ของสินค้า ความผิดย่อมเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่ต้องไปคำนึงถึงจำพวกของสินค้าอีก การจะตีความ
 อาญาเพื่อให้เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดนั้น เป็นการตีความในกรณีที่ตั้งสัจจะว่าบุคคลนั้นได้กระทำ
 ผิดหรือไม่เป็นสิ่งที่พิสูจน์ไม่ได้ ตามหลักที่ว่าบุคคลย่อมบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำ
 ความผิด ดังนั้นหากมีข้อสงสัยไม่อาจพิสูจน์ได้แน่ชัดก็ต้องยกประโยชน์ให้จำเลยไป แต่ในกรณี
 นี้ไม่มีข้อสงสัยที่พิสูจน์ไม่ได้ว่าจำเลยกระทำผิดประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้อื่น จึงไม่ใช่เรื่อง
 ของการตีความเพื่อให้เป็นคุณ การตีความเพื่อให้กฎหมายบรรลุผลการบังคับใช้ สามารถนำผู้
 กระทำผิดมาลงโทษได้ มิใช่ตีความเพื่อเปิดช่องว่างให้ผู้ทุจริตฉวยเป็นช่องว่างในการกระทำ
 การเอารัดเอาเปรียบต่อผู้อื่นโดยกฎหมายลงโทษไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักกระแสไฟฟ้า
 การตีความว่าไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่ยังขยายการตีความเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดตามเจตนารมณ์ของ
 การบังคับใช้กฎหมายอาญา

สำหรับตัวผู้เขียนเองมีความเห็นเช่นเดียวกับฝ่ายที่สอง ทั้งนี้เพราะ

1. ผู้เขียนเห็นว่า การตีความกฎหมาย ควรยึดการตีความตามหลักธรรมวินิจฉัย
 และสามัญสำนึก สามัญสำนึกมีทั้งในเรื่องของกฎหมายและสามัญสำนึกในเรื่องของสามัญชนทั่วไป
 โดยสามัญสำนึกในกฎหมายควรสอดคล้องกับความรู้สึกของคนทั่วไป ดังนั้นเมื่อกฎหมายไม่ชัดเจน

ว่าจะครอบคลุมถึงกรณีศาลกำลังพิจารณาอยู่หรือไม่ ศาลอาจเฝ้าหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁷ ดังนั้นในการตีความเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าการปลอมควรเป็นจำพวกเดียวกันหรือไม่ จึงควรอาศัยหลักธรรมวินิจฉัย คือดีคือความเป็นธรรมเป็นหลัก ถ้าการวินิจฉัยแนวใดก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมก็ไม่ควรวินิจฉัยไปในแนวนั้น

เจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน คือมุ่งคุ้มครองประชาชนในสังคม หากการตีความที่ทำให้กฎหมายอาญาไม่สามารถบังคับใช้ในการให้ความคุ้มครองประชาชนได้ ก็ถือว่าเป็นการตีความที่ไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนี้ในสามัญสำนึกของประชาชนทั่วไปเอง ย่อมเห็นว่าเมื่อปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่จดทะเบียนแล้วนั้นจะเป็นความผิดแล้ว ประชาชนไม่เข้าใจลึกซึ้ง เรื่องการแบ่งจำพวกสินค้า (แบ่งตามบทกฎหมายก็ขัดต่อสามัญสำนึกของประชาชนผู้บริโภคอยู่แล้ว) รู้แต่ว่าการกระทำนั้นหากมุ่งประสงค์ให้ประชาชนเข้าใจผิดว่าสินค้าที่ติดเครื่องหมายนั้นเป็นของเจ้าของที่แท้จริงแล้ว ประชาชนย่อมเห็นว่าผู้นั้นกระทำผิดแล้ว

2. การตีความโดยเหวี่ยงเล็งถึงความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย หากผู้กระทำนั้นมีเจตนาปลอมเครื่องหมายการค้าจริง โดยอาศัยช่องว่างที่คิดว่าทำในสินค้าต่างจำพวกแล้วไม่มีความผิดและอาศัยข้อบกพร่องในการจำแนกจำพวกสินค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ากระทำผิด เช่นสินค้าจริงเป็นสบู่ออม คนปลอมสำหรับสินค้าสบู่อื่นๆ เช่นนี้ หากตีความว่าต้องเป็นสินค้าจำพวกเดียวกันเท่านั้น จึงจะเข้าความผิดนั้น ก็จะไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย และไม่เป็นที่ธรรมต่อประชาชนทั่วไปด้วย

3. การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เป็นการจดทะเบียนเพื่อประกาศสิทธิของตนในทางทะเบียนเท่านั้น เมื่อพระราชบัญญัตินำมาใช้เครื่องหมายการค้ากับตัวสินค้า จึงได้กำหนดให้การขอจดทะเบียนทุกครั้งต้องระบุจำพวกสินค้าไว้ด้วยเพื่อความคุ้มครอง คือไม่ปรารถนาให้บุคคลมีเครื่องหมายการค้าโดยไม่มีสินค้า ส่วน

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 341 - 342.

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองมหาชน จึงเป็นคดีและเรื่องกัน

4. ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าแท้จริงแล้วก็มีเจตนารมณ์ สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา เทียบได้จาก

มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามุ่งให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของ เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในสินค้าจำพวกนั้น ๆ แล้วเท่านั้น ส่วนเครื่องหมายการค้าที่มี ได้จดทะเบียน (หมายรวมทั้งที่เจ้าของเครื่องหมายมิได้มาขอจดไว้เลย และการใช้เครื่องหมาย ในสินค้าจำพวกอื่นที่ขอจกรอบคลุมไปไม่ถึง) แต่จะให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มี ได้จดทะเบียนดังกล่าวในกรณีลงขาย ซึ่งถือเป็นการลงสาธารณชนให้หลงเชื่อว่าสินค้าที่ติดเครื่องหมายการค้า นั้นเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจริง ตามมาตรา 29 วรรค 2

การลงขายคือการลงสาธารณชน คำว่าลง ตามความหมายทั่วไปย่อมหมายถึง การแสดงออกด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำให้ลงว่าเป็นจริงในสิ่งที่ไม่จริง ทั้งนี้โดยมี เจตนาทำให้ผู้ถูกลงเข้าใจว่าเป็นเรื่องจริงหรือสิ่งที่ถูกต้องตรงตามความจริง ซึ่งในความจริง แล้วหาได้เป็นเช่นนั้นไม่

เมื่อเทียบความหมายของการลงขายตามมาตรา 29 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้าแล้ว น่าจะเทียบได้กับความหมายในมาตรา 273 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพราะความผิดตามมาตรา 273 เป็นการประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลใหญ่บุคคลอื่นเข้าใจว่าสินค้า ที่ติดเครื่องหมายการค้าปลอมนั้น เป็นสินค้าที่แท้จริง ที่ผลิต หรือจำหน่ายโดยเจ้าของที่แท้จริง และมาตรา 274 เจตนาพิเศษเทียบได้กับการลงขาย

เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าเองยังให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ มิได้จดทะเบียน (หมายรวมถึงสินค้าต่างจำพวกกับที่จดทะเบียนครอบคลุมไว้ด้วย) แต่ถูกละเมิด ในเรื่องการลงขายแล้ว ก็ควรที่จะให้ประมวลกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้า ที่จดทะเบียนแต่ต่างจำพวกกันด้วย

จึงน่าจะเห็นว่า เป็นเจตนาารมณ์ที่ต้องตรงกัน สอดคล้องกันแล้ว อาจวิเคราะห์ให้เห็นเด่นชัดขึ้นจากคำวินิจฉัยคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าที่ 37/2519 เครื่องหมายการค้าคำว่า WHITCO สำหรับสินค้าจำพวกที่ 1 ซึ่งมีมิงกฎเกณฑ์เฉพาะ i กับเครื่องหมายการค้า WHITCO สำหรับสินค้าจำพวกที่ 13 ว่า "การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายการค้าซึ่งได้จดทะเบียนไว้นั้น แม้เครื่องหมายที่ขอจดทะเบียนใช้สำหรับสินค้าต่างจำพวกกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมาย ซึ่งจดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว การใช้เครื่องหมายเหมือนกันย่อมจะทำให้สาธารณชนผู้ซื้อสินค้าเกิดความเข้าใจสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าและจะเป็นการใช้สิทธิจดทะเบียนโดยไม่สุจริตตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2503 เรื่องละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า คำว่า FAB นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาก็ยังบัญญัติลงโทษแก่ผู้เลียนหรือปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นด้วย . . ." ข้อความที่ขีดเส้นใต้นี้ แสดงให้เห็นชัดยิ่งขึ้นว่า คณะกรรมการเครื่องหมายการค้าเอง ก็เห็นว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 273 และ 274 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำต่อสินค้าจำพวกเดียวกัน แม้สินค้าต่างจำพวกกันประมวลกฎหมายอาญาก็ลงโทษได้

5. หากจะตีความว่า มาตรา 273 และ 274 จะเป็นความผิดต้องกระทำต่อสินค้าจำพวกเดียวกันแล้ว ก็จะเป็นการเปิดช่องว่างให้เกิดกรณีที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น แต่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายมาบังคับใช้ ซึ่งได้แก่การเลียนแบบเครื่องหมายการค้าในสินค้าต่างจำพวกกัน เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เพราะจุดบกพร่องของการแบ่งจำพวกสินค้า ดังนั้นกรณีเช่น เลียนแบบเครื่องหมายการค้าสำหรับผลิตภัณฑ์สบูยา แต่ใช้ทำกับสินค้าสบู่หอม ซึ่งในสามัญสำนึกของผู้บริโภคทั่วไปแล้ว เห็นว่าเป็นสินค้าสบู่เช่นเดียวกัน แต่ตามกฎหมายแบ่งเป็นต่างจำพวกกัน หากตีความตามฝ่ายที่ 1 ก็ไม่มีกฎหมายใดในเรื่องความผิดทางการค้านี้จะมาลงโทษผู้กระทำผิด หากผู้กระทำเลียนเครื่องหมายการค้าคนชู้ควายแต่ทำเป็นลิงชู้ควาย เมื่อไม่เข้ามาตรา 274 เพราะต่างจำพวกกัน จะไปเข้ามาตรา 272 (1) ก็ไม่ได้ เพราะมาตรา 272 (1) เป็นเรื่องของการนำรูปประติมากรรมมาใช้ ซึ่งต้องเป็นการนำลักษณะเดิมของเขามาใช้ มิใช่เป็นการเลียนแบบเขามาใช้จึงเห็นควรตีความตามฝ่ายที่ 2 เพื่อสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้

6. หากตีความตามฝ่ายที่ 1 ก็จะเกิดปัญหาคือ การปลอม ความผิดสำเร็จ เมื่อกระทำปลอมเสร็จ ไม่จำเป็นต้องนำไปติดประจำกับตัวสินค้า หากจำกัดความผิดเฉพาะ กระทำต่อสินค้าจำพวกเดียวกันแล้ว จะทราบได้อย่างไรว่าสินค้าที่จะไปติดนั้นเป็นสินค้าจำพวกเดียวกัน ในกรณีที่ยังไม่มีตัวสินค้า ก็จะถือเป็นความผิดไม่ได้ เพราะไม่รู้ว่าสินค้าที่จะติดนั้น เป็นจำพวกเดียวกับสินค้าที่ถูกปลอมเครื่องหมายการค้าหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องของจำพวกสินค้านี้ ยังมีได้มีฎีกาทงคดีอาญาใดเกิดขึ้นเพื่อวางแนวเรื่องนี้เลย และคดีที่เกิดขึ้นทำนองนี้ เช่น คดีเครื่องหมายการค้า FAB (คำพิพากษาฎีกาที่ 38/2503) ก็เป็นคดีที่ผู้เสียหายฟ้องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง แต่มีโทษเป็นคดีอาญาแต่อย่างไร

2.1.3.2 จดทะเบียนแล้วไม่วางภายในหรือนอกราชอาณาจักร

ปัญหา คือระหว่างผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้วในประเทศไทย กับผู้ที่มีได้จดทะเบียนในประเทศไทยแต่จดในต่างประเทศกฎหมายไทยจะให้ความคุ้มครองอย่างไร

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรา 27 บัญญัติว่า "ภายในบทบังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ บุคคลผู้ได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้วนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นเจ้าของ มีสิทธิผู้เดียวเพื่อใช้เครื่องหมายสำหรับสินค้าทั้งหมดในจำพวกหนึ่งหรือหลายจำพวกที่ได้จดทะเบียนไว้" แสดงว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว จะได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติน้อย่างเต็มที่ในอันที่จะมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้านั้นกับสินค้าทุกชนิดที่ได้จดทะเบียนไว้เป็นสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่พระราชบัญญัตินี้รับรอง ผู้ที่มีได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย แม้จะจดทะเบียนแล้วนอกราชอาณาจักร พระราชบัญญัตินี้ไม่คุ้มครองให้ คำพิพากษาฎีกาที่ 1771/2499 ศาลวินิจฉัยว่า เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้ในต่างประเทศนั้น ไม่มีผลบังคับในประเทศไทย แต่อาจเป็นข้อเท็จจริงที่จะใช้บังคับสิทธิแห่งการเป็นเจ้าของและการใช้เครื่องหมายการค้า

นั้นได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เมื่อกฎหมายคุ้มครองและรับรองสิทธิเช่นนี้ ผู้ที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้วตราใบไต่ถามคดีที่ยังมิได้ถูกฟ้องตามกฎหมาย จะถือว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าผู้มีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายที่จดทะเบียนแล้วนั้นโดยชอบด้วยพระราชบัญญัติ

แต่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 273 และ 274 ในเรื่องของการปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วไม่ว่าภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร แสดงว่าประมวลกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองแก่ผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้วแม้ไม่จดทะเบียนในราชอาณาจักรก็ตาม

ปัญหา เกิดแนวความคิดแบ่งแยกออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

1. ฝ่ายแรก เห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองเต็มที่ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรา 27 ตราบใดที่เจ้าของเครื่องหมายได้ใช้เครื่องหมายกับสินค้า ตามรูปลักษณะที่จดทะเบียนไว้ โดยมีได้คัดแปลงให้ผิดแปลกไปจากที่ได้อื่นจดทะเบียนไว้แล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองใหม่สิทธิในการใช้ได้โดยกฎหมายรับรองสิทธิ การที่ผู้อื่นซึ่งมิได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวขึ้นไว้ในประเทศไทย แม้จะจดทะเบียนไว้ในต่างประเทศก็ตาม กฎหมายก็ไม่ให้ความคุ้มครอง หากจะไปฟ้องผู้ที่จดทะเบียนในราชอาณาจักรแล้วฐานปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 273 หรือ 274 จะต้องฟ้องเพิกถอนทะเบียนเสียก่อน และขอเข้าจดทะเบียนผู้ที่ถูกถอน จากนั้นหากผู้ที่ถูกถอนทะเบียนไปแล้วยังใช้เครื่องหมายการค้านั้นอยู่อีกจึงจะสามารถฟ้องคดีอาญาได้ ฝ่ายนี้เห็นว่าเมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าต่างประเทศมิได้มาขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย เท่ากับว่ามีได้ต้องการขอรับความคุ้มครองจากกฎหมายของเรา จึงไม่ยินดีเสียค่าธรรมเนียม ฯลฯ เพื่อขอจดทะเบียนดังกล่าว ในขณะที่อีกฝ่ายมาขอจดทะเบียน เสียค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ให้รัฐไปแล้วตามระเบียบรัฐก็ควรให้ความคุ้มครองแก่เขามากกว่าจะเห็นแก่คนต่างชาติซึ่งไม่เห็นความสำคัญของกฎหมายไทย และหากเจ้าของเครื่องหมายฯ ที่จดทะเบียนไว้นอกราชอาณาจักรต้องการได้รับความคุ้มครอง ก็ควรยอมมาขอจดทะเบียนไว้เสีย

ส่วนแนวความคิดที่สอง เห็นว่ากฎหมายอาญามุ่งในเรื่องผู้ใดประทุษร้ายต่อ สิทธิหรือทรัพย์สินของผู้อื่น เป็นความผิด เมื่อประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน มีเจตนารมณ์ มุ่งคุ้มครองประชาชน ปองกันมิให้เกิดการประทุษร้ายต่อกัน เมื่อมีการปลอมหรือเลียนเครื่องหมาย การค้าขึ้นย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนในทางการหลงเชื่อ สับสนในแหล่งกำเนิดที่มาของสินค้า ฯลฯ เมื่อเป็นการกระทำโดยมีเจตนาและกระทบต่อประชาชน อันเป็นความผิดต่อแผ่นดิน ก็ไม่พ้น ความรับผิด เมื่อผู้กระทำมีเจตนาปลอมหรือเลียนโดยมุ่งประสงค์ต่อผลให้ประชาชนเข้าใจว่า สินค้าที่ติดเครื่องหมายนี้เป็นสินค้าที่มาจากแหล่งกำเนิดจริง ความชั่วหรือเจตนาไม่สุจริตเกิดขึ้น แล้ว การกระทำ ๆ ลงแล้ว เข้าองค์ประกอบทุกประการ ย่อมเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า นั้นเป็นเพียงการประกาศสิทธิเท่านั้น หาก สิทธินั้นเป็นสิทธิที่ได้มาโดยไม่สมบูรณ์ ไม่ชอบธรรมผู้นั้นจะยกขึ้นมาต่อสู้ไม่ได้ การจดทะเบียนตาม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เป็นเพียงระเบียบในการจดทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐานเท่านั้น ประเทศไทยยังคงใช้ระบบการใดสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ก่อน ฉะนั้นเมื่อตนมิได้ ใช้มาก่อนโดยสุจริต แต่มาปลอมหรือเลียนของผู้อื่นภายหลัง แม้จะได้มาของจดทะเบียนแล้วก็ไม่อาจ เป็นความผิดอาญาได้ เมื่อมีเจตนาในการกระทำ กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา อาจกล่าวได้ว่าการจด ทะเบียนตามพระราชบัญญัติเป็นเรื่องของระเบียบวิธีการและขั้นตอน แต่ความผิดอาญามุ่งคำนึง ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เมื่อใดกระทำความผิดจริง มีเจตนาไม่สุจริตเกิดขึ้นจริง ๆ จะอ้างเพียง แດการจดทะเบียนแล้วมาคุ้มครองไม่ได้ เช่น กฎหมายเรื่องทะเบียนราษฎรซึ่งกำหนดให้บุคคล ต้องตั้งชื่อภายใน 6 เดือน เป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะหนึ่งซึ่งกำหนดถึงระเบียบวิธี แต่ใน ความเป็นจริงแล้ว เมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก แม้มิได้ตั้งชื่อภายใน 6 เดือนก็ถือเป็นบุคคล แล้ว เป็นการพิจารณาตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้น กฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกัน จะได้จดทะเบียน ในราชอาณาจักรแล้วหรือไม่สำคัญ สำคัญที่ในความเป็นจริงแล้ว บุคคลนั้นกระทำผิด ประทุษร้าย ต่อทรัพย์สินของผู้อื่น (ทรัพย์สินทางปัญญา) หากเทียบเคียงกับฎีกาทางคดีแพ่งอาจเห็นเด่นชัดขึ้นคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3278/2527 ศาลวินิจฉัยว่า "แม้จำเลยจะได้นำเครื่องหมายการค้า BOSS ไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยไว้ก่อนโจทก์ การหาทำให้จำเลยมีสิทธิดีกว่า โจทก์ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าตนเอง" ดังนั้นในความเห็นฝ่ายหลังนี้จึงเห็นว่าฟ้องคดี



อาญาได้เลย ไม่ต้องรอดอนทะเป็นก่อนแต่อย่างใด เมื่อฟ้องคดีอาญาแล้วก็สามารถเอา
คำพิพากษาถึงที่สุดในคดีอาญา ไปฟ้องเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อน
นั้นได้เลย

สำหรับผู้เขียนเอง เห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายที่สองเพราะตราใบที่ในฉบับกฎหมาย
ยังไม่ได้ตัดคำว่านอกราชอาณาจักรออก ตราบนั้นก็คงถือเป็นองค์ประกอบความผิดอย่างหนึ่งคือ
หากเครื่องหมายนั้นจดทะเบียนแล้วนอกราชอาณาจักร ก็เข้าความผิดได้ตามมาตรา 273 หรือ
274 แล้วแต่กรณีไป

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 987/2477 ศาลวินิจฉัยว่า "การที่เจ้าพนักงาน
ได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอันของผู้จดทะเบียนใดกระทำขึ้นเพื่อเลียนเครื่องหมายการค้า
ของผู้อื่น หาเป็นเหตุที่จะป้องกันความรับผิดของผู้ที่เลียนเครื่องหมายการค้าอันนั้นไม่" แสดงว่า
เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วไม่ได้รับการคุ้มครอง เท่าเครื่องหมายการค้าของโจทก์
แม้ได้จดทะเบียนในราชอาณาจักรก็ตาม

อย่างไรก็ดี ฎีกาในข้อเท็จจริงแล้วเป็นการนำมาใช้เหี้ยนไปจากที่ตนได้ข้อ
จดทะเบียนคุ้มครองไว้ จึงเรียกได้ว่ายังไม่มีฎีกาทางคดีอาญาที่เด่นชัดมาประกอบให้เห็น

ข้อสังเกต คือทั้งเจ้าของเครื่องหมายการค้า FAB และ WOOLWORTH
มิได้ฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาแต่อย่างใด คงฟ้องแต่คดีแพ่ง เพิกถอนการจดทะเบียนของจำเลย
หรือคัดค้านการจดทะเบียนนั้น

2.1.4 เจตนา เจตนาตามมาตรานี้เป็นเจตนาธรรมดาไม่ใช่เจตนาพิเศษ
อย่างในมาตรา 274 คือตามมาตรา 273 อาศัยเจตนาตามมาตรา 59 แห่งประมวล
กฎหมายอาญา คือ โดยรู้หรือรู้อยู่แล้วว่ามีของจริงแท้และประสงค์ต่อผลหรือเจตนาขอมเล็งเห็นผล
ผลที่ต้องประสงค์หรือขอมเล็งเห็นก็คือ มุ่งต่อการใช้ผู้อื่นเชื่อว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า
ที่ปลอมนี้เป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง

2.1.4.1 เจตนาโดยรู้ ต้องรู้อะไรบ้างจึงจะเข้าความผิดตามมาตรา

- 1) รู้อามีเครื่องหมายแท้จริงอยู่ก่อนแล้ว หากการกระทำนั้นไม่รู้อามีเครื่องหมายแท้จริงอยู่ก่อนถือว่าขาดเจตนา ไม่เข้าความผิดตามมาตรา
- 2) รู้อามีเครื่องหมายการค้านั้นจดทะเบียนแล้วไม่ว่าภายในหรือนอก

ราชอาณาจักร

ในข้อนี้ เป็นปัญหาที่ถกเถียงกันอยู่ว่าเพียงแต่รู้อามีเครื่องหมายจริงอยู่พอเพียงแล้วหรือไม่ จำเป็นต้องรู้อาจอจดทะเบียนแล้วหรือไม่ หากเป็นสินค้าต่างประเทศ เป็นการยากเกินกว่าจะรู้อาจอหรือไม่ ในเรื่องนี้มีแนวความคิดเป็น 2 ทาง

ก. ฝ่ายแรกเห็นว่าเพียงแต่รู้อามีเครื่องหมายการค้าจริงแท้มีอยู่ก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้อาจอจดทะเบียนแล้วหรือไม่ เพราะเป็นการยากที่จะรู้อาจอถึงเครื่องหมายการค้าว่า เครื่องหมายใดจดทะเบียนไว้แล้ว ยิ่งโดยเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนต่างประเทศ ยิ่งยากจะรู้อาจอ เมื่อผู้กระทำผิดปฏิเสธว่าไม่รู้ก็เป็นการยากที่จะพิสูจน์ เพราะเป็นเจตนาภายในใจ ดังนั้นจึงไม่ควรคำนึงถึง หากเพียงรู้อามีเครื่องหมายจริงอยู่แล้วเจตนาทำปลอมก็เข้าความผิดมาตราแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 517/2505 วินิจฉัยว่าสารสำคัญขององค์ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าอยู่ที่เจตนาในการปลอม ฉะนั้นเมื่อจำเลยมีเจตนาทำปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นแล้ว แม้โจทก์จะโต้บรรยายฟ้องว่าจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในหรือนอกราชอาณาจักร จึงไม่ใช่ข้อสำคัญคงเป็นแต่เพียงรายละเอียดในการบรรยายฟ้องเท่านั้น แต่มั่นักกฎหมายบางท่านได้สรุปฎีกานี้ว่า "ถ้าผู้ทำปลอมไม่ทราบว่าเครื่องหมายการค้าที่ตนทำขึ้นนั้นเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ผู้ทำปลอมเครื่องหมายการค้านั้นไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนา ส่วนเรื่องการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าภายในหรือนอกราชอาณาจักรหรือไม่นั้น ผู้ทำปลอมไม่จำเป็นต้องรู้อาจอจดทะเบียนไว้หรือไม่ และความข้อนี้ไม่จำเป็นต้องบรรยายมาในฟ้องว่า จดทะเบียนที่ไหน เพราะเป็นรายละเอียดที่จะนำสืบ"⁸

⁸ สุบัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 106.

รวมความว่า ความเห็นของฝ่ายแรกนี้ เพียงรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นแล้วไปปลอมเขาก็เป็นความผิดแล้ว และถ้าบังเอิญเครื่องหมายการค้านั้นได้จดทะเบียนแล้วด้วย ก็เข้าความผิดฐานปลอมตามมาตรา 273 โทษหนักขึ้น

2. ส่วนความเห็นของฝ่ายที่สอง เห็นว่านอกจากจะต้องรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นแล้ว ยังต้องรู้อีกด้วยว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว เพราะถือเป็นองค์ประกอบความผิดข้อหนึ่งในการกระทำความผิดตามมาตรา 273 ถ้าไม่รู้ว่าจดทะเบียนแล้วก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 273

ในกรณีฝ่ายแรก เห็นว่าเป็นการยากที่จะพิสูจน์ เจตนาได้ว่ารู้หรือไม่เพราะเป็นเจตนาภายใน เรื่องนี้ฝ่ายที่ 2 เห็นว่าไม่เป็นการยากเกินไปที่จะพิสูจน์ ก็ต้องอาศัยวิธีการหยั่งเจตนา โดยอาศัยสภาพแวดล้อมอื่น ๆ ประกอบ เช่น เครื่องหมายการค้าที่ถูกปลอมนั้นเป็นเครื่องหมายที่แพร่หลาย มีเกียรติคุณชื่อเสียงมานาน เป็นที่รู้จักทั่วไป ถ้าเป็นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในต่างประเทศ ปกติที่เครื่องหมายการค้าอันนี้มักจะต้องระบุหมายเลขทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้เสมอ อาจใช้ตัว R หรือ TM เป็นต้น ในกรณีที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย ก็ขอตรวจสอบดูได้จากกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ เพราะเป็นเอกสารมหาชน ที่ประชาชนเข้าขอตรวจดูได้ และถือเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบการค้าควรรู้ เมื่อจะคิดใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าของตนก็ควรจะได้ตรวจสอบว่าจะซ้ำเหมือนคล้ายกับของผู้ใดบ้าง เมื่อมิได้ขอตรวจสอบดูเสียก่อนก็ต้องเสี่ยงภัยเอาเอง อย่างไรก็ตามไม่เป็นการยากที่จะหาหนทางพิสูจน์ เพราะการที่ผู้ใดคิดจะปลอมเครื่องหมายการค้าในกิจการกระทำการนั้นย่อมต้องมุ่งประโยชน์ที่จะได้รับตอบแทนการกระทำ การกระทำจึงต้องเป็นการกระทำต่อเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเป็นที่นิยมอยู่แล้ว คงไม่มีใครปลอมเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีชื่อเสียง ไม่เป็นที่รู้จักของใคร ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า WOOLWORTH เป็นเครื่องหมายการค้าที่แพร่หลายในอเมริกา จดทะเบียนแล้วและระบุเลขทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้บนสลากเครื่องหมายการค้าด้วย ผู้ปลอมเป็นพ่อค้าเดินทาง

ไปติดต่อดูธุรกิจ在美国เสมอ ๆ ต่อมาได้ผลิตสินค้าทางเกงยีนส์แบบเดียวกันติดเครื่อง
หมาย WOOLWORTH เช่นเดียวกัน เช่นนี้หากอ้างว่าไม่รู้ ไม่มีเจตนาปลอม จะรับ
ฟังได้มากน้อยแค่ไหน ขณะเดียวกันถูกฟ้องฐานปลอมเครื่องหมายการค้าของสินค้าที่จดทะเบียน
ในประเทศเล็ก ๆ ในแอฟริกา ไม่เคยมีสินค้าในประเทศไทย ผู้ถูกกล่าวหาไม่เคยไปประเทศ
นั้นหรือติดต่อดูธุรกิจกับประเทศนั้นเลย เมื่อปฏิเสธว่าไม่ได้มีเจตนาปลอม แต่เป็นการเข้าใจโดย
บังเอิญ เช่นนี้จะรับฟังได้มากน้อยเพียงไร ในกรณีที่จดทะเบียนในประเทศไทย ถ้าผู้ที่มี
เจตนาปลอม ก็ย่อมเลือกเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย หากเมื่อปลอมแล้วมาอ้างว่า
ตนไม่รู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ทั้ง ๆ ที่ใคร ๆ ก็รู้ว่าเครื่องหมายนั้นเป็น
ของใคร อย่างน้อยตนก็ต้องรู้ว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีอยู่แล้ว เมื่อจะทำขึ้นมาเหมือนคล้าย
ของเขา หากไม่มีเจตนาปลอมตามมาตรา 273 ดังกล่าวอ้าง ก็ควรต้องตรวจสอบดูก่อนว่าเขา
จดทะเบียนแล้วหรือไม่ เพราะเมื่อประกอบกิจการค้า คิดหาเครื่องหมายของตน ก็ต้องเอา
ใจใส่กระตือรือร้นตรวจสอบ ความถูกต้องเสียก่อนจากกรมทะเบียนการค้า ซึ่งเป็นหลักฐานที่มหาชน
ตรวจสอบดูได้ เพราะเมื่อจะใช้เครื่องหมาย ถ้ามีเจตนาสุจริตก็น่าจะตรวจสอบก่อน

สำหรับตัวผู้เขียน เห็นด้วยกับแนวคิดประการหลัง เพราะเมื่อด้อยค่าในตัวบทใส่ลง
ไปย่อมถือเป็นองค์ประกอบความผิดอย่างหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบโดยจะละเลยเสีย
มิได้ เพราะถ้ากฎหมายไม่ต้องการให้คำนึงถึงเรื่องรู้หรือไม่ว่ามีการจดทะเบียน ก็ควรบัญญัติ
ลงไปในตัวบทเลยเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา TRADE MARK
COUNTERFEITING ACT 1984 เมื่อเปรียบเทียบกับ TRADE MARK COUNTERFEITING
ACT OF 1984 ของสหรัฐอเมริกาเห็นได้จากมาตรา 2320 กำหนดว่า ". . .
Whether or not the defendant knew such mark was so registered
. . ." ไม่จำเป็นว่าจำเลยจะรู้หรือไม่ว่าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ขอเพียง
แต่เป็นการใช้ในลักษณะคล้ายคลึงหรือเหมือนจนเป็นเหตุให้เกิดความสับสน ความหลงผิดหรือ
ถูกหลอกลวงก็เป็นความผิดแล้ว โดยมุ่งหลัก เจตนาว่าโดยรู้ว่าเครื่องหมายที่ตนใช้นั้นไม่ใช่เครื่อง
หมายแท้จริงเป็นเครื่องหมายที่ทำขึ้นมาให้เหมือนหรือคล้ายของจริง โดยมุ่งใช้

ทางธุรกิจการค้าก็เป็นความผิดแล้ว หลักการเหล่านี้เป็นการประมวลจากคำพิพากษาฎีกา และแนวความคิดของนักกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้ให้ไว้ มิได้ปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายชัดเจน เมื่อเทียบดูจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา The Trade Mark Counterfeiting Act 1984 ซึ่งบัญญัติความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 2320 มีหลักคือ

1. ต้องมีเจตนาค้าสินค้าหรือบริการเช่นนั้น
2. โดยรู้ว่าสินค้าหรือบริการนั้นใช้เครื่องหมายปลอม

(Intentionally trafficked in particular goods and services.

Knowingly used a counterfeit mark in connection with those goods or services)⁹ และยังได้ไต่ถามของคำว่า เครื่องหมายการค้าปลอมไว้ด้วยว่า

1. เป็นเครื่องหมายปลอมซึ่งใช้เกี่ยวข้องกับการค้าสินค้าหรือบริการ
2. เหมือนหรือคล้ายคลึงจนยากจะจำแนกความแตกต่างของสาระสำคัญออกจากกันได้
3. เป็นเครื่องหมายที่จดทะเบียนสำหรับสินค้าหรือบริการแล้วกับหน่วยงานจดทะเบียนของสำนักงานทะเบียนเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตรแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจำเลยจะได้อำนาจจดทะเบียนแล้วหรือไม่ก็ตาม
4. การใช้เครื่องหมายเช่นว่ากับสินค้าหรือบริการนั้นเพื่อก่อให้เกิดความสับสน

⁹ Jack C. Berenzweig, Overview of Anti - Counterfeiting Remedies in The United State, (Willian Brinks Olds Hofer gilson & Lione Ltd.: Chicago Illinois, 1985), p. 6.

เพื่อให้เกิดความหลงผิด หรือเพื่อหลอกลวง ¹⁰

เห็นได้ว่าหลักการของกฎหมายได้ใกล้เคียงกับหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กฎหมายของไทยบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ให้นักกฎหมายได้ใช้วิธีตีความเอาเอง ในขณะที่กฎหมายของอเมริกา กำหนดหลักเกณฑ์และความหมายไว้ในตัวบทอย่างเด่นชัด ตามมาตรา 2320 แห่ง Trade Mark Counterfeiting Act 1984 นี้

1. กำหนดองค์ประกอบภายในไว้สูง คือมิใช่เพียงแต่รู้ว่าเครื่องหมายปลอมยังไม่พอ แต่ต้องมีเจตนาใช้เครื่องหมายนั้นมุ่งในทางธุรกิจการค้ากับตัวสินค้าหรือบริการด้วย โดยสภา Congress ได้ให้เหตุผลว่า "แม้สภาจะรู้ว่าการกำหนดโทษทางอาญาให้มีการจำคุกและปรับนี้จะสามารถลดการปลอมเครื่องหมายการค้าลงได้ แต่เจตนารมณ์ชัดแจ้งของสภาในการออกพระราชบัญญัติฉบับนี้ออกมาคือ เพื่อให้ศาลได้นำไปใช้ในการลงโทษทางอาญา เฉพาะในความหมายที่แคบที่สุดเท่านั้น เพื่อให้มั่นใจได้ว่าบุคคลผู้บริสุทธิ์จะไม่ต้องรับโทษภายใต้พระราชบัญญัตินี้ การกำหนดว่าการกระทำของจำเลยต้องเป็นไปโดยเจตนาเพื่อการค้าเท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายนี้จะเอื้อมไปถึงเฉพาะบุคคลที่มีเจตนาทาง

¹⁰ The term of "Counterfeiting mark" means (1) a spurious mark (2) that is used in connection with trafficking in goods or services (3) that is identical with, or substantially indistinguishable from, a mark registered for these goods or services on the principal register in the United States Patent and Trade Mark Office, and in use, whether or not the defendant know such mark was registered, and the use of which is likely to cause confusion, to cause mistake or to deceive" Trade Mark Counterfeiting Act of 1984 Section 2320.

การค้าเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่มีเครื่องหมายปลอมเท่านั้น¹¹ นอกจากนี้ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 2320 นี้ แม้เป็นเพียงชั้นพยายามก็รับผิดเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ

ส่วนการจะรู้นี้ เพียงแต่รู้ว่าเครื่องหมายการค้านั้นปลอมก็เป็นความผิดแล้ว ไม่คำนึงว่าจะต้องรู้หรือไม่ว่า เครื่องหมายการค้านั้นได้จดทะเบียนแล้วหรือยัง

2. กฎหมายของอเมริกามีไคแยกปลอมกับเลียนแบบ นำมาใช้หรือจำหน่ายออกจากกันเหมือนในกฎหมายไทย แต่ของอเมริกาไม่แยกแต่ได้รวมกันไว้ทั้งเหมือนและคล้ายคลึงจนยากจะจำแนกได้ และกำหนดข้อสำคัญคือการใช้เครื่องหมายดังกล่าวต้องเป็นสาเหตุก่อให้เกิดความสับสน หลงผิดหรือเป็นการหลอกลวง มิฉะนั้นก็ไม่เข้าความผิดมาตรานี้ แต่ในกฎหมายไทยนั้นมีไคระบุเด่นชัด ที่ความออกมาว่าประชาชนจะหลงผิดหรือไม่สำคัญ แม้ประชาชนไม่หลงผิดถ้าเข้าองค์ประกอบความผิดครบ ก็เป็นความผิดตามมาตรา

เจตนาฉ้อฉลการพิจารณาถึงเจตนาทั้ง 2 เรื่องดังกล่าวแล้ว ยังไม่เพียงพอ เจตนาที่ว่า ทำปลอม ต้องยังลึกลงไปอีกเพียงไร

ผู้ที่กระทำความผิดฐานปลอมนั้นนอกจากจะมีเจตนาธรรมดา คือ เจตนาทำปลอม โดยรู้ข้อเท็จจริงว่ามีของจริงอยู่แล้ว จะต้องมียเจตนาฉ้อฉลแฝงอยู่ด้วยเป็นสำคัญ

"Fraudulent intent is essential to constitute this crime forgery"
คำว่า ปลอม บงบอกถึงการฉ้อฉล การทุจริต แฝงอยู่ในตัวของมันเอง ดังนั้นในตัวของกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานปลอมจึงไม่จำเป็นต้องใช้ข้อความว่าโดยทุจริตประกอบ

¹¹ Jack C. Berenzweig, Overview of Anti - Counterfeiting Remedies in the United State, p. 6.

อยู่ด้วย เพราะให้ความหมายของ โดยทุจริตอยู่ในตัวของมันเองอยู่แล้ว ได้มีการใช้ภาษาคำว่า ปลอม ไว้ว่าเป็นการกระทำขึ้นใหม่โดยหลอกลวงหรือคัดแปลงแก้ไขซึ่งวัตถุ โดยมีเจตนาที่จะ ฉ้อฉล อันก่อให้เกิดผลทางค่านกฎหมาย หรือเป็นพื้นฐานก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางกฎหมาย ดังนั้นองค์ประกอบที่ดีกว่าทำให้เกิดความผิดฐานปลอม คือ

1. ต้องเป็นการกระทำขึ้นใหม่หรือคัดแปลงแก้ไขซึ่งวัตถุ
2. การกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำด้วยเจตนาที่จะฉ้อฉล¹²

การปลอม ต้องเป็นการกระทำที่พอจะลวงตาให้เห็นว่าสิ่งนั้นเป็นของจริง แต่ไม่จำเป็นต้องลวงถึงกับต้องพิจารณาจึงจะรู้ว่าปลอม เพียงแต่ลวงตาซึ่งถ้าไม่พิจารณาให้ดีก็อาจหลงเข้าใจว่าเป็นของจริงได้ ก็ถือว่าเป็นการปลอมขึ้นแล้ว เป็นที่แน่นอนว่าการปลอมย่อมจะเหมือนจริงไปทุกอย่างไม่มีผิดกันเลยไม่ได้ ย่อมต้องมีบางสิ่งบางอย่างผิดจากของจริงบ้างไม่มากนักน้อย ฉะนั้นการปลอมจะผิดจากของจริงที่ตั้งใจทำให้เหมือนมากน้อยเพียงใดจึงไม่สำคัญ วัตถุที่ใช้จะเป็นประเภทเดียวกันหรือไม่ไม่สำคัญถ้าลักษณะภายนอกทำให้เห็นว่าเป็นของจริงแล้วถ้าไม่ระวัง เมาว่าจะมีคนหลงเชื่อว่าเป็นของจริงหรือไม่ไม่สำคัญ การปลอมแม้ใช้ไม่ได้เพราะไม่มีคนหลง ก็เป็นความผิดเพราะเมื่อตามสภาพเป็นของปลอมแล้วก็อาจมีการหลงได้¹³

ในเรื่องการปลอมเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา ใช้คำว่า

Counterfeit ใน Trade Mark Counterfeiting Act 1984¹⁴ ซึ่ง
Black's Law Dictionary ในคำจำกัดความว่า Counterfeit หมายถึงการปลอม
ลอก หรือเลียนแบบโดยปราศจากอำนาจหรือสิทธิที่จะกระทำเพื่อหลอกลวงหรือฉ้อโกง¹⁴

¹² Justin Miller, Handbook of Criminal Law, (St. Paul: West Publishing, 1934), p. 404.

¹³ จิตติ ดิงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 1598.

¹⁴ Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary, (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1979), p. 315.

นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงว่าการปลอมนี้

- 1) มีเจตนาใช้อย่างเครื่องหมายการค้าหรือใช้ในกิจการค้า
- 2) เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะเสียหายหรือไม่สำคัญ
- 3) ประชาชนจะหลงเชื่อหรือเกิดสับสนหรือไม่สำคัญ

ซึ่งเทียบได้จากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาซึ่งที่กล่าวไปแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติได้ชัดเจนพอสมควร แต่ตามกฎหมายไทยต้องอาศัยการตีความ นอกจากนี้กฎหมายของไทยในภาคความผิดอาญาแยกการกระทำความผิดจากกันไว้เรื่องละมาตรา คือ ปลอม (มาตรา 273) เลียน (มาตรา 274) นำมาใช้ (มาตรา 272 (1)) นำเข้าราชอาณาจักร จำหน่าย เสนอจำหน่าย (มาตรา 275) ทำให้เกิดปัญหากรณีข้อเท็จจริงต่างฟ้อง หากมิได้ระบุมาตราที่ถูกต้องขอให้ศาลลงโทษไปแล้ว ศาลจะไม่ลงโทษให้จึงต้องพิจารณาให้ถือว่าเป็นความผิดตามมาตราใด เป็นปลอม หรือเลียนเครื่องหมายฯ อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่จะขอเพื่อไปทุกมาตรา ทั้งนี้เพราะกฎหมายมิได้ให้อำนาจศาลลงโทษได้เหมือนเรื่องกรณีลักทรัพย์กับขี้กขอก ซึ่งแม่ฟ้องลักทรัพย์ ถ้าความผิดที่ผู้ต้องหาออกมาเป็นขี้กขอก ศาลก็ลงขี้กขอกให้ได้ แม้ผู้ฟ้องมิได้ขอโทษ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้ (มาตรา 192 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา)

เมื่อเปรียบเทียบเจตนาในเรื่องปลอมเครื่องหมายการค้ากับเจตนาในการปลอมเงินตราและปลอมเอกสารแล้ว จะเห็นได้ว่า การปลอมเงินตราตามมาตรา 240 ต้องมีเจตนาในการปลอมตามมาตรา 59 คือต้องรู้อยู่ว่ามีของจริงและปลอมขึ้นมา และยังมีเจตนาพิเศษด้วยคือ ทำให้เป็นเหรียญกระดาษปลั๊ ธนบัตร หรือสิ่งอื่นใดที่รัฐบาลออกใช้หรือให้อำนาจออกใช้ให้เป็นหนี้บัตร ถ้าขาดเจตนาเพื่อให้เป็นเงินตราแล้ว ไม่เป็นความผิดฐานนี้¹⁵ ส่วนในเรื่องการปลอมเอกสารตามมาตรา 264 นอกจากเจตนาปลอมโดยรู้ตามมาตรา 59 แล้ว ต้องมีเจตนาคือกระทำเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารจริงและการปลอมนี้ น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ส่วนการปลอมเงินตรา ดวงตราไปรษณียากร ตั๋ว เหล่านี้มีได้ข้อความว่า

¹⁵ จิตติ คิงภทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1,

น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน และเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อ ทั้งนี้เพราะการปลอมสิ่งเหล่านี้เป็นเรื่องกระทบกระเทือนต่อมหาชนส่วนรวมอยู่แล้ว เป็นเรื่องความเสียหายของรัฐในทางเศรษฐกิจ รวมทั้งประชาชนโดยทั่วไป เป็นเรื่องเกี่ยวพันไปถึงความมั่นคงของประเทศชาติด้วย แต่การปลอมเอกสารนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือผู้อื่นทุกครั้ง เสมอไป กฎหมายจึงกำหนดให้เป็นความผิดเฉพาะในกรณีที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนอื่นหรือประชาชนเท่านั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะข้อความแห่งเอกสารนั้นต้องเป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำมิใช่ผลของการกระทำ ไม่จำเป็นจะต้องเกิดความเสียหายจริง ๆ เพียงแต่น่าจะเกิดความเสียหายได้ แม้อ้อมมาได้เกิดความเสียหายขึ้น ความผิดก็สำเร็จแล้ว

นอกจากนี้ในเรื่องการปลอมเอกสารนี้ จะมีความผิดฐานนี้ ต้องมีเจตนาพิเศษคือเพื่อให้ผู้อื่นเชื่อ ถ้าไม่มีก็มิใช่ความผิดตามมาตรา 16 เช่น ทำศิลาจารึก ขยาย ไม่เป็นการลงให้เข้าใจว่าเป็นของแท้ไม่เป็นปลอมเอกสาร¹⁶ ทั้งนี้เพราะการปลอมเอกสารไม่จำเป็นต้องมีเอกสารจริงอยู่ด้วย เมื่อมีเอกสารจริงหลักการพิจารณาว่าปลอมหรือไม่จึงมิได้อยู่ที่ว่าเหมือนกับของจริงหรือเปล่า จึงต้องพิจารณาถึงเจตนาพิเศษว่ามีเจตนาทำเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารแท้จริง ถ้าเป็นการปลอมเงินตราไม่ต้องใส่ข้อความเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นเงินตราจริงลงในตัวบท เพราะการปลอมเงินตราต้องมีของจริง เมื่อเจตนาทำออกมาให้เหมือนของจริงแล้วแน่นอนว่าต้องเป็นเจตนาเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อ อยากรู้ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าไม่มีเจตนาให้ใครเชื่อในเมื่อตนทำออกมาเหมือนกัน เมื่อเหมือนยอมเป็นการเล็งเห็นผลอยู่แล้วว่าคนจะหลงเชื่อ

พอจะกล่าวได้ว่า การทำเอกสารปลอมผู้ทำเพื่อให้เข้าใจว่าเป็นของแท้เป็นเอกสารที่แท้จริง มิใช่เชื่อว่าถูกต้องตรงตามความจริง คือเพ่งเล็งที่ตัวผู้ทำเอกสารเป็นสำคัญ เอกสารนั้นในตัวของมันเมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าใครเป็นผู้กระทำขึ้น และตาม

¹⁶ จิตติ ตึงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 1692.

ความจริงนั้นผู้ใดกระทำหรือไม่ เช่น เอกสารแสดงว่า ก. เป็นผู้ทำ แต่ความจริง ข. เป็นผู้ทำโดย ก. มิได้มอบอำนาจให้ทำ เอกสารนั้นแม้ข้อความจะตรงกับความจริงก็ยิ่งถือว่าเป็นเอกสารปลอม การปลอมไม่จำเป็นต้องมีของจริงอยู่ และไม่ต้องทำให้เหมือนของจริงก็เป็นเอกสารปลอมได้ ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าผู้กระทำไม่มีอำนาจทำเอกสารนั้นขึ้น เป็นการลวงให้หลงในตัวบุคคลผู้ทำเอกสารนั้น แต่มีข้อยกเว้นอยู่ว่าแม้ผู้ทำเอกสารเองก็อาจปลอมเอกสารของตนได้โดยการแก้ไข เพิ่มเติม ตัดทอน ภายหลังจากที่ได้นำส่งมอบแก่บุคคลอื่นไปแล้ว¹⁷ โดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2.1.4.2 การปลอมเครื่องหมายการค้าบุคคลอื่นจะหลงเชื่อหรือไม่สำคัญ

ปัญหาที่ 1 ทำเครื่องหมายการค้า โรลสลอยด์ ติดกับรถสามล้อเครื่องออกจำหน่าย เพื่อตั้งคู่คู้ลูกค้า เพราะเห็นว่าแปลก โดดเด่น ลูกค้าน่าจะพอใจที่จะได้ใช้รถสามล้อเครื่องที่ติดเครื่องหมาย "โรลสลอยด์" ไม่มีเจตนาให้ประชาชนหลงเชื่อว่ารรถสามล้อเครื่องนี้ผลิตโดยบริษัทเดียวกับที่ผลิตรถยนต์ "โรลสลอยด์"

ปัญหาที่ 2 ทำเสื้อยืดพิมพ์รูปพระเยซูและอักษร LA COSTE ตัวโตบนเสื้อยืดขายในราคาตัวละ 20 บาท ซึ่งคนทั่วไปรู้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของเสื้อจากบริษัทในฝรั่งเศสซึ่งมีราคาสูงมาก ไม่ว่าผู้ใดก็ทราบว่าจะไม่ใช่สินค้าของ LA COSTE จริง และผู้ทำเองก็ไม่มีเจตนาให้ใครหลงเชื่อว่าเป็นเสื้อยืดของ LA COSTE จริง เพราะได้ติดราคากำกับอยู่แล้ว จะถือเป็นความผิดตามมาตราหรือไม่

ถ้าการปลอมนั้นได้ใช้อย่างเครื่องหมายการค้าแล้ว ประชาชนจะหลงเชื่อหรือไม่ไม่สำคัญ ตัวอย่างเช่น ปลอมเครื่องหมายการค้าโรลสลอยด์ ดังตัวอย่าง แม้จะไม่มีลูกควีใดเชื่อเลยก็ตามว่าบริษัทโรลสลอยด์ ผลิตรถสามล้อเครื่องจำหน่าย ก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 273 แล้ว เพราะปลอมเครื่องหมายการค้าและใช้อย่างเครื่องหมายการค้ากับสินค้าจำพวกรถยนต์ ไม่ว่าประชาชนจะหลงเชื่อหรือไม่สำคัญ หรือกรณีเดียวกันทำเสื้อยืดจำหน่าย ติดเครื่องหมายการค้า "ไปโล" เช่นเดียวกับเสื้อของไปโลจริง ๆ แม้จะติดราคาไว้ด้วยว่าราคาตัวละ 20 บาท ซึ่งแน่นอนว่าประชาชนย่อมไม่เชื่อว่าเป็นเสื้อยืดที่ผลิตจากบริษัทเดียวกับที่ผลิตเสื้อยืดไปโลจริง ๆ

¹⁷ วีระพงษ์ บุญญาส, "การปลอมเอกสารกับการละเมิดลิขสิทธิ์" วารสารกฎหมาย

เพราะราคาแตกต่างกันมาก แต่บริษัทเจ้าของเครื่องหมายการค้าจริงขอมฟ้องร้องได้ตาม
 มาตรา 273 เพราะได้ปลอมและใช้อย่างเครื่องหมายการค้าประชาชนจะเชื่อหรือไม่
 สำคัญ การที่กฎหมายแบ่งจำพวกสินค้าและได้ตีความว่าความผิดฐานปลอมตามมาตรา 273
 ต้องเป็นการปลอมเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วในสินค้าจำพวกเดียวกันกับที่ขอลด
 ทะเบียนครอบคลุมนั้น เมื่อจดทะเบียนสินค้าประเภท 47 ทั้งหมด ผลผลิตเขียนไขภายใต้
 เครื่องหมายการค้านี้ต่อมาได้ปลอมเครื่องหมายการค้านี้ใช้กับตราซึกผ้า หรือใช้กับน้ำมัน
 หยอดจักร ซึ่งผู้บริโภคยอมไม่หลงผิดในความเป็นเจ้าของนั้น แต่ก็ยังเป็นความผิดตามมาตรา 273

2.1.4.3 การปลอม ไม่น่าเชื่อว่าจะทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่อง หมายการค้า ก็เข้าความผิดตามมาตรา 273

เมื่อบุคคลใดเจตนาปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นขึ้นมา เมื่อปลอมสำเร็จแล้ว
 เข้าความผิดสำเร็จตามมาตรา 273 ไม่ต้องคำนึงว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่อง
 หมายการค้าหรือไม่ เพราะในตัวของกฎหมายพิเศษในเรื่องนี้บัญญัติไว้ ต่างจากในเรื่องการ
 ปลอมเอกสารซึ่งกฎหมายกำหนดเด่นชัดว่าต้องการเจตนาพิเศษด้วย จึงจะครบองค์ประกอบ
 ความผิด ตัวอย่างเช่น นาย ก. ปลอมเครื่องหมายการค้าของนาย A ซึ่งผลิตสินค้า
 ภายใต้เครื่องหมายการค้าที่มีคำ ขยายแพร่หลายในต่างประเทศ แต่มิได้ส่งมาจำหน่ายใน
 ประเทศไทย เมื่อนาย ก. ปลอมเครื่องหมายการค้าที่มีคำ ของนาย A เมื่อนาย A
 จะไม่ได้รับความเสียหาย เด็ดครั้น เนื่องจากนาย A มิได้ส่งสินค้ามาจำหน่ายในประเทศไทย
 อยู่แล้ว จึงมิได้กระทบกระเทือนถึงยอดขายของนาย A ใดๆ แต่ นาย A ก็ฟ้องนาย
 ก. ได้ตามมาตรา 273 นี้ หากนาย A จดทะเบียนไว้แล้วสำหรับเครื่องหมายการค้านี้
 ในประเทศของตน

2.1.4.4 ต้องเป็นการปลอมโดยมุ่งใช้เครื่องหมายการค้าด้วยหรือ
เพียงแต่มุ่งแสวงประโยชน์ทางกิจการค้าขายเท่านั้น และต้องเกี่ยวข้องกับสินค้าด้วยหรือไม่

มีความคิดแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

1. ฝ่ายแรก เห็นว่าต้องเป็นการปลอมโดยมีเจตนามุ่งใช้เครื่องหมายที่ปลอม
 นั้นอย่างเครื่องหมายการค้า จึงต้องมีสินค้าเข้ามาเกี่ยวข้องกับด้วย ไม่ว่าจะใดก็ตามเครื่องหมาย
 ที่ปลอมนั้นกับตัวสินค้าด้วยหรือไม่ก็ตาม หากมิได้มุ่งใช้อย่าง เป็นเครื่องหมายการค้า ไม่มีสินค้า
 เกี่ยวข้อง แต่มุ่งประโยชน์ทางการค้าอย่างเดียว ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 273 นี้ เช่น

ปัญหาที่ 1 อูร์ดรับจ้างตกแต่งรถ ทำเครื่องหมายการค้า เบนซ์ โรลสลอยด์
 และปีเอมดับบลิว ติดไฟรดลูกค้ำที่มาว่าจ้างทำเป็นการตกแต่งรถให้สวยงามด้วยเครื่องหมาย
 การค้าของรถยนต์ทั้ง ๆ คนหนึ่งอาจติดเครื่องหมายการค้าของหลาย ๆ บริษัทได้เหมือนกัน
 ไม่มีเจตนาใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อแสดงว่ารถดังกล่าวผลิตจากบริษัท เบนซ์ โรลสลอยด์
 หรือปีเอมดับบลิว

ปัญหาที่ 2 ปลอมเครื่องหมายการค้าของ Pierre Cardin ออกมามากมาย
 แต่ไม่มีสินค้าเกี่ยวข้อง ไม่ได้ใช้ติดกับตัวสินค้าเลยเป็นความผิดฐานนี้หรือยังและถ้าอ้างว่าทำขึ้น
 เพื่อจำหน่ายเป็นพวกกุญแจ หรือไวเชวนนารถหรือของชำร่วย เป็นความผิดฐานนี้หรือไม่

ปัญหาที่ 3 ทำ Sticker รูปเครื่องหมายการค้าของเสื่อโปโลไว้จำหน่าย
 อาจมีผู้ซื้อไปใช้ติดอะไรก็ได้ เช่น ติดกระเป๋าหนังสือ ติดฝาห้อง ติดรถยนต์ เป็นความผิด
 ฐานปลอมเครื่องหมายการค้าหรือไม่

เทียบกับความผิดฐานปลอมเงินตรา ในมาตรา 240 ซึ่งกฎหมายใช้ถ้อยคำปลอม
 ขึ้นเพื่อให้เป็นเหรียญกระษาปณ์ ธนบัตร . . . เป็นการให้ความเด่นชัดออกมาเลยว่า
 ปลอมเพื่อให้เป็นเงินตรา ถ้าไม่ได้ทำให้เป็นเงินตราแล้ว ไม่เป็นความผิดตามมาตรา

ในเรื่องของเครื่องหมายการค้าจึงได้ตีความว่า การจะเป็นความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 273 โทนั้น ต้องเป็นการปลอมขึ้นเพื่อใช้หรือใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้านั้น ๆ เป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เช่นเดียวกับเรื่องการใช้เอกสารปลอมตามมาตรา 268 ซึ่งท่านอาจารย์จิติ ได้ให้ความหมายไว้ว่า ใช้หมายถึงการใช้เอกสาร มิได้ใช้อย่างกระดาดหน้าหนึ่ง เช่น คัดทำถุงใส่ของ มิใช่การใช้เอกสารปลอม

วิเคราะห์ว่า เจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมาย คือ การปลอมต้องเป็นการปลอมเพื่อใช้หรือใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้านั้นเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วสินค้านั้นเป็นของผู้อื่น มิใช่เป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง เทียบจากกรณีต่อไปนี้

โดยหลักแล้ว การปลอมต้องมีเจตนาทุจริตประกอบอยู่ในตัวจึงจะถือเป็นความผิดฐานปลอม การปลอมก็เหมือนความผิดฐานลักทรัพย์อย่างหนึ่ง เพราะเครื่องหมายการค้าก็เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งเช่นกัน แต่ไม่ใช่ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เมื่อการลักทรัพย์ต้องอาศัยเจตนาทุจริต การปลอมก็เช่นเดียวกันต้องเป็นการทำปลอมเพื่อใช้เครื่องหมายที่ปลอมขึ้นมานั้น อย่างเครื่องหมายการค้ามุ่งไปในทางการค้าไม่ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงจะเสียหายหรือไม่ก็ตาม ไม่น่าจึงต้องเป็นการกระทำการปลอมขึ้น เพื่อใช้หรือใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับเรื่องปลอมเงินตรา ก็ต้องเป็นการปลอมเพื่อใช้หรือใช้เป็นที่หมายหรือใช้เกี่ยวข้องกับเรื่องปลอมเงินตรา คำว่าใช้หรือใช้เป็นที่หมายหรือใช้เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายนั้นมาติดกับสินค้าเพื่อแสดงให้ผู้อื่นเข้าใจว่าสินค้านั้นเป็นของเจ้าของเครื่องหมายที่แท้จริงมีที่มาแหล่งกำเนิดเดียวกับสินค้าทั่วไปที่ติดเครื่องหมายเดียวกันนี้ (ที่เป็นเครื่องหมายจริง) เช่น ปลอมเครื่องหมายการค้า Cartier ติดกับนาฬิกา เพื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจว่านาฬิกานั้นเป็นของ Cartier และชื่อสินค้านั้น ส่วนประชาชนจะหลงเชื่อ จะซื้อหรือไม่สำคัญเช่นนี้เป็นความผิดฐานปลอมเพราะปลอมเครื่องหมายขึ้นมาเพื่อใช้หรือใช้เป็นที่หมายหรือใช้เกี่ยวข้องกับการค้า แต่ถ้าเป็นกรณีที่น่ายแฉก เห็นเครื่องหมายการค้าตรานกยูงรำแพนที่ค้ำมรมของนายคำ

เพื่อของตน เห็นว่าดูสวยดี จึงทำเครื่องหมายเหมือนที่ตนเห็นเป็นรูปนกยูงรำแพนนำมาติดที่
 คามรมของตนบ้าง เช่นนี้ แม้นายแดงจะได้ทำเครื่องหมายนกยูงรำแพนเทียมของจริง ก็ตั้งใจ
 ใจทำให้เหมือนของแท้ แลวนำไปติดกับรมของตนก็ตาม แต่นายแดง ไม่มีเจตนาที่จะใช้เครื่อง
 หมายที่ตนทำขึ้นมานั้นอย่างเครื่องหมายการค้า เป็นการขาดเจตนาในการปลอม หรือการที่
 นายเขียว ทำเครื่องหมายการค้าขึ้นแบบเดียวกับเบนซ์มาติดกับรถออสตินเก่า ๆ ของตน
 เช่นนี้ถือเป็นเรื่องของการแสดงออกทางจิตใจ ทำขึ้นเพื่อความสบายใจ ขาดเจตนาปลอม
 เพื่อใช้เป็นเครื่องหมายการค้า เพียงแต่เอามาติดรถของตนเพราะเห็นสวย โโกโก้
 มิได้มีเจตนาเพื่อธุรกิจการค้าให้ประชาชนเข้าใจว่ารถคันนี้เป็นรถที่ผลิตจากบริษัทเบนซ์
 และมาขอซื้อรถของตน กรณีขาดเจตนาเช่นนี้ อาจเปรียบได้เช่นเดียวกับกรณีที่เคยเกิดขึ้น
 คือ จำเลยไปงานแต่งงานเด็กกลองของขวัญขึ้นเล็กไปเมื่อไปถึงงานเห็นกลองของขวัญขึ้นใหญ่
 วางอยู่จึงแอบสับเปลี่ยน เพื่อนำขึ้นใหญ่ไปขึ้นให้อีกที่ เพราะต้องการไถหนำ เช่นนี้ไม่เป็น
 ความผิดฐานลักทรัพย์เพราะขาดเจตนาลักทรัพย์ เป็นต้น

ตามมาตรา 273 สินค้าเป็นตัวแปรสำคัญในความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า
 การที่มีฎีกาออกมาว่าไม่จำเป็นต้องติดกับสินค้าก็เป็นความผิดฐานปลอมแล้ว ในกรณีเช่นนี้ข้อเท็จ
 จริงมีอยู่ว่ามีสินค้าดังกล่าวอยู่แล้วแต่ยังมีได้ติดเครื่องหมายที่ปลอมลงไปบนสินค้านั้น เช่น
 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 306, 307/2505 แผนเครื่องหมายการค้าปลอมซึ่งส่งเข้ามาพร้อมกระจก
 แวนตา แม้ยังมีได้ติดกับกระจกซึ่งเป็นตัวสินค้าก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 275 ประกอบ
 มาตรา 273 แล้ว และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 395/2476 ทิมพ์กระดาษตราฉนวนไฟฉาย
 "เอเวอร์เรดส์" แม้ยังไม่ได้ติดกับสินค้าเพียงแต่เพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้า
 เช่นเดียวกัน ก็เป็นความผิดแล้ว 2 ตัวอย่างนี้ต้องมีข้อเท็จจริงว่า ปลอมขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่อง
 หมายการค้าติดกับตัวสินค้าซึ่งต้องพิสูจน์ว่ามีตัวสินค้าที่จะใช้ติดด้วย ดังนั้นการทำเครื่องหมาย
 การค้าของ Pierre Cardin ออกมา แต่ไม่มีสินค้าเกี่ยวข้องเลย เช่น พบโรงงาน
 ผลิตแต่ตัวเครื่องหมายการค้า Pierre Cardin แต่ในโรงงานไม่มีสินค้าหนังอื่นใดเลย
 รวมทั้งไม่มีการติดต่อจำหน่ายให้บริษัทเครื่องหนังหรือสินค้าใด ๆ เลยเช่นนี้ โดยผู้ผลิตอ้างว่า

ทำขึ้นเพื่อเป็นพวกกุญแจ หรือเขวหนาร์ด เป็นต้น หรือการทำ Sticker รูป
 เครื่องหมายการค้าของเลื่อยดี IA COSTE ชาย อาจมีผู้ซื้อไปติดกระเป่าหนังสือ
 ตีครดยนต์ ฯลฯ เป็นความผิดฐานปลอมตามมาตรา 273 หรือไม่ เห็นได้ว่าการทำเครื่อง
 หมายของผู้อื่นขึ้นมาเช่นนี้ ไม่ใช่การทำเพื่อเป็นเครื่องหมายการค้า และไม่มีตัวสินค้าที่จะ
 ใช้ติดด้วย จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 273 แม้ในมาตรา 275 ก็ยังระบุว่าความผิด
 ในการจำหน่าย นำเข้าในราชอาณาจักร . . . ต้องเป็นความผิดในการจำหน่ายหรือนำ
 เข้าซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าปลอม การจำหน่ายแต่เครื่องหมายการค้าปลอม จึงยัง
 ไม่ใช่ความผิดฐานนี้ ดังนั้นการปลอมเครื่องหมายการค้าดังกล่าวอย่าง เพื่อจำหน่ายเฉพาะตัว
 เครื่องหมายเป็นพวกกุญแจ เป็น Sticker จึงยังไม่เข้ามาตรา 273 ต้องไป
 พิจารณาว่าจะเข้ามาตรา 272 (1) ได้หรือไม่ในอันที่จะทำเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่า
 เป็นการค้าของเจ้าของเครื่องหมายนั้น ถ้าเห็นว่า Sticker IA COSTE ที่จำหน่าย
 นั้นเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าการค้าของบริษัทผลิต IA COSTE ก็เข้ามาตรา 272 (1)
 แต่ถ้าพิสูจน์เจตนาพิเศษไม่ได้ก็ไม่เป็นความผิดใดทางอาญา ฟ้องร้องได้เฉพาะทางแพ่ง
 เท่านั้น หรือเช่นมีผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปโทรราเอมอน ใช้กับสินค้าอะหมี่ มีผู้ทำ
 โทรราเอมอน เป็นตุ๊กตาผู้ชาย เช่นนี้ย่อมไม่เป็นความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า

ถ้าการปลอมนั้นมุ่งไปในทางการค้า แต่มิได้มีเจตนาใช้หรือจะใช้อย่างเครื่องหมาย
 การค้า ก็ไม่เข้ามาตรา 273 เช่น อูรดชื่อ "แดงบริการ" รับจ้างตกแต่งรถซึ่ง
 ทำเครื่องหมายเบนซ์ โรลสลอยด์ บีเอ็มดับเบิลิว ฯลฯ ติดให้รถลูกค้าที่มาว่าจ้างให้ตกแต่ง
 เป็นการตกแต่งให้สวยงามด้วยเครื่องหมายยี่ห้อต่าง ๆ ไม่มีเจตนาให้เป็นเครื่องหมาย
 การค้า เพื่อแสดงว่ารถดังกล่าวผลิตจากบริษัทเบนซ์ บีเอ็มดับเบิลิว หรือโรลสลอยด์ รถคัน
 หนึ่งอาจติดถึง 2 - 3 ยี่ห้อ เช่นนี้ก็ไม่ใช่ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา
 273 อาจจะดูว่าจะเข้ามาตรา 272 (1) ได้หรือไม่ การกระทำของ "แดงบริการ" จะทำ
 ให้ผู้อื่นหลงเชื่อได้หรือไม่ว่าการค้าของตนเกี่ยวข้องกับบริษัทเบนซ์ โรลสลอยด์ หรือบีเอ็มดับเบิลิว

ถ้าไม่มีการหลงเชื่อเช่นนั้นก็ไม่เข้ามาตรา 272 (1) ถ้าบริษัทเบนซ์ โรลสลอยด์ หรือ บีเอ็มดับบลิว จะฟ้องร้อง "แดงบริการ" ก็ต้องอาศัยกฎหมายแห่งเท่านั้นในส่วนละเมิด และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรา 27

2. ฝ่ายที่เห็นว่า การจะเป็นความผิดตามมาตรา ๒๗๒ (๑) ไม่จำเป็นต้องเป็นการปลอมแปลงใช้อย่างเครื่องหมายการค้า เพียงแต่ประสงค์ต่อผลประโยชน์ที่จะได้รับตอบแทนในการค้าขายเท่านั้น ผู้ที่รับซื้อไปจะนำไปทำสิ่งใดไม่คำนึงถึง เช่น กรณีผู้รถรับจ้าง ตกแดงรถยนต์ ทำเครื่องหมายการค้าเบนซ์ โรลสลอยด์ และบีเอ็มดับบลิว ติดให้รถของลูกค้าที่มาว่าจ้างทำ เป็นการตกแดงรถให้สวยงาม ไม่มีเจตนาใช้อย่างเครื่องหมายการค้า เพื่อระบุให้ผู้พบเห็นทราบว่า รถนี้ผลิตโดยบริษัทเจ้าของเครื่องหมายจริง เช่น รถออสติน ติดเครื่องหมายการค้าเบนซ์ ไม่มีเจตนาหมายที่จะแสดงว่า รถออสตินนั้นผลิตโดยบริษัทเบนซ์ แต่เมื่อเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้าจากเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เป็นการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของเขาแล้ว ย่อมถือเป็นความผิดอาญา แม้วาเจ้าของผู้กระทำการปลอม จะมีเจตนาเพียงตกแดงให้สวยงามตามใจลูกค้า มิได้ต้องการแสดงว่ารถดังกล่าวผลิตจากบริษัทนั้น ๆ จริง ๆ และไม่มีเจตนาให้ใครเห็นว่าตนเกี่ยวข้องกับบริษัทเจ้าของเครื่องหมายการค้าเหล่านั้น ก็ตาม ทั้งนี้เพราะบุคคลไม่มีสิทธิ์ที่จะประทุษร้ายต่อทรัพย์สินของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าของตน

นอกจากนี้ ยังมีผู้ที่มีแนวความคิดขยายกว้างขึ้นไปอีกว่า เพียงมีเจตนาปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น ไม่ต้องคำนึงถึงว่าเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ เพียงแต่ปลอมก็ผิดแล้วตามมาตรา ๒๗๒ เช่น นาย ก. เห็นเครื่องหมายการค้า หมี่แพนด้าใส่หมวกใช้กับสินค้ารมกันแดด เห็นสวยงามรักดี จึงทำรูปหมี่แพนด้าใส่หมวกติดกับรมของตนบ้าง หรือต้องการโอ้อวดแสดงออก จึงเอาเครื่องหมายการค้าโรลสลอยด์มาติดกับรถซูซูกิของตนเอง เช่นนี้ก็คือว่าเป็นความผิดฐานปลอมแล้ว

สำหรับผู้เขียน เห็นด้วยกับแนวคิดที่ว่า ไม่จำเป็นต้องใช้อย่างเครื่องหมายการค้าขอเพียงเป็นการปลอมเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าใส่ตน ก็เป็นความผิดแล้วเพราะ ไม่ควรเปิดโอกาสให้ผู้ใดมาฉกฉวยผลประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นอันเป็นการกระทำที่เอาเปรียบกันทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ แต่ไม่เห็นว่าการปลอมโดยมิได้นำไปใช้

ประโยชน์ทางการค้า แต่อย่างไรก็ตามจะเป็นความผิดด้วย เพราะถือว่าขาดเจตนาร้าย เช่น เห็นเครื่องหมายการค้ารูปตุ๊กตาน่ารัก ก็ลองวาดตามออกมาเหมือนแล้วเก็บไว้เฉย ๆ หรือการนำเครื่องหมายการค้านั้นมาติดกับรถของตนเพื่อต้องการโอ้อวด เพราะความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดที่บัญญัติไว้ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับการค้า จึงควรจะต้องเป็นการกระทำในทางการค้าด้วย เพียงแต่ไม่ต้องตีความลึกถึงขนาดต้องเป็นเครื่องหมายการค้า ดังนั้น แม้การขาย Sticker รูปเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นออกจำหน่ายโดยมิได้ใช้ติดกับสินค้าอะไรก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ด้วย

2.2 การเลียนเครื่องหมายการค้า ตามประมวลกฎหมายอาญา มีองค์ประกอบคือ

1. เลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น
2. เครื่องหมายการค้านั้นได้จดทะเบียนแล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร
3. เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

2.2.1 ความหมาย เลียน หมายถึงความว่า มิได้ทำให้เหมือน แต่ทำให้คล้ายคลึงกับของที่แท้โดยมีข้อแตกต่างกันบ้าง แต่ก็ยังอาจทำให้คนธรรมดาหลงว่าเป็นของแท้¹⁸ ต่างกับการปลอม คือการปลอมนั้นเป็นเจตนาทำให้เหมือนของจริง เมื่อมีเจตนาทำให้เหมือนของจริงกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องใส่ถ้อยคำที่ว่าเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายของผู้อื่น เพราะถ้าเจตนาจะทำให้เหมือนนั้นบอกอยู่ในตัวเอง แล้วว่าย่อมต้องมุ่งที่ผลให้ประชาชนเชื่อ การเลียนแบบนี้ ไม่มีเจตนาจะทำให้เหมือนของจริงแต่เจตนาที่จะทำออกมาแล้วคนทั่วไปมองดูถ้ามิได้สังเกตจะเชื่อว่าเป็นของจริงเพราะสิ่งที่ทำออกมานั้นมองดูรวม ๆ แล้วคล้ายของจริง เช่นคนขี่ควายกับลิงขี่ควาย คนทำมิได้ตั้งใจจะทำเครื่องหมายการค้าออกมาเป็นรูปคนขี่ควายให้เหมือนกับของจริง แต่เจตนาทำรูปลิงแทนคนขี่ควาย ซึ่งเมื่อมองรวม ๆ แล้วไม่สังเกตจะเห็นเป็นรูปคนขี่ควาย เช่นนี้เป็นการเลียนแบบ

เปรียบเทียบการเลียนในความผิดเกี่ยวกับเงินตราและเครื่องหมายการค้า

ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเงินตรายังมีมาตรา 249 ซึ่งเป็นความผิดอันมีองค์ประกอบคือ ทำบัตรหรือโลหะตูดอย่างใด ๆ ให้มีลักษณะและขนาดคล้ายคลึงกับเงินตรา ไม่ว่าจะเป็เหรียญกระษาปณ์ ธนบัตร หรือสิ่งใด ๆ ซึ่งรัฐบาลออกใช้หรือให้อำนาจใช้ . . .

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1767.

ความผิดในมาตรานี้ คือ การกระทำให้คล้ายคลึงกับวัตถุอันเดียวกับมาตรา 240

คล้ายคลึง หมายถึง ทำเลียนให้มีลักษณะและขนาดไม่ต้องถึงกับให้เหมือนของจริง ไม่ถึงกับทำให้หลงว่าเป็นของจริง เป็นการทำให้เลียนแบบไม่ถึงกับเป็นการปลอมซึ่งขอแตกต่างกันคือขนาดและความใกล้เคียงกับของจริง ถ้าทำให้เหมือนแต่ทำให้คล้ายพอให้หลงถ้าไม่สังเกตก็เป็นเพียงแต่เลียน ถ้าทำยิ่งกว่าคล้าย คือพยายามทำให้เหมือนจนทำให้หลงได้ถ้าใช้ความสังเกตไม่ถึงขนาดก็เป็นปลอม การทำให้คล้ายคลึงนั้นไม่ถึงกับให้เหมือนของจริงไม่ถึงกับทำให้หลงว่าเป็นของจริง แต่ย่อมมีลักษณะให้หลงว่าเป็นของจริงได้ เพราะถ้าไม่สามารถหลงได้เลยก็ย่อมจะไม่คล้ายคลึงกัน¹⁹ การคล้ายหรือไม่คล้ายเป็นข้อเท็จจริงทั่วไปไม่เกี่ยวกับจิตใจผู้กระทำ ความคล้ายคลึงที่บัญญัติตามมาตรานี้คือลักษณะและขนาด รวมทั้งรูป ลวดลาย สีของโลหะหรือกระดาษ ถ้ารวมกันทำให้คล้ายคลึงกับของจริงก็เป็นความผิด ความคล้ายคลึงนี้เป็นผลสำเร็จของการกระทำ ถ้าทำแล้วไม่คล้ายไม่มีความผิดสำเร็จ แม้จะมีเจตนาทำให้คล้ายก็เป็นเพียงพยายาม เพราะไม่บังเกิดผลเสด็จในกรมหลวงราชบุรีทรงแสดงตัวอย่างไว้ว่า "นายแดงเอาตะกั่วมาทำเป็นเงินบาทซัดให้ขาว ๆ สำหรับให้เด็กเล่น และได้ขายแผ่นตะกั่วนี้ถูก ๆ เป็นของเล่น ไม่มีเจตนาหลอกผู้ใดว่าเป็นเงินตรา แต่แผ่นตะกั่วนี้ทำให้คล้ายคลึงกับเหรียญบาทจริงมาก จนอาจทำให้คนบ้านนอก และคนแก่หลงสำคัญว่าเป็นเงินจริงได้แล้ว นายแดงมีโทษ ข้อวินัจฉัยคือเหมือนมากหรือน้อย ถ้าเหมือนมากมีโทษ ถ้าไม่เหมือนไม่มีโทษ" คนบ้านนอก คนแก่ที่หย่อนความสังเกตกว่าวิญญูชนทั่วไปไม่ใช่บุคคลที่ถือเป็นระดับวัดความคล้ายคลึงกับของจริงว่าถึงกับเหมือนอันเป็นของปลอมหรือไม่ แต่เป็นเครื่องแสดงว่าเป็นการเลียนให้คล้ายคลึงตามมาตรานี้ตามระดับวิญญูชนแล้ว²⁰

¹⁹ จิตติ ตึงสนิทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 1624.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

ความผิดฐานนี้ไม่ต้องมีเจตนาพิเศษ และเจตนาโดยย่อเมเล็งเห็นผลด้วย เพียงแต่มีเจตนาตามมาตรา 59 ก็เข้าความผิดตามมาตรา 249 วรรค 1 นี้แล้ว การทำบัตรหรือโลหะนั้นมีขนาดและลักษณะคล้ายคลึงกับเงินตรา ซึ่งวินิจฉัยตามความคล้ายคลึงตามข้อเท็จจริงโดยระดับวิญญูชนทั่วไปแล้ว แม้ผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผลให้คล้ายคลึงกับเงินตรา และมีได้ก็คิดว่าจะคล้ายกับเงินตราก็ตามแต่สิ่งที่ทำขึ้นเกิดไปคล้ายคลึงเข้าและวิญญูชนในลักษณะของผู้กระทำย่อมเล็งเห็นผลได้เช่นนั้น ก็เป็นความผิด

จะเห็นได้ว่าในเรื่องนี้มาตรา 240 และ 249 คล้ายกันมากต่างกันที่ว่า มาตรา 240 ต้องมีเจตนาพิเศษคือกระทำเพื่อให้เป็นเหรียญกระษาปณ์ ธนบัตร . . . จึงจะเข้าความผิดตามมาตรา 240 การกระทำเมื่อมีเจตนาปลอมเพื่อให้เป็นเหรียญกระษาปณ์ ธนบัตร . . . แล้ว แม้ทดลองทำแต่ยังไม่เหมือนของจริงนักก็ยังไม่ผิดแต่ก็เป็นการผิดสำเร็จ (ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1969/2505, 2505 และ 1557) แต่ความผิดตามมาตรา 249 นี้ ต้องการเพียงเจตนาธรรมดา ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาเพื่อให้เป็นเหรียญกระษาปณ์ ธนบัตร . . . เช่น มาตรา 240 ดังนั้นถ้าทำแล้วผลออกมาไม่คล้ายก็ไม่เป็นความผิดสำเร็จ

ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า การปลอมตามมาตรา 240 นี้มีเจตนาทำให้เหมือนเพื่อเป็นเหรียญกระษาปณ์ ธนบัตร . . . การกระทำดังกล่าวจึงต้องพยายามให้เหมือนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ทั้งขนาด สี ลักษณะ รูปร่าง ลวดลาย แต่อาจจะไม่เหมือนจริงไปทุกอย่าง ความแตกต่างย่อมมีอยู่บ้างไม่มากนักน้อยเป็นธรรมดา เช่น ธนบัตรจริงมีรูปในหลวง ธนบัตรที่ทำปลอมก็มีรูปในหลวง เช่นเดียวกัน แต่รูปในหลวงในธนบัตรปลอมอาจทำได้ไม่เหมือนนักกับรูปในหลวงในธนบัตรจริงรูปครุฑในธนบัตรปลอมมีเหมือนกับในธนบัตรจริง แต่ลักษณะครุฑอาจจะอ่อนกว่า ลวดลายไม่ละเอียดเท่าของจริงแต่ก็เรียกได้ว่าเป็นการทำปลอม ส่วนการทำให้คล้ายคลึงตามมาตรา 249 นั้นไม่มีเจตนาทำให้เป็นเหรียญกระษาปณ์ ธนบัตร . . .

2.2.2 เจตนาเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

การเลียนแบบเครื่องหมายการค้า ต่างจากการเลียนแบบเงินตรา การเลียนแบบเงินตรานั้นไม่ต้องการเจตนาพิเศษว่ากระทำเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อ เพียงแต่เจตนาทำให้คล้ายก็พอ อาจตั้งใจทำเป็นของเล่นเด็กแต่ผิออกมาแล้ว คล้ายของจริงก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่การเลียนแบบเครื่องหมายการค้าถ้ามีเจตนาจะให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นแล้ว มีแต่เพียงเจตนาทำให้ คล้ายคลึง เท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะเป็นความผิดตามมาตรา ๓๖ ความผิดในเรื่องของเงินตรานั้น อาจคล้ายมากถึงขนาดเหมือนเงินตราจริงเลยก็ได้ แต่ถ้าขาดเจตนาทำให้หลงเชื่อว่าเป็นเงินตราแล้วก็ยังเป็นเพียงความผิดฐานทำให้คล้ายคลึง ซึ่งถ้ามีเจตนาทำให้หลงเชื่อก็เป็นความผิดฐานปลอมเงินตราแล้ว แต่ในเรื่องเครื่องหมายการค้าถ้าทำให้เหมือนเป็นปลอม ถ้าเพียงแต่คล้ายก็เป็นเลียนแบบ ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ขนาดและสี เป็นสิ่งสำคัญมาก ถ้าทำเหมือนทุกอย่างเช่น ธนบัตรใบละ 500 บาท ทั้งสีสัน และลวดลาย แต่ทำขนาดใหญ่หรือเล็กกว่าของจริง 10 เท่า ย่อมไม่เข้าความผิดตามมาตรา ๓๖ แล้ว แต่ความผิดในเรื่องเครื่องหมายการค้านี้ ขนาดและสี ไม่สำคัญ แม้ว่าทำออกมาจะต่างขนาดกันมาก หรือสีต่างกัน (ถ้าของจริงไม่จดทะเบียนจำกัสีไว้) แต่ถ้าสาระสำคัญ ลวดลาย คล้ายคลึงกันก็ใช้ได้

การพิจารณาว่าเป็นความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้านี้ มักไม่มีปัญหา เพียงแต่พิจารณาว่าเหมือนของจริงหรือไม่เท่านั้น แต่การจะพิจารณาความผิดฐานเลียนแบบนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย การคล้ายคลึงจะต้องให้คล้ายขนาดไหนจึงจะเรียกได้ว่าเป็นความผิดในมาตรา ๓๖ การจะพิสูจน์เจตนาว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษคือเพื่อให้ประชาชนหลงผิดว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้นเป็นเรื่องยาก เพราะเป็นเจตนาที่ซ่อนอยู่ในใจ ดังนั้นการที่ศาลจะพิจารณาว่าเป็นความผิดหรือไม่ จึงหันมาพิจารณาว่าความคล้ายคลึงนั้นจะถึงขนาดให้ประชาชนหลงเชื่อได้หรือไม่ ถ้ายังไม่คล้ายคลึงถึงขนาดก็พิจารณาเป็นว่ายังไม่เจตนาจะให้ประชาชนหลงเชื่อ แต่ถ้าคล้ายมากถึงขนาดอาจมีประชาชนหลงเชื่อ ก็ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษกระทำเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อ แต่ประชาชนจะหลงเชื่อหรือไม่ไม่สำคัญ

ขอเพียงแต่ควาถึงขนาดคนจะหลงเชื่อได้หรือไม่ ซึ่งในความจริงจะหลงหรือไม่หลงผิดก็ได้ คล้ายคลึงขนาดไหนจึงจะเรียกได้ว่าถึงขนาดที่จะทำให้ประชาชนหลงผิดได้ ด้วยบทกฎหมายใช้ถ้อยคำเพียงว่า เลียนเครื่องหมายการค้า แต่มีใต้วงเกณฑ์ไว้ตายตัวว่า แค่นั้นจะเป็นการเลียนถึงขนาดที่จะทำให้ประชาชนหลงผิดได้ แม้แต่ในยามคำว่า เลียนก็มีใต้วงเกณฑ์ ต้องเทียบจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน 2525 ซึ่งให้ความหมายคำว่า เลียนไว้ว่า หมายถึง "เอาอย่างพยายามทำให้เหมือนหรือคล้ายคลึงแบบอย่าง" เห็นได้ว่าในพจนานุกรมให้ความหมายทั้ง "เหมือน" และ "คล้ายคลึง" แต่ในเรื่องเครื่องหมายการค้าแล้ว ท่านอาจารย์จิติ ดิงศกัทธิ์ เห็นว่า "เลียน" หมายความว่ามิได้ทำให้เหมือนแต่ทำให้คล้ายคลึงกับของที่แท้จริง โดยทำให้มีข้อแตกต่างกันบ้าง แต่ยังคงทำให้คนธรรมดาหลงว่าเป็นของแท้ได้ เมื่อด้วยบทกฎหมายมีใต้วงเกณฑ์ไว้ว่า แค่นั้นจะทำให้คนหลงเชื่อได้ว่าเป็นของแท้ การจะพิจารณาว่าเครื่องหมายรายใดเลียนเครื่องหมายรายใดหรือไม่นั้น จึงอยู่ที่ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาวินิจฉัยเอาเป็น เรื่อง เป็นรายไปถึงความใกล้เคียงแห่งเครื่องหมายทั้งสองนั้น ซึ่งศาลมีอำนาจพิจารณาเองจากพยานวัตถุที่ปรากฏต่อศาลไม่จำเป็นต้องอาศัยบุคคลหรือผู้เชี่ยวชาญ เพราะเป็นข้อที่ศาลพึงรู้ได้เอง เช่นบุคคลทั่วไปควรจะรู้จัก และวัตถุพยานแสดงให้เห็นดีกว่าพยานบุคคล (คำพิพากษาฎีกาที่ 591-592/2477) และรูปลักษณะเครื่องหมายการค้าของ โจทก์และจำเลยคล้ายคลึงกันอันแสดงว่าจำเลยเลียนของโจทก์หรือไม่เป็นข้อที่ศาลพึงพิจารณาได้เอง เช่นบุคคลทั่วไปควรจะรู้จัก ฉะนั้นแม้ศาลจะเพียงตรวจดูรูป ลักษณะ เครื่องหมายการค้าประกอบพยานเอกสาร โดยไม่สืบพยานบุคคลก็ชอบที่จะทำได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 612/2504) อย่างไรก็ตามการค้าขายขยายตัวแพร่หลายมากขึ้น เทคโนโลยีในการผลิตและเทคนิคในการจำหน่ายหน้า เจริญขึ้นอย่างรวดเร็ว การเอาเปรียบกันทางการค้าเกิดขึ้นมากมายเป็นเงาตามตัว การจะพิจารณาอยู่แต่เฉพาะวัตถุพยานหรือตัวเครื่องหมายการค้า หรือตัวสินค้าอย่างเดียวยังไม่เป็นการเพียงพอ คำพิพากษาฎีกาที่ 377/2482 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในเรื่องการเลียนแบบเครื่องหมายการค้าเป็นหน้าที่ของศาลชั้นต้นจะตัดสินตามลำพังศาลเองว่าจำเลยได้เลียนแบบเครื่องหมายของโจทก์หรือไม่ แต่ศาล

ชั้นต้นควรรับฟังพยานเพื่อแสดงว่าในท้องตลาดได้เรียกสินค้าหรือเครื่องหมายการค้าของโจทก์จำเลยว่าอย่างไร และเพื่อแสดงว่ามหาชนที่เคยซื้อสินค้าของทั้งสองฝ่ายมีความรู้การศึกษาอย่างไร ในคำพิพากษาฎีกาที่ 987/2477 ศาลมีภาววินิจฉัยว่าศาลจะพิเคราะห์แต่ตัวเครื่องหมายการค้าอย่างเดียวไม่พอ จะต้องพิจารณาตัวสินค้าด้วย เพราะโดยปกติผู้ซื้อสินค้าย่อมพิจารณาสินค้าก่อนเครื่องหมาย คำพิพากษาฎีกาที่ 1227/2504 การวินิจฉัยเรื่องการเลียนเครื่องหมายการค้านั้นศาลจะต้องพิจารณาสิ่งที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ทั้งเครื่องหมายการค้า และสินค้าที่ใช้ พิเคราะห์ถึงรูป ลักษณะตลอดจนสีสันทัน และการวางรูปของเครื่องหมายทั้งหมด เพื่อจะได้ทราบว่าสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าที่พิพาทคืออะไร และใกล้เคียงกันมากเพียงใด เมื่อรวบรวมประมวลจากคำพิพากษาฎีกาและแนวพิจารณาของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าแล้ว พอจะกล่าวได้ว่าแนวในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าที่พิพาทนั้น จำเลยเลียนเครื่องหมายการค้าของโจทก์โดยมีเจตนาเพื่อให้ประชาชนหลงผิดจริงหรือไม่ตามหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ความคล้ายคลึงของตัวเครื่องหมายการค้าเอง การจะพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าที่พิพาทนั้นมีความคล้ายคลึงกันจนนับได้ว่าก่อให้เกิดประชาชนหลงผิดได้หรือไม่นั้น หลักเบื้องต้นในการพิจารณาซึ่งในบางประเทศมีความเห็นคล้ายกันอยู่ 3 ประการคือ ²¹

ก. การปรากฏซึ่งมองเห็นได้ด้วยตา (Sight/Similarity in Appearance) คือการมองดูด้วยตาสามารถบ่งบอกถึงความคล้ายคลึงนั้น เช่น คนชื่ควาย กับลิงชื่ควาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 645/2507)

ข. ความคล้ายกันในการออกเสียงเรียกขาน (Similarity in Pronunciation/ Sound) มองด้วยตาอาจจะไม่คล้าย แต่เมื่อออกเสียงเรียกขานแล้วคล้ายกันมากจนอาจเกิดการหลงผิดได้ GANTRISIN กับ KANDICIN

²¹ พิศวาท สุคนธ์พันธ์, เอกสารประกอบคำสอนวิชาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในส่วนว่าด้วยเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 24.

(คำพิพากษาฎีกาที่ 1360/2511) มองด้วยตาอาจดูไม่คล้ายคลึง แต่เมื่อออกเสียงแล้ว คือ เกนตรีซินและแคนดิซิน ฟังดูคล้ายคลึงกันมาก

ค. ความคล้ายคลึงกันในความหมาย (Similarity in Meaning) คือตัวอย่างเช่น ฝ่ายหนึ่งใช้เครื่องหมายการค้าเป็นรูปสัตว์ สิงโต อีกฝ่ายใช้เครื่องหมายการค้าคำว่า สิงโต (แต่ไม่มีรูปสัตว์)

ทั้ง 3 ประการนี้เป็นเพียงหลักกว้าง ๆ ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าและคำพิพากษาฎีกา พอจะเป็นเกณฑ์พิจารณาดังนี้

1.1 พิจารณาถึงรูปลักษณะและเสียงเรียกขานของเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องในกรณีที่เป็นคำ เช่น เครื่องหมายการค้า WINNERR กับ WINNER คล้ายกันทั้งรูปลักษณะและเสียงเรียกขาน (ในกรณีใช้ภาษาต่างประเทศเน้นที่เสียงเรียกขานมากกว่า)

1.2 ถ้าทั้งสองเครื่องหมายต่างประกอบด้วยรูป จะพิจารณาสาระสำคัญที่เป็นลักษณะเด่นของเครื่องหมาย เช่น หม้อตราจระเข้มีรูปจระเข้ตัวใหญ่ 1 ตัว กับตราจระเข้ที่มีจระเข้ตัวใหญ่ 1 ตัว ตรงกลางและมีจระเข้เล็ก ๆ ขนาบข้างละ 1 ตัว

1.3 ในกรณีที่ เป็นรูปประกอบคำสาระสำคัญที่เป็นลักษณะเด่นซึ่งรวมทั้งการเรียกขานใช้พิจารณาประกอบกัน

1.4 กรณีที่จดไว้แล้วเป็นรูปตรงกับคำที่ใช้เป็นเครื่องหมายภายหลัง เช่น ฝ่ายแรกจดทะเบียนเครื่องหมายรูปสิงโต และฝ่ายหลังจดเป็นคำ คำว่า สิงโต ไม่ได้เป็นการลวงสาธารณชน

1.5 กรณีที่ฝ่ายแรกจดไว้แล้วเป็นภาษาไทย ฝ่ายหลังใช้เครื่องหมายภาษาต่างประเทศ แต่มีความหมายตรงกันใช้ได้ไม่เป็นการลวงสาธารณชน เช่น ฝ่ายแรกจดคำว่า สิงโต ฝ่ายหลังใช้ LION

2. ความใกล้เคียงกันของสินค้า นอกจากจะพิจารณาถึงตัวเครื่องหมาย โดยตรงทั้งรูปลักษณ์และการเรียกขานแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงตัวสินค้าและลักษณะที่บ่งชี้ที่บรรจุประกอบด้วย สินค้านั้นต้องเป็นสินค้าที่อยู่ในจำพวกเดียวกันตามที่กฎหมายแบ่งไว้ และขอจดทะเบียนคุ้มครองไปถึง เช่น ยาสีฟัน COLGATE กับ CAPTAIN (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 768/2509) ศาลพิพากษาว่าเป็นการเลียนแบบกัน เพราะใช้กับยาสีฟันเหมือนกันและตัวกล่องสีแดงเหมือนกัน รูปร่างลักษณะ สี สัน กล่องบรรจุเหมือนกัน

3. ความแพร่หลายของเกียรติคุณของเครื่องหมายที่จดทะเบียนแล้ว พิจารณาถึงชื่อเสียงความแพร่หลายของเครื่องหมายการค้าที่ถูกเลียนแบบประกอบด้วย ถ้าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วและถูกเลียนแบบนั้น เป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย เป็นที่รู้จักของประชาชนทั่วไป เมื่อมีผู้อื่นใช้เครื่องหมายที่คล้ายคลึงกันเข้า โอกาสที่ศาลจะวินิจฉัยว่ามีเจตนาเลียนแบบเพื่อให้ผู้อื่นหลงผิดก็มีมากกว่ากรณีเครื่องหมายการค้าเล็ก ๆ ไม่มีชื่อเสียงแทบจะไม่มีใครเคยรู้จักได้ยินไปห้อง เครื่องหมายการค้าที่คล้ายคลึงกับตนว่าเจตนาเลียนแบบเพื่อหลอกลวงประชาชนให้หลงผิด เพราะในเมื่อเครื่องหมายการค้าของตนแทบจะไม่มีใครรู้จัก ย่อมไม่มีใครอยากจะทำเลียนแบบ นอกจากจะไปคล้ายคลึงกันโดยบังเอิญ

4. ตลาดและราคาสินค้า จะคำนึงถึงตลาดที่สินค้านั้นออกวางแพร่หลายและราคาสินค้าด้วย ถ้าตลาดสินค้านั้นไม่ใช่แหล่งเดียวกันไม่เกี่ยวข้องกัน ก็มักจะไม่พิจารณาว่าเป็นการลวง เช่น เครื่องหมายการค้าหนึ่งวางตลาดแพร่หลายอยู่แต่ในกลุ่มผู้บริโภคทางภาคเหนือสุดของประเทศ ในขณะที่เครื่องหมายการค้าอีกอันหนึ่งซึ่งอาจคล้ายคลึงกับอันแรก แต่ใช้กับสินค้าที่วางตลาดอยู่ในภาคใต้สุดของประเทศเท่านั้น การหลงผิดจึงเกิดขึ้นยากเพราะต่างตลาดกัน ผู้ที่ใช้สินค้านั้นคงกล่าวในภาคใต้ ย่อมไม่ไปหลงผิดคิดว่าเป็นเจ้าของเดียวกับในภาคเหนือ ส่วนด้านราคา ถ้าสินค้านั้นราคาสูง ผู้ซื้อก็ต้องใช้เวลาและความสังเกตในการพิจารณาคัดเลือกตัวสินค้าอย่างรอบคอบ แต่ถ้าเป็นสินค้านั้นราคาถูก อาจมองชั่วพริบตาได้ เช่น สินค้าแหวนเพชรต้องส่องกล้องดู สินค้าทอผ้าที่เพียงมองผ่านตาก็ตัดสินใจซื้อ คดีที่เห็นชัดคือคดีลูกอม HALLS กับ SAINT ศาลพิจารณาราคาสินค้าประกอบด้วย แม้ตัวเครื่องหมายต่างกัน แต่รูปการบรรจุ การมองผ่านตา มิได้อาศัยการพิจารณาก่อนซื้อ จึงหลงผิดได้ง่าย ศาลจึงพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นการเลียนแบบให้หลงเชื่อ (คดีแดงที่ 8443/2515)

นอกจากนี้ด้านราคาสินค้าก็เป็นส่วนประกอบที่สำคัญด้วยที่ศาลจะนำมาพิจารณา เช่นสินค้าราคาสูงมาก ๆ แม้จะมีเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันบางคนก็มักจะไมหลงผิด เพราะสินค้านั้นเมื่อมีราคาสูงผู้ซื้อย่อมจะต้องพิถีพิถันในการเลือก การหลงผิดย่อมเกิดขึ้นได้ยาก เช่น สินค้าประเภทรถยนต์ ราคาเป็นแสนเป็นล้านบาท ผู้ซื้อก็ต้องใช้วิจรรย์ญาณที่ละเอียด แม้เครื่องหมายการค้าจะคล้ายคลึงกันบ้าง การหลงผิดก็เกิดได้น้อยแต่ถ้าเป็นสินค้าราคาถูกที่ชาวบ้านทั่วไปซื้อ เช่น ปากกา ผงซักฟอก เหล้า การหลงผิดเกิดได้ง่ายกว่า เพราะความรอบคอบพิถีพิถันในการเลือกซื้อสินค้าน้อยลง

5. ความรู้และความสามารถรวมทั้งฐานะ ความเป็นอยู่ของประชาชน ผู้ซื้อหรือผู้บริโภค การจะหลงผิดในการซื้อสินค้าอันเนื่องจากความคล้ายคลึงของเครื่องหมายการค้าขึ้นขึ้นอยู่กับตัวผู้บริโภคเองด้วยในด้าน การศึกษา ความรู้ ฐานะ ดังนั้นสินค้าอย่างหนึ่งสำหรับผู้บริโภคกลุ่มหนึ่ง แม้เครื่องหมายการค้าจะใกล้เคียงกันบ้าง ความหลงผิดก็เกิดได้น้อย เช่น เลือครุขปริณญา คิดเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่งเป็นภาษาต่างประเทศ เช่น Dr. William's กับ Dr. West's ไม่เห็นวาทคล้ายคลึงจนทำให้ประชาชนหลงผิด เพราะกลุ่มผู้บริโภคที่จะซื้อเลือครุขปริณยานั้นจะต้องเป็นผู้มีการศึกษาสูง เป็นบัณฑิต สามารถแยกความแตกต่างของเครื่องหมายการค้าทั้ง 2 ได้ แต่ถ้าเครื่องหมายการค้า Dr. West's กับ Dr. William's ใช้กับสินค้าएंพรี่สัฟี่น ซึ่งประชาชนทั่วไปซื้อใช้ แม้ชาวบ้านที่ด้อยการศึกษาหรือชาวชนบทที่ไม่รู้ภาษาอังกฤษก็ซื้อใช้ได้ การที่เห็นคำว่า Dr. W. . . . กับ 's ขึ้นต้นและลงท้ายก็พอเพียงจะพิจารณาได้แล้วว่าคล้ายคลึงกันจนอาจเป็นการลวงสาธารณชนได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 911/2504)

6. ประเภทสินค้าว่าเป็นสินค้าที่ประเภทยารักษาโรคมมนุษย์ หรืออุปกรณ์การแพทย์หรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและความปลอดภัยของชีวิตร่างกายแล้ว ศาลจะพิจารณาอย่างเข้มงวดและเคร่งครัดมิฉะนั้นอาจเกิดอันตรายแก่ผู้บริโภคได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 932/2508 สินค้าจำพวกเครื่องสำอาง ให้ภาษาต่างกัน เพียงแต่ออกเสียงเรียกขานอย่างเดียวกัน วินิจฉัยว่าทำให้หลงเชื่อ (PANCAKE กับแพนเค้ก)

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เครื่องหมายการค้าที่อาจทำให้ประชาชนหลงผิดได้นั้น มิได้ถือว่าจะต้อง คล้ายกันในทุกสิ่งทุกอย่าง เครื่องหมายการค้าที่นำมาวางเปรียบเทียบแล้วจะมีลักษณะบางอย่างแตกต่างกัน แต่มิได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้าเช่นนั้นจะคล้ายกันจนเป็นการทำให้ประชาชนหลงผิดมิได้ขอสำคัญอยู่ที่ว่าลักษณะเด่นชัดของเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกันอันอาจทำให้ประชาชนทั้งหลายที่เคยซื้อหรือใช้สินค้านั้น ๆ เข้าใจผิดได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าอันเดียวกันหรือไม่ และยังคงคำนึงถึงความรู้ การศึกษาของประชาชนประกอบด้วย ยิ่งถ้าเครื่องหมายการค้าเป็นภาษาต่างประเทศด้วยแล้วยิ่งต้องพิจารณาเข้มงวดขึ้น

Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names ²² ได้ให้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยไว้ดังนี้

1. ต้องคำนึงถึงความมุ่งหมายของเครื่องหมาย (Idea of the Mark) เครื่องหมายการค้า 2 อัน วางเปรียบเทียบกันอาจเห็นถึงความแตกต่างกันอย่างเด่นชัด แต่หาความมุ่งหมายของเครื่องหมายทั้ง 2 เป็นอย่างเดียวกัน ก็เป็นการยากที่ผู้บริโภคจะจำรายละเอียดของเครื่องหมายการค้าที่ตนเคยใช้ได้ เช่น เครื่องหมายการค้ารูปการเล่นฟุตบอล ทั้งการวางตำแหน่งผู้เล่น และลักษณะการแต่งกายก็ต่างกัน แต่เมื่อไม่ได้เอาสินค้าทั้ง 2 อย่างมาวางเปรียบเทียบกัน ลักษณะเด่นชัดของเครื่องหมายแต่ละอัน ถ้าดูแต่ละคราวกัน ทำให้คิดว่าเครื่องหมายทั้ง 2 มีลักษณะเด่นชัดเป็นอย่างเดียวกัน ย่อมถือว่าคล้ายคลึงกันอันทำให้ประชาชนหลงผิดได้โดยเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่ใช้กันสามัญในการค้าขาย การพิจารณาต้องวิเคราะห์ตัวเครื่องหมายทั้งหมด จะยกเว้นไม่พิจารณาถึงส่วนที่เป็นสามัญไม่ได้ เช่น ในคดี Tarrow's Trade Mark (1890),

²² R.G. Lloyd, Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names (London : Sweet & Maxwell Ltd), pp. 619 - 637.

7 R.P.C. 260, 63 L.T. 233 สลากเครื่องหมายการค้าที่ปิดกล่องมีสัปดาห์
รูปกระป๋องโลววิคอันหนึ่ง รูปที่ระยะวัฏจักรอันหนึ่ง ทั้ง 2 ภาพต่างอยู่ในรูปวงแหวน
สีเงินเหมือนกัน ซึ่งรูปร่างแหวนถือเป็นสามัญในการขาย ศาลวินิจฉัยว่าแม้รูปกระป๋อง
และกระหังจะต่างกันแตเมื่อนำมาพิมพ์ลงบนสลากสีเงินที่ปิดกล่องย่อมทำให้สลากทั้ง 2
คล้ายกันมาก

2. ต้องคำนึงถึงการใช้สินค้าที่มีเครื่องหมายนั้น โดยสุจริตและตามปกติวิสัย
ด้วย คือมิได้พิจารณาเพียงแต่เครื่องหมายทั้งสอง เมื่อเปรียบเทียบกันแต่ต้องคำนึงความจริง
ด้วยว่าผู้ซื้อหรือใช้สินค้านั้นมีโอกาสได้เปรียบเทียบความแตกต่างจากความทรงจำเท่านั้น
การพิจารณาเฉพาะตัวเครื่องหมายขณะยื่นขอจดทะเบียนยังไม่พอ ต้องพิจารณาถึง
ลักษณะและขนาดของ เครื่องหมายการค้า ที่ปรากฏติดอยู่ที่สินค้าที่นำออกจำหน่ายตามปกติ
ธรรมดาด้วย และต้องคำนึงถึงลักษณะสินค้าที่นำเครื่องหมายการค้าไปใช้ ความซัดและ
ความคิดแปลกของเครื่องหมายการค้าบางส่วนหรือทั้งหมด อันเกิดจากการประทับหรือพิมพ์
หรือการสึกหรอของเครื่องหมายด้วย

3. ต้องพิจารณาถึงลักษณะเด่นของเครื่องหมายนั้นเป็นพิเศษ เช่น เครื่อง
หมายการค้ารูปสิ่งโตด้อมงกุฏ ย่อมคล้ายกับสิ่งโตดือรวงข้าว เพราะลักษณะเด่นของเครื่อง
หมายทั้ง 2 คือสิ่งโต

4. ต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ของการค้าที่มีการใช้หรือจะใช้เครื่องหมาย
นั้นด้วย โดยเฉพาะสภาพท้องตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศ และต้องพิจารณาถึง
ขนบธรรมเนียมในทางการค้าด้วย เช่น คดี Taylor's Drug Co. 's Appn
คำว่า germoline และ Homecea จดทะเบียนไว้แล้ว คำว่า germecea
จึงใช้ไม่ได้เพราะอาจทำให้ผู้ซื้อเข้าใจผิด

5. ถ้าสินค้าใดเป็นที่รู้จักแพร่หลายในชื่อชื่อหนึ่ง ซึ่งเกิดจากเครื่องหมายการค้าแล้ว เครื่องหมายการค้าอื่นซึ่งอาจทำให้เข้าใจว่าเป็นชื่อเดียวกันได้ ก็ถือว่าเป็นเหมือนหรือคล้ายกันอาจทำให้หลงผิดได้ เช่น เครื่องหมายการค้าใช้กับนม เป็นรูปหญิงรัดนมเต็มตัว มีดังอยู่บนศีรษะ 1 ใบ และถือถังนมในมือขวาอีก 1 ใบมีคำว่า Milk Maid Brand อยู่ข้างบน ซึ่งสินค้าเป็นที่รู้จักของคนทั่วไปว่า Dairy Maid ต่อมาเมื่อมีผู้ใช้เครื่องหมายการค้ารูปหญิงครึ่งตัวถือถังนมมีคำว่า Dairy Maid อย่างคานข้าง จึงไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้กับสินค้าประเภทเดียวกัน

หลักเกณฑ์เหล่านี้สามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาประกอบเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือเครื่องหมายการค้ารายหนึ่งเลียนเครื่องหมายการค้าอีกรายหนึ่งหรือไม่นั้น แต่เดิมศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริง (คำพิพากษาฎีกาที่ 937/2477) จึงฎีกาไม่ได้ในคดีที่ตองห้ามฎีกาในข้อเท็จจริง แต่ต่อมาศาลฎีกากลับวินิจฉัยว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 833/2508) และคำพิพากษาฎีกาที่ 1691/2493 การที่ฝ่ายหนึ่งจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้ว อีกฝ่ายหนึ่งก็จดแล้วเช่นเดียวกัน เช่นนี้ การที่ฝ่ายหลังจดทะเบียนไว้แล้วไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิด โดยคำพิพากษาฎีกาที่ 987/2477 วินิจฉัยว่า การที่เจ้าพนักงานได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอันผู้ใดทำขึ้นเพื่อเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นนั้น หาเป็นเหตุที่จะป้องกันความรับผิดของผู้ที่เลียนเครื่องหมายการค้าคนนั้นไม่

หลักเกณฑ์อันเป็นแนวพิจารณาดังว่าการกระทำนั้นถึงขนาดจะทำให้ประชาชนหลงเชื่อหรือไม่ของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าหรือนายทะเบียนนั้น ศาลจะนำมาประกอบเป็นแนวในการพิจารณาคดีพื้นฐานเบื้องต้นได้ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาเช่นว่านี้ แม้ศาลจะวินิจฉัยต่างจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ หรือนายทะเบียนก็ตาม แต่เรียกได้ว่าไม่ใช่เป็นการขัดแย้งกัน ทั้งนี้เพราะ ขอบเขตของการพิจารณาของนายทะเบียน หรือคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าไม่เปิดกว้างเท่ากับของศาล ในบางกรณีคณะกรรมการหรือนายทะเบียนจะวินิจฉัยจากตัวเครื่องหมายการค้า หรือรูปลักษณะสลากประกอบด้วยเท่านั้น

แต่ไม่อาจดูตัวสินค้า ตลาด ฯลฯ ประกอบได้เนื่องจากขณะนั้นอาจยังไม่มีตัวสินค้าเลย แต่กรณีพิพาทที่ฟ้องคดีต่อศาลจะเป็นเมื่อมีตัวสินค้าออกผลิจำหน่ายแล้ว ศาลจึงสามารถวินิจฉัยกว้างออกไปอีก หรือในบางกรณี นายทะเบียนเห็นแต่เพียงตัวเครื่องหมายอย่างเดียว ไม่ได้เห็นถึงสลากประกอบด้วย เพราะขณะนั้นยังมีได้พิมพ์ลงสลาก การโต้เถียงกันในระดับนายทะเบียนอาจมีเพียงตัวเครื่องหมายมาประกอบอย่างเดียวเท่านั้น เมื่อถึงชั้นคณะกรรมการฯ จะมายื่นเอกสารเพิ่มอีกไม่ได้ ดังนั้นในบางคดีแม้ในชั้นต้น คณะกรรมการพิจารณาว่าไม่เหมือนคล้าย แต่เมื่อต่อสู้คดีในศาล ศาลพิจารณาดังส่วนอื่นประกอบเพิ่มเติมแล้ววินิจฉัยว่า เป็นเลียนก็ได้ ไม่ได้ว่าคำวินิจฉัยของทั้งสองฝ่ายขัดแย้งกัน

2.2.3 เครื่องหมายการค้าขึ้นได้จดทะเบียนแล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร
องค์ประกอบความผิดข้อนี้ เช่นเดียวกับองค์ประกอบความผิดในมาตรา 273 ซึ่งได้ศึกษาไว้แล้วในบทก่อน

2.3 การนำไปใช้ในความผิดเกี่ยวกับการค้า มาตรา 272 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา มีหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบที่สำคัญ คือ

1. เอาชื่อ รูปรอยประดิษฐ์หรือข้อความใด ๆ ในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม
2. เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น

ชื่อ หมายถึง ชื่อนิติบุคคล เช่น บริษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน รวมทั้งชื่อร้าน ยี่ห้อ หรือสมญานาม รวมทั้งชื่อบุคคลธรรมดาที่ใช้ในการประกอบการค้าและหมายรวมถึง เครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียนด้วย

รูป ได้แก่ ภาพ คน สัตว์ สิ่งของ หรืออื่นใด หรือชุมนุมแห่งสิ่งเหล่านี้ ทั้งภาพเขียนและภาพถ่าย

รอยประดิษฐ์ หมายถึง ลวดลายเครื่องหมายต่าง ๆ ซึ่งตามมาตรา 272 (1) นี้เป็นเครื่องหมายของสินค้าเท่านั้น ไม่ใช่แบบของวัตถุที่ผลิตให้เป็นสินค้า รอยประดิษฐ์ เป็นแค่ลวดลายของเครื่องหมายแล้วแต่จะประดิษฐ์ให้เป็นสัญลักษณ์ที่ต้องการ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นที่สังเกตว่าเป็นสินค้าของตน คำพิพากษาฎีกาที่ 353/2510 รอยประดิษฐ์ตามมาตรา 272 (1) เป็นเรื่องว่าด้วยเครื่องหมายการค้า มิได้บังคับในเรื่องรูปทรง ลวดลายของสินค้าหรือสิ่งผลิต จึงไม่ใช่เป็นการห้ามผลิตวัตถุอันเป็นสินค้ามิให้ซ้ำกันหรือมีรูปแบบคล้ายกัน เช่น การกระทำของจำเลย แม้จะผลิตไฟฉายรูปกระบอกเป็นเกลียวอย่างไฟฉายของโจทก์ ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 272 (1) (คำพิพากษาฎีกาที่ 386/2509) จำเลยใช้ภาษาอังกฤษ Pilot กำกับกับสินค้าของตน ส่วนโจทก์ใช้ RAY-O-VAC สินค้าบางอย่างรูปทรงก็คล้ายกัน เช่น ถ้วย ซาม ไม่มีใครรู้ว่าเป็นสินค้าของผู้ใด เว้นแต่จะมีเครื่องหมายการค้าปรากฏ ประชาชนจะหลงเชื่อหรือไม่อยู่ที่เครื่องหมาย ไม่ใช่รูปทรงของสินค้า

ข้อความ หมายถึง ถ้อยคำที่ใช้หมายถึงสินค้าหรือบริการใดโดยเฉพาะ ไม่รวมถึงข้อความในสูตรหรือวิธีการผลิต เช่น เอววัตถุเคมีบูตาไอลีน มาใช้ที่สลาทขวามีส่วนผสมนี้ ไม่ผิดตามมาตรา 272 (1) (คำพิพากษาฎีกาที่ 941/2511)

การประกอบการค้า หมายถึง ธุรกิจทั่วไปที่ทำเป็นปกติเพื่อผลกำไร มิใช่เฉพาะการซื้อขายของเท่านั้น

สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ต้องเป็นของผู้อื่น คือเอาของเขามาใช้ไม่ว่าเขาจะได้อะไรประโยชน์แล้วหรือไม่ก็ตามย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 272 (1) และการเอามาใช้นี้ต้องเป็นการนำมาทำให้ปรากฏบนสินค้าที่หีบ ห่อ หรือวัตถุที่ใช้ห่อหุ้ม ผู้กระทำผิดตามมาตรา 272 (1) จะต้องมีความผิดตามมาตรา 59 และรู้ข้อเท็จจริงที่ว่าคนอื่นมีสิทธิที่จะใช้ชื่อ รูป รอยประดิษฐ์ หรือข้อความนั้น ๆ ในการค้าของเขา และยังต้องมีเจตนาพิเศษ

หรือมูลเหตุจงใจ คือเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่น คือต้องมุ่งหมายเพื่อหลอกลวงประชาชน มิใช่ประสงค์หลอกลวงคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ และส่วนที่ว่าประชาชนจะหลงเชื่อหรือไม่ไม่สำคัญ ขอเพียงแต่ให้มีเจตนากระทำเพื่อให้หลงเชื่อก็เป็นความผิดแล้ว ²³

เปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเงินตรา

ความผิดในเรื่องการนำมาใช้ในเรื่องของความผิดเกี่ยวกับเงินตรา

ในมาตรา 242 วรรค 2 มาตรา 245 การนำออกใช้ต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 รวมทั้งรัฐขอเท็จจริงว่า สิ่งนั้นเป็นของปลอมแปลงตามมาตรา 240 หรือของแปลงตามมาตรา 241 และหรือตามมาตรา 242 และการนำออกใช้นี้หมายถึงการนำออกใช้อย่างเงินตรา เช่นนำไปซื้อสินค้า แลก ทอนเงินตรา คือใช้เองอย่างเป็นทางการขายให้คนอื่นไปใช้ด้วย การนำออกใช้หมายถึงการส่งให้ผู้อื่นเพื่อใช้หมุนเวียนต่อไป เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1655/2503 2503 ฎ 1818 นำธนบัตรปลอมออกขายแก่สายลับตำรวจ แต่ตัวเป็นกรณีที่น่าคารวใจใส่กรอบใหญ่คล้ายตัวอย่างว่าเป็นธนบัตรปลอม ไม่ใช่ความผิดฐานนี้

ถ้า นาย ก. ได้ธนบัตรปลอมมาโดยไม่รู้ว่าปลอม ขณะนำไปฝากที่ธนาคารปรากฏว่าเจ้าพนักงานตรวจดูเห็นว่าเป็นธนบัตรปลอม จึงได้บอกให้นาย ก. รู้ และขณะเดียวกันก็ขอชื่อจากนาย ก. ด้วยว่าจะนำมาใส่กรอบใหญ่คล้ายลักษณะธนบัตรปลอม นาย ก. จึงขายให้กับทางธนาคารไป เช่นนี้ นาย ก. มีความผิดฐานใช้ธนบัตรปลอมหรือไม่ ? และถ้าในกรณีเดียวกันนี้ ถ้าทางธนาคารมิได้ขอชื่อจาก ก. แต่ขอเฉย ๆ และนาย ก. ก็มอบให้กับทางธนาคารเพื่อใช้ให้ลูกค้า นาย ก. มีความผิดหรือไม่ อย่างไร

ในเรื่องนี้เมื่อเทียบกับเรื่องความผิดเกี่ยวกับดวงตรา ตามมาตรา 252 แล้ว ท่านอาจารย์จิติ ได้อธิบายว่า การใช้ตามปกติน่าจะหมายถึง การใช้ตามความมุ่งหมายที่ปลอมขึ้น คือใช้อย่างดวงตราที่แท้จริงไม่หมายความถึงการใช้อย่างของปลอม เช่น แสดงเป็นตัวอย่างของปลอมให้เจ้าหน้าที่หรือผู้เกี่ยวข้องได้ทราบเพื่อไม่ให้ถูกหลอก เป็นต้น

²³ จิติ ตังศกัณฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1,

ถ้า นำตราปลอมมาขายอย่างตราปลอมอาจจะต้องพิจารณาว่าถ้ากระทำเพื่อให้ผู้อื่นนำไปใช้
 อย่างตราที่แท้จริงแล้ว ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้ตามมาตรา 272 (1) แล้ว ถือวิธีตามความ
 มุ่งหมายที่แท้จริง คือเพื่อให้มีคนอื่นหลงว่าเป็นของแท้ ดังนั้นในทางกลับกัน ถ้าเป็นการขาย
 หรือจำหน่าย (การจำหน่าย คือการส่งต่อไปยังบุคคลอื่น จะโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่
 สำคัญ) ²⁴ หมายถึง ขายหรือจำหน่ายเพื่อใช้อย่างของแท้และเทียบกับมาตรา 268
 ในเรื่องการใช้เอกสารปลอมนั้น คำว่า ให้ความหมายว่า การใช้เอกสาร มิใช่
 ใช้อย่างกระต๊ากแผ่นหนึ่งที่ไม่เกี่ยวกับข้อความในเอกสารนั้น เช่น ตัดทำถุงใส่ของขาย

ความแตกต่างของการนำมาใช้ตามมาตรา 272 (1) กับการปลอมตามมาตรา 273

การนำมาใช้ตามมาตรา 272 (1) อธิบายได้เป็น 2 ลักษณะคือ

1. นำเครื่องหมายการค้าของจริงซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น
 มาติดกับสินค้าของตน เช่น ขวดเปล่าโซดา มีเครื่องหมายการค้า "สิงห์" ติดอยู่กับ
 เนื้อแก้วของขวดอยู่แล้ว แล้วนำมาบรรจุน้ำอัดลมของตนลงไปในขวดดังกล่าว เช่นนี้
 เป็นความผิดฐานนำมาใช้ตามมาตรา 272 (1) แล้ว ผู้กระทำผิดมิได้ทำเครื่องหมาย
 ปลอมขึ้นมาใหม่แต่เอาเครื่องหมายตัวจริงที่มีอยู่แล้วของผู้อื่นมาใช้กับสินค้าของตนเพื่อให้
 ประชาชนหลงเชื่อว่าน้ำอัดลมในขวดนั้นเป็นของบริษัทบุญรอด ฯ เจ้าของเครื่องหมายการ
 ค้าตราสิงห์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1556/2495)

2. เป็นการนำชื่อ รูปรอยประติษฐ์ ข้อความเดียวกันกับของผู้อื่นมาใช้กับสินค้า
 ของตนโดยตั้งใจทำให้เหมือนกับของจริง อันเป็นลักษณะการปลอมอย่างหนึ่ง ²⁵ ในส่วนที่
 เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าแล้วอาจเรียกได้ว่ามาตรานี้หมายถึง ความผิดในลักษณะการ
 ปลอมเครื่องหมายการค้า แตกต่างกับมาตรา 273 ตรงที่ว่า การปลอมในมาตรา 273 เป็น

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1629.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1752.

การปลอมเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว แต่มาตรา 272 (1) เป็นการนำเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนไปใช้ในลักษณะเหมือนสภาพเดิม ดังนั้นเมื่อมีการกระทำผิดต่อเครื่องหมายการค้าขึ้นในลักษณะดังกล่าว ถ้าเครื่องหมายการค้านั้นจดทะเบียนแล้ว ก็จะฟ้องได้ตามมาตรา 273 แต่ถ้ายังมีจดทะเบียนก็ฟ้องได้ตามมาตรา 272 (1) เพราะมาตรานี้ไม่จำกัดว่าต้องมีการจดทะเบียน จะจดทะเบียนหรือไม่จดทะเบียนก็ได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 782 - 783/2508 ศาลฎีกาเห็นว่า การใช้ชื่อหรือรูปรอยประคิษฐ์หรือข้อความใด ๆ ของผู้อื่นต้องทำให้เหมือนโดยตรงจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 272 (1) เพราะถ้าใช้ชื่อหรือรูปรอยผิดเพี้ยนไปก็เข้าลักษณะเลียน ซึ่งจะเป็นความผิดต่อเมื่อเป็นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนตามมาตรา 274 ในคดีนี้การกระทำของจำเลยมิได้นำมาใช้โดยตรงเหมือนของโจทก์ จึงไม่มีความผิด (LL กับ TT)

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่มีความเห็นตามแนวที่ว่าต้องเป็นการกระทำต่อสินค้าจำพวกเดียวกัน แม้จะเป็นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว แต่ไม่อาจฟ้องตามมาตรา 273 ได้ในความผิดฐานปลอม ถ้าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าปลอมนั้นเป็นคนละจำพวกกัน เช่น จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตราลิง สำหรับสับห่อม แต่มีผู้ปลอมเครื่องหมายการค้าตราลิง ใช้กับสบู่สามัญ สับห่อมกับสบู่สามัญอยู่ต่างจำพวกกัน ซึ่งตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าถือว่าเมื่อมีได้จดทะเบียนครอบคลุมไปถึงสินค้าจำพวกใด ก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายถือว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอันยังมีได้มีการจดทะเบียนขอความคุ้มครอง เมื่อเป็นเช่นนี้จึงไม่อาจฟ้องผู้กระทำความผิดได้ตามมาตรา 273 แต่สามารถฟ้องได้ตามมาตรา 272 (1) แต่ฝ่ายที่มีความเห็นว่าไม่ต้องคำนึงถึงจำพวกสินค้า ก็ไม่มีปัญหาในส่วนนี้

ในเมื่อมาตรา 272 (1) มีความอย่างกว้างว่าการนำไปใช้รวมถึงลักษณะปลอมด้วย แต่เป็นเครื่องหมายที่ไม่ได้จดทะเบียน แต่ทำไม่ตามมาตรา 273 จึงไม่มีความว่าปลอมให้รวมถึงการนำไปใช้ในสินค้าที่จดทะเบียนด้วย โดยการอธิบายศัพท์อย่างธรรมดาปลอม หมายถึง ทำขึ้นเทียมของจริง นำไปใช้ หมายถึง นำของจริงที่มีอยู่แล้วไปใช้ ไม่ได้ทำขึ้นมาใหม่ หากตีความขยายไปได้เช่นนี้ การนำไปใช้ในสินค้าที่จดทะเบียนแล้วก็จะมาปรับเข้ามาตรา 273 ได้ เช่นการนำขวดโซดาสิงห์บรรจุโซดาจากแหล่งอื่นลงไปก็จะไปเข้าความผิดฐานปลอมตามมาตรา 273

ความผิดตามมาตรา 272 (1) ในเรื่องการนำมาใช้ ถ้าเป็นเพียงการ
 เลียนแบบคัดเพลงจากของจริงใหม่มีความคล้ายคลึงกันเท่านั้นจะเข้าความผิดตามมาตรา
 นี้หรือไม่ พิจารณาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1731/2506 จำเลยเคยรับสินค้าของโจทก์มา
 จำหน่ายเป็นเวลาหลายปี แล้วเลิกเสียหันมาผลิตสินค้าประเภทเดียวกันขึ้นจำหน่ายเอง โดย
 ใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์แทบทั้งหมด มีเพียงส่วนประกอบปลีกย่อยผิดเพี้ยนไปบ้าง
 เล็กน้อย เป็นความผิดตามมาตรา

ต่อมาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การใช้ชื่อหรือรูปรอยประศิษฐ์หรือข้อความใด ๆ ของ
 ผู้อื่นให้เหมือนโดยตรงจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 272 (1) (คำพิพากษาฎีกาที่
 782 - 783/2508) โดยให้หลักว่าปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นถึงแม้ว่าเครื่องหมายนั้น
 จะเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียนเป็นความผิดตามมาตรา 272 (1) แต่ถ้าไม่
 เป็นการใช้รูปรอยประศิษฐ์ให้ตรงตราลักษณะเดิมของเขา เช่น อักษร LL บนยาเม็ด
 ของโจทก์ จำเลยใช้ TT ไม่เป็นความผิดตามมาตรา และคำพิพากษาฎีกาที่ 1135/2516
 ศาลวินิจฉัยว่าใช้เครื่องหมายการค้าว่า LEG ไม่เป็นการเอาชื่อ LEE ของผู้อื่นมาใช้

จึงพอสรุปได้ว่า การนำเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นมาใช้ตามมาตรา 272 (1)
 นั้นเครื่องหมายที่ใช้ต้องเป็นการใช้ตรงตามเดิมคือให้เหมือนโดยตรงกับของผู้อื่น อันเข้าทำ
 นองเดียวกับลักษณะปลอม ตามมาตรา 273 แต่เป็นเครื่องหมายที่มีได้จดทะเบียน ถ้าเป็น
 เพียงการลอกเลียนแบบกฎหมายไม่คุ้มครองไปถึง เพราะเห็นว่าเครื่องหมายดังกล่าวยังมีได้
 จดทะเบียน ถ้าถูกผู้อื่นเอาไปใช้โดยตรงก็ยิ่งพอจะคุ้มครองให้ได้ เพราะถือว่าผู้เอาไปใช้
 ไม่มีสิทธิเอาของผู้อื่นไปใช้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 782 - 783/2508) อย่างไรก็ตาม
 ถ้าเป็นเพียงการเลียนเครื่องหมายการค้าหรือคัดแปลงไปใช้ การตีความโดยจะถือเป็น
 ความผิดตามมาตรา นี้จะเป็นการจำกัดขอบเขตกันเกินไปอันทำให้เกิดการผูกขาดทางการค้า
 ธุรกิจการค้าอาจชะงักงันไม่ขยายตัวกว้างขวางเท่าที่ควรเพราะกระดิกตัวไม่ได้เลย
 ตัวอย่าง เช่น ก. ใช้เครื่องหมายการค้าว่า ชันวา คัสสินค้าสบู่หอม แต่มีได้จดทะเบียน
 ต่อมา ข. ใช้เครื่องหมายการค้า กาชันวา กับสินค้าอีก หากทำให้ประชาชนหลงเชื่อก็เป็น
 ความผิดฐานนำมาใช้ ข. รับโทษตามมาตรา 272 (1) แต่ถ้า ข. นำมาใช้ว่า กาชันตา

กับสินค้า ข. จะไม่ผิดตามมาตรฐาน เพราะมิได้ยกคำว่า ชันวา ของ ก. มาตั้งคำ
 แด่คัดแปลงมา หากศาลพิจารณาให้ว่าเป็นความผิด จะเป็นการผูกขาดของ ก. เกินไป
 เพราะเครื่องหมาย ชันวา ของคนก็มีได้จดทะเบียน แต่กฎหมายก็ยังคุ้มครองให้ได้เพราะ
 เห็นว่าถูกเขานำไปใช้เหมือนทั้งอัน แต่ถ้าเขามิได้นำไปใช้เหมือนทั้งอัน แด่คัดแปลงไปเพิ่ม
 เต็มเสริมแต่ง ก็ไม่น่าจะเห็นว่าผิดเพราะคนก็มีได้จดทะเบียน ดังนั้นถ้าต้องการให้กฎหมาย
 ให้ความคุ้มครองไปถึง แม้กรณีถูกเลียนแบบก็ควรไปขอจดทะเบียนเสีย อยากรู้ก็ตามเมื่อนำ
 ชื่อ รุปรอย . . . ของผู้อื่นมาใช้ แล้วเพิ่มเติมส่วนประกอบบางอย่างของตนลงไป ถ้าเพื่อ
 ให้ประชาชนหลงผิดแล้วก็คือเป็นความผิดตามมาตรฐาน จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 932/2508
 โจทก์ใช้เครื่องหมายการค้าจำพวกเครื่องหอมสำหรับแห่งหอมอัดแข็งว่า PAN-CAKE
 เป็นที่รู้จักแพร่หลายของประชาชน จำเลยใช้ december กับแป้งนึ่งบรรจุขวดมีอักษรไทย
 ว่า แป้งเค้กน้ำดีแซมเบอร์ คำนีเป็นการเอาชื่อเครื่องหมายการค้าของโจทก์ซึ่งประชาชนรู้จัก
 มาใช้กับสินค้าของตนทำให้ประชาชนหลงผิดว่าเป็นสินค้าของโจทก์ เห็นได้ว่าจำเลยนำชื่อทั้งหมด
 ของโจทก์มาใช้โดยตรงไม่ได้เพียงแต่เลียนแบบหรือคัดแปลงเอามา แต่เอาชื่อแป้งเค้กทั้งหมด
 ของโจทก์มาใช้กับสินค้าจำเลย แม้จะได้เติมคำว่า ดีแซมเบอร์ลงไปด้วยก็ตาม เมื่อประชาชน
 ย่อมหลงผิดได้แล้วก็ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรฐานและยังแสดงให้เห็นอีกว่า แม้เครื่องหมาย
 การค้าอันแท้จริงเป็นคำในภาษาหนึ่งแต่ผู้กระทำได้นำเครื่องหมายการค้าไปใช้อีกภาษาหนึ่ง
 ซึ่งมีเสียงเรียกเหมือนกัน หากการกระทำนั้นทำให้แสดงให้เห็นว่ามีเจตนาเพื่อให้ประชาชน
 หลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าอันแท้จริง

จะเห็นว่าเมื่อเปรียบเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 932/2508 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่
 2842/2517 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การพิจารณาความผิดตามมาตรา 272 (1) นั้น จะอาศัยแปลง
 เสียงออกมามีได้ จะต้องพิจารณาที่ตัวอักษร ถ้อยคำ และลักษณะอื่น ๆ ประกอบกัน
 ไปด้วย แสดงให้เห็นว่าในปัจจุบันแนวพิจารณาของศาลเปิดกว้างขึ้นกว่าเดิม เพราะการมุ่งแต่
 เสียงพ้องกันเพียงอย่างเดียว โดยที่รูปแบบต่างกัน เช่น เครื่องหมายการค้า CROSS กับ
 CRAUSE แล้วพิจารณาว่าเป็นปลอมไม่ใช่เลียน ก็จะทำให้ปัญหา กฎหมายเปิดช่องให้มีการฟ้อง
 ร้องคดีกันอย่างฟุ่มเฟือย เพราะการคิดค่าเครื่องหมายการค้าขึ้นมา เป็นการยากที่จะหลบเลี่ยง
 มิให้มีเสียงพ้องกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเสียเลยทีเดียว



ความผิดตามมาตรา 272 (1) นี้ ไม่จำกัดว่าสินค้าดังกล่าวต้องเป็นจำพวกเดียวกัน แม้ว่าจำเลยจะนำเครื่องหมายการค้ารวมชุดีพของโจทก์ซึ่งใช้อยู่กับสินค้าผ้าปูที่นอนแพร์ มาใช้กับสินค้าผ้าปูที่นอนฝ้ายของจำเลย แม้ว่าสินค้าผ้าแพร์และผ้าฝ้ายจะอยู่ต่างจำพวกกันแต่ถ้าเป็นการกระทำเพื่อให้ประชาชนหลงผิดว่าสินค้าของจำเลยเป็นสินค้าของโจทก์หรือเกี่ยวกับโจทก์ก็เป็นความผิดตามมาตรา

อย่างไรก็ตามเนื่องจากความผิดตามมาตรา เป็นความผิดได้แม้เครื่องหมายนั้นจะมีลักษณะเบี่ยงก็ตาม เมื่อไม่มีการจดทะเบียนอาจจะไม่ค่อยมีคนรู้จัก การจะฟ้องบุคคลอื่นว่านำเครื่องหมายการค้าของตนไปใช้เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อ นั้น ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าสินค้าของตนเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงมานานแพร์หลายเป็นที่รู้จักของประชาชนทั่วไป แม้มิได้รับการจดทะเบียนก็ตาม เช่น ผงซักฟอก FAB เป็นสินค้าที่ประชาชนคนไทยรู้จักดี เมื่อมีผู้นำไปใช้กับสินค้าจำพวกแปรงสีฟัน ประชาชนก็ยังคงอาจหลงผิดได้ว่าบริษัทที่ผลิตนี้เป็นบริษัทเดียวกับที่ผลิตผงซักฟอก FAB แต่ตราเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่ค่อยมีใครรู้จัก เช่น ผงซักฟอก TOM ไม่ค่อยมีใครรู้จักไม่ได้จดทะเบียนต่อมามีผู้ผลิตยาสีฟันใช้เครื่องหมายการค้า TOM บาง ก็ยากที่จะทำให้ประชาชนหลงผิดเพราะสินค้าตนก็ไม่มีชื่อเสียงอะไร ผู้อื่นไม่จำเป็นต้องนำเครื่องหมายของตนไปใช้เพื่อประโยชน์ให้ประชาชนหลงเชื่อจึงต้องพิสูจน์ถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ อันแสดงว่าจำเลยมีเจตนาตามมาตรา 59 และเจตนาพิเศษ ความผิดตามมาตรา เป็นความผิดยอมความกันได้

2.4 ความผิดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าในเรื่องการนำเข้าในราชอาณาจักร จำหน่าย
เสนอจำหน่ายซึ่งสินค้าอันมีชื่อ ปรอยประคิษฐ์ หรือข้อความใดตามมาตรา 272 (1)
หรือสินค้าอันเป็นสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้าผู้อื่น
ที่จดทะเบียนไว้แล้วในมาตรา 273 หรือมาตรา 274

ตามประมวลกฎหมายอาญา มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่าจำหน่ายหรือเสนอจำหน่ายไว้จึงต้องพิจารณาจากความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมซึ่งพอสรุปได้ว่า

จำหน่าย หมายถึง ขาย แจก แลกเปลี่ยน

เสนอจำหน่าย หมายถึง เสนอขาย เสนอแจก เสนอแลกเปลี่ยน

การให้คำนิยามศัพท์ไว้ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ เป็นการแสดงความหมายเฉพาะ และขอบเขตให้ตีความตามนิยามนั้น เมื่อมิได้ให้คำนิยามเฉพาะไว้อย่อมหมายถึงไม่มีลักษณะพิเศษต่างจากทั่วไป จึงมิได้ให้นิยามไว้โดยต้องไปเทียบความหมายจากพจนานุกรม

เมื่อนำมาเปรียบกับนิยามตามพระราชบัญญัติอื่น คือ

ในพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2517 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2522

ขาย หมายถึง จำหน่าย แจก จ่าย แลกเปลี่ยน เพื่อประโยชน์ทางการค้าและหมายรวมถึงการมีไว้เพื่อขายด้วย

นำเข้า หมายถึง นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร

เมื่อในพระราชบัญญัติเครื่องสำอางการการค้าและประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามในเรื่องนี้ไว้ก็จะนับว่าการจำหน่ายและการเสนอจำหน่ายตามมาตรา 275 นี้จะชัดเจนพอแล้ว ไม่มีความหมายขยายกว้างไปถึงการมีไว้เพื่อจำหน่าย เช่นในพระราชบัญญัติอื่น ๆ ²⁶

การนำเข้าในราชอาณาจักร จำหน่าย หรือ เสนอจำหน่าย ซึ่งสินค้า . . . เห็นได้ว่าจะเป็นความผิดตามมาตรา 275 นี้เมื่อเป็นการนำเข้าซึ่งสินค้าที่มีรูปรอยประติษฐาน . . . หรือมีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนแบบตามมาตรา 273 และ 274 ถ้าเป็นการนำเข้าในราชอาณาจักร จำหน่าย หรือ เสนอจำหน่าย เฉพาะตัวเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนแบบ แต่ไม่มีตัวสินค้าจะมีความผิดตามมาตรา 275 ประกอบ 273 หรือ 274 ด้วยหรือไม่ ในกรณีนี้ไม่น่าจะเป็นความผิดตามมาตรา 275 นี้ เพราะมาตรานี้ใช้คำว่า สินค้า ไม่ใช่เครื่องหมายการค้า

²⁶ บุญมา เตชะวิเศษ, "การสัมมนาการปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าและการนำเข้าซ้อน," การปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้า เอกสารหมายเลข 6 ณ ห้องประชุมคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วันที่ 20 มีนาคม 2529 โดยสมาคมนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 10.

มาตรานี้เป็นบทบัญญัติลงโทษบุคคลอื่นในการแสวงหาประโยชน์จากสินค้าซึ่งมี
บุคคลกระทำความผิดตามมาตรา 272 (1), 273 และ 274 โดยนำเข้ามาใน
ราชอาณาจักร จำหน่าย หรือเสนอจำหน่ายสินค้านั้น ๆ โดยรู้ว่าเป็นสินค้าที่มีผู้กระทำ
ผิดดังกล่าว

การนำเข้ามาในราชอาณาจักร หมายความว่า สินค้านั้นได้ทำขึ้นในต่าง
ประเทศ หรือใต้อาณัติตรา ชื่อ รูป รอยประติษฐาน หรือข้อความใด ๆ ของผู้อื่น หรือ
ประทับเครื่องหมายการค้า ปโลมหรือประทับเครื่องหมายการค้าที่เลียนแบบของผู้อื่น
แล้วจึงนำเข้ามาในราชอาณาจักร

ราชอาณาจักร ในที่นี้ต้องหมายถึง เขตแดนของประเทศจริง ๆ ทั้งทางบก
ทางทะเล และทางอากาศ จะถือตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 ไม่ได้ เพราะ
มาตรา 4 เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจศาลไทยในการพิจารณาถึงการกระทำผิดบนเรือ
หรืออากาศยานของไทยเท่านั้น ฉะนั้นเมื่อสินค้าลงเรือไทย หรือบรรทุกอากาศยานใน
ต่างประเทศแล้ว ถือว่านำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นความผิดตามมาตรา 272 นี้ยังไม่ได้²⁷

บุคคลที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองคือผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเท่านั้น
ไม่จำเป็นว่าต้องทำสินค้าเองก็ได้ ถ้าผู้ที่จดทะเบียนเป็นเพียงผู้จำหน่ายสินค้าไม่ใช่เจ้าของ
เครื่องหมายการค้าและขอจดทะเบียนโดยไม่ได้รับมอบฉันทะจากเจ้าของผู้ผลิตสินค้านั้น
แม้จะจดทะเบียนแล้วก็ไม่ให้สิทธิฟ้องร้องผู้อื่นที่ส่งสินค้านั้นเข้ามาจำหน่าย คำพิพากษา
ฎีกาที่ 485/2503 จำเลยได้ส่งยารักษาวัณโรคชื่อเดียวกับของโจทก์จากบริษัทผลิตยา
ในต่างประเทศ แมโจทก์จะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้วก็ตาม จำเลยหา
ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 272, 275 ไม่ได้ (เครื่องหมายการค้า
PURAN)

²⁷ สืบ นิตติ, พุทธศาสตร์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 117.

การกระทำดังกล่าวตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ เรียกว่าเป็นการนำเข้าซ้ำซ้อน (Parallel import) ซึ่งกฎหมายของไทยยังไม่มีบทบัญญัติเป็นความผิดทางอาญา เช่น บริษัทผลิตแป้งนม โคล ในต่างประเทศ เมื่อบริษัท ก. ในประเทศไทยสั่งซื้อเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย ต่อมาได้ไปขอกจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โคล ไว้เรียบร้อยแล้ว เมื่อข. สั่งแป้งนมโคล เข้ามาจำหน่ายบ้าง จะฟ้องว่า ข. กระทำความผิดตามมาตรา 275 ประกอบ 273 ไม่ได้เพราะ เครื่องหมายการค้า โคล ที่ติดมากับสินค้าที่ ข. สั่งซื้อไม่ใช่เครื่องหมายการค้าปลอม ในขณะที่เดียวกันแม้จะฟ้องว่า ข. ละเมิดก็ไม่ได้เพราะ ก. ไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายการค้า โคล ก. จะฟ้อง ข. ได้ต่อเมื่อบริษัทโคล ในต่างประเทศซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง โอนเครื่องหมายการค้า โคล ให้ ก. แล้ว ก. จึงมาจดทะเบียนนั้นจึงแสดงว่า ก. เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า โคล ที่ถูกต้อง ซึ่งหลังจากโอนเครื่องหมายมาแล้ว แม้แต่บริษัทโคลในต่างประเทศก็ไม่มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้า โคล ได้อีกต่อไป

ความผิดในมาตรา 275 นี้ เป็นความผิดที่ย่อมความกันไม่ได้ จึงเป็นเรื่องน่าพิจารณาว่าเมื่อมาตรา 272 เป็นมาตราที่ย่อมความกันได้ แต่เมื่อนำมาจำหน่าย เสนอจำหน่าย หรือนำเข้าราชอาณาจักร กลับเป็นความผิดที่ย่อมความกันไม่ได้ เรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้อาจเป็นเพราะผู้บัญญัติเห็นว่าการขายเป็นการกระทำที่ส่งผลร้ายแรงกว่าการทำเพราะถ้าทำแต่ไม่มีผู้ขาย ผลก็จะไม่เกิดและการขายเป็นการส่งผลกระทบต่อประชาชนทั่วไปด้วย

2.5 ปัญหาการบังคับใช้อันเกิดจากตัวบทกฎหมายนี้

กฎหมายอาญาในส่วนเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ามีอยู่ไม่กี่มาตรา แต่ปัญหามีมากจนมองดูเสมือนหนึ่งว่ากฎหมายที่มีอยู่ไม่พอเพียง การบังคับใช้กฎหมายในส่วนของความผิดทางอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าไม่มีประสิทธิภาพนั้น เกิดจากปัญหาต่าง ๆ หลายด้าน เป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้ และปัญหาประการหนึ่งคือ เรื่องของ ปัญหาที่เกิดจากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายไม่แจ่มชัด เปิดโอกาสให้ตีความทำให้เกิดการไขว้เขว

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวล (Civil Law) การบัญญัติตัวบทกฎหมายหลักทั่ว ๆ ไป จะเป็นการใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง ๆ เชื่อกันว่ากฎหมายที่ดีจะไม่ใช้ถ้อยคำที่คับแคบจำกัดตายตัว หรือกำหนดวิธีการ หลักเกณฑ์ หรือลักษณะการกระทำใด ๆ ลงไปอย่างละเอียดถี่ถ้วน เพราะกฎหมายที่ออกมานั้นมักจะมีระยะเวลาในการใช้ยาวนาน การแก้ไขกฎหมายไม่ใช่การกระทำที่ง่าย ๆ ดังนั้นต้องคำนึงถึงยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป สภาพการณ์ สิ่งแวดล้อมย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย การกระทำอย่างหนึ่งซึ่งในสมัยหนึ่งเห็นว่าเป็นความผิด แต่ต่อมาในอีกยุคหนึ่งอาจเห็นว่าเป็นเรื่องธรรมดาในสังคม เป็นต้น ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายหลักแล้ว จึงมักจะใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ เปิดโอกาสให้นักกฎหมายตีความออกไปเพื่อครอบคลุมสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น ๆ ได้ โดยยึดเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลัก เช่น ความผิดในเรื่อง การเลื้อนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว กฎหมายใช้ถ้อยคำว่าการเลื้อน แต่มีกฎหมายใดมากำหนดหลักเกณฑ์ตายตัวได้ว่า อย่างไรก็ตามบ้างจึงจะเป็นการเลื้อน เพราะหากกำหนดขึ้นมาตายตัวแล้วก็จะเกิดปัญหาต่อไปว่า การกำหนดเช่นนั้นเป็นการผูกมัดให้ต้องจำกัดวิธีการเลื้อน ให้อยู่เฉพาะในกรอบขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นอกเหนือจากที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ จะไปถือเป็นการเลื้อนนั้นไม่ได้ เช่นนี้เมื่อกาลเวลาเปลี่ยนไป ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมากขึ้น อาจเกิดวิธีการรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้นมา อันเป็นวิธีการเลื้อนเชื่อใจประชาชนหลงผิดได้ เมื่อกฎหมายที่ใช้ยังมีได้กำหนดไว้แล้ว ก็ไม่สามารถเอาผิดได้ตามกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายที่หลักแม่บททั่วไปจึงใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ เปิดโอกาสให้ตีความ ปรับกฎหมายให้สอดคล้องเข้ากับสถานการณ์ ยุคสมัยสภาพเศรษฐกิจสังคม และการเมืองได้ นับเป็นทางออกทางหนึ่ง

แต่เมื่อกฎหมายใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ไม่ได้กำหนดชัดเจนตายตัวลงไป สิ่งก็ตามมา คือ ความคลุมเครือของกฎหมายเกิดการไขว้เขวในการตีความ นักกฎหมายอาจตีความไขว้เขวไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือมีความเห็นขัดแย้งกัน แนวพิพากษากฎีกากลับไปกลับมา ตัวอย่างเช่น

ก. การใช้ชื่อย่อคำสั้น ๆ ว่า "เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้แล้ว" ในมาตรา 273 และ 274 ไม่ได้ใช้คำว่า "เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้แล้ว สำหรับสินค้าจำพวกเดียวกัน" หรือ "เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้แล้ว ไม่ว่าจะสำหรับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือไม่ก็ตาม" เช่นนี้เป็นการคลุมเครือ เกิดความสับสนในการตีความแตกต่างกันไปคาที่ใดกล่าวไปแล้ว

ข. เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาแยกความผิดฐานปลอม (มาตรา 273) กับเลียน (มาตรา 274) ไว้ต่างมาตรากัน แต่ไม่ได้ให้คำนิยามหรือวางหลักเกณฑ์ใดไว้ให้พิจารณาว่าเลียน กับ ปลอมต่างกันตรงจุดใด ทำให้กฎหมายต้องตีความแตกต่างกันไปในขณะเดียวกัน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าบัญญัติความเหมือนและคล้ายไว้ในมาตราเดียวกัน โดยมีได้แบ่งแยก ทำให้บางครั้งเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการบังคับกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจเกิดความสับสนไม่แน่ใจว่าจะสามารถดำเนินคดีได้ และเมื่อมาขอคำแนะนำปรึกษาจากเจ้าหน้าที่ทะเบียนการค้าโดยตรง ทางเจ้าหน้าที่ก็ลำบากต่อการแนะนำให้ความรู้และความเข้าใจ เช่น เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจปรึกษาตามแนวในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ทะเบียนเครื่องหมายการค้าในฐานะผู้เชี่ยวชาญว่า อย่างเป็นเหมือนสิ่งลักษณะปลอม อย่างเป็นคล้ายคลึงเข้าลักษณะเลียน เจ้าหน้าที่ยากจะอธิบายได้ เพราะการพิจารณาจับจดทะเบียนของเจ้าหน้าที่มิได้แยกพิจารณาความเหมือนคล้ายออกจากกัน แต่พิจารณารวมกันไป มิได้แบ่งเป็นปลอมกับเลียน

ค. ความแตกต่างของรูปแบบการบัญญัติกฎหมายส่วนแพ่งและส่วนอาญาดังตัวอย่างคือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามุ่งไปทางการให้ความคุ้มครองทางแพ่งและประมวลกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองทางอาญา เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในราชอาณาจักรเท่านั้นแล้ว ตามมาตรา 27 และไม่ให้คุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนตามมาตรา 29 วรรคแรก ส่วนประมวลกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า

ค่าไม่ว่าจะได้จดทะเบียนในหรือนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 273 และ 274 จึงเกิด
 ความคิดเห็นในการตีความของนักกฎหมายแตกต่างกันถึงที่ใดกล่าวไว้แล้ว ว่าหากจดทะเบียน
 เครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ มิได้จดทะเบียนในประเทศไทย จะฟ้องคดีอาญาต่อผู้ที่จดทะเบียน
 เครื่องหมายนั้นในประเทศไทยได้เลยหรือไม่ หรือควรฟ้องเพิกถอนการจดทะเบียนเสียก่อน
 แล้วตนเข้าจดทะเบียนแทน

ง. การยืนยันเจตนาว่าควรพิจารณาลึกลงไปขนาดไหนจึงจะเข้าระดับเป็นความผิด
 ตามมาตรา 273 เช่น เพียงแต่ปลอมก็เข้าองค์ประกอบความผิด หรือต้องปลอมโดยมุ่งประโยชน์
 ทางกิจการค้าขาย หรือแม้จะมุ่งประโยชน์ทางกิจการค้าขายก็ยังไม่พอ ต้องถึงขนาดมุ่งใช้อย่าง
 เครื่องหมายการค้าด้วยจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา

เมื่อเทียบกับกฎหมาย Trade Mark Counterfeiting Act 1984
 ของสหรัฐอเมริกา จะเห็นว่าได้บัญญัติไว้เด่นชัดในตัวบทนั้น เช่น ในมาตรา 2320 กำหนด
 ลงไปว่าต้องเป็นการกระทำ โดยรู้ ในทางการค้าและไม่ว่าจะรู้ว่าจะจดทะเบียนแล้วหรือ
 ไม่ก็ตาม และได้ให้คำนิยามของคำต่าง ๆ ไว้อย่างเด่นชัด เช่น ให้คำนิยามของคำว่า
 Spurious mark, Counterfeiting mark, trafficking ทำให้เข้าใจขอบเขตของ
 กฎหมายเด่นชัดขึ้น

2. กฎหมายล้าสมัย สภาพบังคับของกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าไม่
 สอดคล้องกับความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ และสังคมปัจจุบัน โดยเฉพาะความเจริญทางด้าน
 เทคโนโลยีที่เจริญรุดหน้าไปไม่หยุดยั้ง การอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมขยายตัวอย่างรวดเร็ว
 เรวกว้างขวาง แต่กฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีบางส่วนที่ล้าสมัย ทำให้เกิดความบกพร่อง
 ไม่สามารถนำกฎหมายนั้นมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพดัง เจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น

ก. การแบ่งจำพวกของสินค้าในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

เป็นการแบ่งตามวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการผลิตสินค้านั้น โลกปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นด้านเทคโนโลยี วิธีการผลิตสินค้า การสื่อสาร การคมนาคมขนส่ง การอุตสาหกรรมต่าง ๆ ไต่ก้าวไกลออกไปเรื่อย ๆ จนสินค้าที่ประชาชนอุปโภคบริโภคอยู่ทั่วไปนั้นยากจะระบุได้ถึงวัตถุประสงค์ที่ใช้กระทำต่างกันในสมัยก่อน ๆ สินค้ามากมายหลายประเภทที่ประชาชนเองก็มิได้รู้อันถึงวัตถุประสงค์แท้จริงที่ใช้ในการผลิตจึงมักจะแบ่งประเภทสินค้าออกตามความเข้าใจของตนในเรื่องของการใช้สอยเป็นลักษณะประโยชน์ที่ใช้สอยได้ เช่น เครื่องครัว ก็ได้แก่ จาน ช้อน ส้อม มีด เป็นต้น ดังนั้นการแบ่งจำพวกสินค้าตามกฎหมายพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าจึงเป็นการผิดต่อสามัญสำนึกของประชาชนในปัจจุบัน เช่น ช้อนสแตนเลส กับช้อนไม้หรือช้อนพลาสติก ต่างจัดอยู่ในสินค้าต่างจำพวกกัน โดยที่ตามความรู้สึกของบุคคลชนแล้ว ช้อน ก็คือ ช้อนใช้ตักอาหาร น่าจะอยู่ในประเภทจำพวกเดียวกัน เมื่อเกิดความขัดแย้งกันขึ้นระหว่างตัวบทกฎหมายกับความรู้สึกสามัญสำนึกของประชาชน ก็เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้นมา ประชาชนจะเกิดความสับสนหลงผิดได้ในขณะที่กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้ เช่น สบู่หอม ใช้เครื่องหมายการค้าเลียนแบบสบู่สามัญจนประชาชนทั่วไปหลงเชื่อว่าเป็นเจ้าของเดียวกัน แต่ไม่สามารถปรับกฎหมายให้ลงโทษผู้เลียนแบบได้ทางอาญา เพราะ เป็นสินค้าต่างประเภทกัน

ข. แต่เดิมมาเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่มุ่งแสดงให้ผู้บริโภคได้รู้ถึงตัวผู้ผลิต
แหล่งกำเนิดที่มาของตัวสินค้าเป็นสำคัญ เนื่องจากแต่เดิมสังคมการค้าติดต่อค้าขายไม่ได้ขยายตัวกว้างขวางไปจนถึงระดับระหว่างประเทศ สินค้ามีจำนวนน้อย ผู้ผลิตก็มีน้อยราย ความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างผู้บริโภคกับผู้ผลิตมีมาก ผู้ซื้อสินค้านั้นรู้จักกับพ่อค้าและแหล่งผลิตสินค้าดี เพราะส่วนใหญ่ก็ยังเป็นธุรกิจพื้นบ้าน เครื่องหมายการค้าจึงเป็นหลักประกันว่า

ผู้บริโภคซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายอย่างเดียวกันจะได้สินค้ามาจากแหล่งเดียวกันเท่านั้น แต่ปัจจุบันการคมนาคม การค้าขาย ขยายตัวกว้างขวาง รูปแบบของเทคโนโลยีต่าง ๆ ปริมาณสินค้าและจำนวนผู้ผลิตเพิ่มขึ้นอย่างมากมาย เกิดช่องว่างระหว่างผู้บริโภคกับผู้ผลิต ซึ่งอาจอยู่กับคนละซีกโลก สินค้าอย่างเดียวกันก็มีผู้ผลิตหลายราย เกิดการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน (Trade Mark Licensing) ขึ้น ปัจจุบันผู้ซื้อสินค้าไม่อยู่ในฐานะที่จะรู้อย่างละเอียดเกี่ยวกับตัวผู้ผลิตแต่ประการใด และในความเป็นจริงก็มีได้สนใจอยู่แล้ว สิ่งที่น่าสนใจให้ความสำคัญคือคุณภาพของสินค้าที่เขาเคยซื้อเท่านั้น ดังนั้นเมื่อมีความผิดเกิดขึ้นเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าโดยผู้กระทำความผิดอ้างว่าถึงแม้จะใช้ชื่อเหมือนกันแต่ก็ได้ระบุที่อยู่ไว้ด้วยแล้ว เช่น ฎีกาที่ว่า TASTE กับ TASTE - 23

MODERN FROM U.S.A

บางลำพูก็ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งศาลฎีกาก็ได้พิพากษายกฟ้องด้วย เหตุผลที่ว่า เครื่องหมายการค้าเป็นสัญลักษณ์ที่แสดงถึงแหล่งที่มาของสินค้า เมื่อแม่จะใช้ TASTE เหมือนกัน แต่มีที่อยู่ระบุไว้ด้วยไม่เป็นการผิดตามฟ้อง เช่นนี้จึงน่าจะเป็นเรื่องล้าสมัยไปแล้ว เพราะตัวผู้บริโภคย่อมหลงผิดได้แม้จะมีที่อยู่ระบุเนื่องจากอาจเข้าใจว่าเป็นเอเยนต์ในประเทศไทยก็ได้ จึงไม่น่าจะพิจารณาถือเอาการระบุแหล่งผลิตมาเป็นข้อวินิจฉัยว่าบอกแหล่งกำเนิดแล้ว แม่เครื่องหมายเหมือนกันก็ไม่หลงผิด เพราะปัจจุบันประชาชนมักรู้จักแต่เครื่องหมายการค้าว่าอะไรดีมีชื่อเสียง แต่ถ้าจะถามกันจริง ๆ แล้วว่า สินค้าที่วางตนนิยมอยู่นั้นผลิตจากบริษัทอะไร ตั้งอยู่ที่ใด จังหวัดไหน ตัวผู้บริโภคเองก็ไม่สนใจจะรู้

ก. การกำหนดอัตราโทษในการกระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า
ค่านันต์ มาตรา 273 โดยโทษปลอมจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ มาตรา 274 จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น เป็นการกำหนดโทษที่น้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายมหาศาลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนี้ทั้งในแง่ตัวเจ้าของเครื่องหมายการค้าเอง ตัวผู้บริโภคหรือแม้แต่เศรษฐกิจ

ของประเทศ แม้จะมีผู้กล่าวว่า การบังคับใช้กฎหมายอาญา เพื่อควบคุมอาชญากรรมให้ลดน้อยลง และเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายไม่ว่าผู้เสียหาย ผู้กระทำผิด หรือสังคมก็ตาม มิได้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดโทษในความผิดแต่ละฐานตามกฎหมายน้อยเกินไปหรือไม่เพียงพอ หากขึ้นอยู่กับความรวดเร็วแน่นอนในการลงโทษรวมทั้งประสิทธิภาพของรัฐควยในการ บริหารงานยุติธรรมทางอาญา²⁸ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การกำหนดอัตราโทษมากน้อย ก็มีผลกระทบต่อการลดอาชญากรรมลงได้บ้างเหมือนกัน ถ้าโทษต่ำผู้กระทำผิดมักไม่เกรงกลัว และไม่เข็ดหลาบ มักจะกระทำซ้ำเสมอโดยเฉพาะในเรื่องการปลอมเครื่องหมาย การค้านี้เป็นการโคคาตอแทนสูง ลงทุนน้อย ถ้าโทษตามกฎหมายไม่สูงก็ไม่ต้องเสี่ยงมาก มักไม่กลัว เช่น นำสินค้าปลอมมาจำหน่าย ถ้าโทษสูง ผู้จำหน่ายก็จะกลัวไม่กล้ารับ และมักจะพิถีพิถันตรวจสอบคุณภาพของจริงหรือปลอม เพราะถ้าพลาดพลั้งถูกจับก็จะต้องรับโทษสูงไม่คุ้มกับผลประโยชน์ที่ได้รับ แต่ถ้าโทษเบา ก็มักจะไม่กลัวยิ่งเป็นการกระทำผิดครั้งแรกศาลมักจะรอลงอาญาหรือไม่ก็ปรับอย่างเดียว ซึ่งก็เป็นราคาไม่เก๊าท มีค่าน้อยมากเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ได้รับ เปอร์เซนต์เสี่ยงก็น้อย ทั้งในค่านระยะเวลาการเสี่ยง และการลงทุน ตัวอย่างเช่น การนำของหนีภาษีเข้ามาเสี่ยงมากกว่าขายสินค้าภายในประเทศอยู่แล้ว เพียงแต่คิดเครื่องหมายการค้าปลอม เมื่อการจับกุมสอบสวนก็ยากกว่าระยะเวลาเสี่ยงมีน้อยกว่า สินค้าหนีภาษีระยะเวลาเสี่ยงก็ยาวมีด่านตรวจคน แต่การปลอมระยะเวลาเสี่ยงก็น้อย ไม่ยากในการจะนำสินค้าออกสู่ตลาด คนทุนถูก ผู้จำหน่ายเป็นใจเพราะโคคาตอแทนง่าย อัตราโทษก็น้อย ถ้าเป็นการปลอมจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 6,000 บาท ถ้าเลียนก็จำคุกไม่เกิน 1 ปี ปรับไม่เกิน 2,000 บาท ง่ายแก่การจางคนให้สารภาพแทน ไม่ต้องสอบสวนมากเพราะอัตราโทษเบาอยู่ในอำนาจศาลแขวง เมื่อเทียบกับสหรัฐอเมริกา มีโทษจำคุกถึง 250,000 เหรียญ จำคุกไม่เกิน 5 ปี และหากกระทำผิดซ้ำปรับถึง 1 ล้านเหรียญ จำคุกไม่เกิน 15 ปี สำหรับบุคคลธรรมดาและปรับไม่เกิน 1 ล้านเหรียญ และหากทำซ้ำปรับไม่เกิน 5 ล้านเหรียญ สำหรับนิติบุคคลเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดโทษหนัก ทำให้ผู้กระทำผิดกลัว และเข็ดหลาบได้ ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบกันความเสียหายที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า

²⁸ อารีย์ รุ่งพรทวิวัฒน์, "การบังคับใช้กฎหมายอาญาโดยกระบวนการยุติธรรมในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 259.

ได้รับ เพราะการลงทุนโฆษณาเพื่อส่งเสริมการขายเครื่องหมายการค้าในแต่ละปี ได้มีการทุ่มเงินทุนไปไม่น้อย เช่น ยาสีฟันคอลเกต ทุ่มโฆษณาถึง 43 - 76 ล้านบาท ในปี 1985²⁹ เป็นต้น

3. การไม่มีกฎหมายบังคับทางอาญาในการลงโทษการกระทำความผิดนั้น คือเป็นเหตุเกิดนอกเหนือกฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดอาญา ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ได้แก่ เรื่องการมีสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าปลอมตามมาตรา 273 หรือเลียนแบบตามมาตรา 274 หรือตามมาตรา 272 (1) ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ในประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการกำหนดสำหรับความผิดนี้ไว้ จึงเป็นการเปิดช่องว่างให้ผู้นิเสธจริตถือเป็นข้ออ้างในการมีสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 272 (1), 273, 274 ไว้ในครอบครองเป็นจำนวนมากโดยลักษณะที่รู้ว่าเป็นสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า ปลอม เลียนแบบ กฎหมายกำหนดความผิดไว้เพียง การกระทำ เลียนแบบ นำมาใช้จำหน่าย หรือเสนอจำหน่าย เท่านั้น เมื่อพบว่ามีผู้เก็บสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าปลอมจำนวนมากไว้ในโกดัง แต่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำปลอมหรือเลียนแบบเอง และพิสูจน์ไม่ได้ว่าจำหน่าย หรือเสนอจำหน่ายเช่นนี้ก็เอาผิดอะไรไม่ได้ จึงมักอ้างว่าได้อีกที่หนึ่งไม่ไต่ทำเอง เมื่อรู้ว่าเป็นเครื่องหมายที่ผู้อื่นจดทะเบียนไว้แล้ว จึงเก็บไว้ไม่นำออกจำหน่ายเพราะกลัวผิด เช่นนี้กฎหมายทำอะไรไม่ได้ จึงน่าจะมีบทกำหนดความผิดเช่นนี้เช่นเดียวกับความผิดในเรื่องเงินตรา คือมีไว้ในครอบครองโดยรู้ว่าปลอมเพื่อนำออกใช้อย่างเงินตรา ในกรณีนี้ก็ต้องเป็นการมีไว้เพื่อนำออกจำหน่ายอย่างสินค้าที่มีเครื่องหมายปลอม

4. กฎหมายมีอยู่แล้วแต่มีปัญหาเรื่องการบังคับใช้ เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 273 - 275 เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ตำรวจจับได้โดยผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายไม่ต้องร้องทุกข์ก่อน ประชาชนก็มีสิทธิ์แจ้งตำรวจจับได้เช่นกัน แต่ใน

²⁹ "คอลัมภ์โฆษณาสินค้าสูงสุด 20 อันดับ" นิตยสารคู่แข่ง

ทางปฏิบัติแล้วขอเท็จจริงสำรวจและประชาชนจะไม่จับหรือแจ้งจับ เพราะไม่มีหลักฐาน
 ข้อพิสูจน์ ไม่มีใครรู้แน่ชัดได้ว่าเครื่องหมายการค้านั้นปลอมหรือไม่นอกจากเจ้าของ เครื่อง
 หมายการค้าเอง ถ้าไม่มีเจ้าของเครื่องหมายการค้ามาช่วยพิสูจน์ยืนยันแล้วก็ไม่มีการ
 ยืนยัน เทคโนโลยีที่ทันสมัยขึ้นมาก การทำเพลง การแกะบล็อก เครื่องหมาย
 การพิมพ์ ฯลฯ ปัจจุบันสามารถปลอมได้อย่างแนบเนียนและเหมือนจนไม่มีที่ผิดเพี้ยน บาง
 ครั้งก็ต้องอาศัยการตรวจสอบคุณภาพสินค้าเป็นเครื่องช่วย แต่ก็ไม่สามารถยืนยันได้เสมอไป
 ว่าเป็นปลอมโดยเฉพาะสินค้าประเภทของ เหลวอาจจางสีหรือเสื่อมคุณภาพก็ได้เมื่อได้ผลิตออก
 มาเป็นเวลานาน แม้จะเป็นของแท้ก็ตาม ดังนั้นในเรื่องนี้แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้เป็น
 ความผิดที่ตำรวจจับได้เลยเมื่อพบเห็น แต่เรามักจะเห็นว่าสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า
 ปลอมวางจำหน่ายกันกราดเกลื่อนตามทางเดินทั่วไป โดยตำรวจก็เดินผ่านไปมาเพราะ
 ตราบใดที่เจ้าของเครื่องหมายเองไม่เข้ามารวมมือด้วยแล้ว ตำรวจก็ไม่มีความแน่ใจพอ
 ที่จะจับได้ ประชาชนเองเมื่อซื้อสินค้าไปก็ไม่สามารถรู้ได้ทันทีว่าสินค้านั้นมีเครื่องหมายการ
 ค้าปลอม ต้องผ่านเวลาสักระยะหนึ่งจึงจะรู้ได้เช่นคุณภาพไม่เหมือนเดิม น้ำหอมเปิดขวดแล้ว
 ไม่หอม เสื้อซักแล้วหด เช่นนี้ กว่าจะไปซื้อตัวร้านที่ขายว่าขายสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า
 ปลอมก็ไม่มีการหลักฐานยืนยันได้ว่าสินค้านั้นซื้อจากร้านนี้จริง หากเจ้าของร้านไม่ยอม
 รับ เมื่อขอตรวจสอบจากสินค้าที่วางอยู่เจ้าของอาจหยิบของจริงให้ดูก็ได้ เช่น น้ำหอม
 เมื่อวางโชว์ไว้อาจเป็นของจริง เวลาหยิบใส่ถุงอาจเป็นสินค้าที่มีเครื่องหมายปลอม เมื่อ
 ประชาชนผู้บริโภคแจ้งจับ แต่เจ้าของร้านหรือห้างสรรพสินค้าไม่ยอมรับว่าสินค้านั้นได้
 ซื้อไปจากห้าง อาจกล่าวหาว่าลูกค้าที่ซื้อใส่ความหรือจําร้านผิด เป็นต้น ถ้าจะพิสูจน์โดย
 สุ่มเลือกสินค้า เช่น น้ำหอมที่วางขายมาเปิดดูเช่นนี้ ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีที่เกิด
 เปิดขวดน้ำหอมราคาแพงแล้วเอาไปขายอีกไม่ได้ และเกิดเป็นของจริง ดังนั้นประชาชน
 และตำรวจจึงมักจะไม่เสี่ยงเมื่อไม่มีความมั่นใจ ยกให้เป็นเรื่องของตัวเจ้าของเครื่อง
 หมายการค้าเท่านั้น

ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากตัวกฎหมายคงไว้เพราะเหตุไว้ในบทนี้จะได้เสนอแนะ
 ถึงแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขในบทต่อไป