

การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์

ดร.ชมพูนุท สติตย์เสมากุล



## การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์\*

### Trade Dress Protection on Websites

ดร.ชมพูนุท สถิตย์เสมากุล\*\*  
Dr.Chomphunud Sathitsemakul

#### บทคัดย่อ

ในปัจจุบันอินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทที่สำคัญต่อวิถีชีวิตรูปแบบใหม่ทำให้มีการดำเนินธุรกิจผ่านเว็บไซต์ที่ลูกค้าทั่วโลกสามารถเข้าถึงบริษัทของผู้ประกอบการได้ 24 ชั่วโมง ดังนั้น เพื่อที่จะดึงดูดความสนใจของลูกค้า ทำให้เกิดการซื้อขายสินค้าหรือบริการได้ง่ายและรวดเร็ว จึงส่งผลให้ต้องมีการพัฒนาเว็บไซต์ ตลอดจนสิ่งต่าง ๆ ที่ใช้ในการเข้าถึงระบบอินเทอร์เน็ต การตกแต่งร้านจากเดิมที่ต้องตกแต่งหน้าร้านเพื่อเป็นสัญลักษณ์หนึ่งที่ทำให้ลูกค้าจดจำและแยกแยะความแตกต่างของผู้ประกอบการแต่ละรายได้ เปลี่ยนมาเป็นการตกแต่งผ่านเว็บไซต์ของตนให้มีเอกลักษณ์เฉพาะเป็นที่จดจำแทน จนเป็นดังเครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ (Web Dress) เพราะรูปแบบการดำเนินธุรกิจเปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมิได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ แม้ผู้ประกอบการไทยจะเป็นผู้คิดค้นออกแบบเว็บไซต์เอง แต่เมื่อมีผู้ลอกเลียนทำเว็บไซต์ทั้งในไทยหรือต่างประเทศ ผู้ประกอบการนั้นก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด ทั้งที่ตนต้องสูญเสียโอกาสทางธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมอันเกิดจากการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์และส่งผลเสียหาย

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2566.

This research article is part of the research entitled “Trade Dress Protection on Websites.” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2023.

\*\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.ด. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. E-mail: chomphunud.s@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Assumption University; LL.M. in Business Law, Assumption University; LL.D. National Institute of Development Administration.

วันที่รับบทความ (received) 31 มกราคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 มีนาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 7 มีนาคม 2566.

ในวงกว้าง เพราะการละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณ์นั้นสามารถถ่ายทอดผ่านการมองเห็นไปทั่วโลกผ่านระบบอินเทอร์เน็ต จนทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของธุรกิจ

บทความวิจัยนี้มุ่งศึกษาความสำคัญและความจำเป็นที่จะต้องมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า (Trade Mark) ในลักษณะเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) ซึ่งเป็นประเภทของเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่งที่หมายความรวมถึงเครื่องหมายบริการด้วย โดยเฉพาะกรณีรูปลักษณ์โดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress) โดยศึกษาว่า ควรปรับแก้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 อย่างไรจึงจะสามารถคุ้มครองผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการซึ่งได้มีการออกแบบเว็บไซต์เพื่อใช้ในกิจการของตนอย่างเป็นธรรม ตลอดจนคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับสินค้าหรือบริการตรงตามคุณภาพและความประสงค์ที่แท้จริง

ผลการศึกษาพบว่า เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) ยังมีได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์จึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาทั้งสิ้น 4 ประการ ดังนี้ 1. ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ในประเทศไทย 2. ปัญหาของการให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” “เครื่องหมายการค้า” “เครื่องหมายบริการ” “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม” 3. ปัญหาของการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะในรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ และ 4. ปัญหาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย

ผู้วิจัยเสนอแนะว่า การบัญญัติหรือการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายรูปลักษณ์ เพื่อรองรับกับการให้ความคุ้มครองในสิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคตควรเปิดกว้างให้ความคุ้มครองไปถึงส่วนประกอบต่าง ๆ ที่เมื่อมองภาพรวมแล้ว สามารถแยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการได้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ จึงควรแก้ไขคำจำกัดความของคำว่า “เครื่องหมาย” ให้มีความยืดหยุ่นไม่จำกัดเพียงสิ่งใดสิ่งหนึ่ง อันจะทำให้เครื่องหมายรูปลักษณ์ได้รับความคุ้มครองในอนาคต

นอกจากนี้ การตรวจสอบความมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง ต้องทำการตรวจสอบจากภาพรวมการออกแบบเว็บไซต์ว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ มิใช่ตรวจสอบจากองค์ประกอบเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งที่ปรากฏบนเว็บไซต์ และการออกแบบเว็บไซต์นั้นอาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ จึงควรแก้ไขมาตรา 7 วรรคสาม โดยกำหนดขอบเขตระยะเวลาในการเผยแพร่ และมีวิธีพิสูจน์ถึงความแพร่หลายภาครัฐจึงจำเป็นต้องขอคำแนะนำเพิ่มเติมทางเทคนิคจากผู้มีความเชี่ยวชาญในระบบคอมพิวเตอร์และออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ ตามมาตรา 7 วรรคสามต่อไป

ทั้งนี้ ควรมีการกำหนดความหมายของ “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ให้ชัดเจนไว้ในมาตรา 4 รวมถึงประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความแพร่หลายให้ชัดเจน เพื่อลดปัญหาการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนและผู้ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และเมื่อเครื่องหมายรูปลักษณะที่ปรากฏบนเว็บไซต์จมนมีชื่อเสียงแพร่หลายได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) แล้ว ควรมีหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเฉพาะสำหรับการตรวจสอบความแพร่หลายทางเว็บไซต์ซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิคที่จำเป็นต้องปรึกษากับผู้เชี่ยวชาญระบบคอมพิวเตอร์ร่วมด้วย

**คำสำคัญ:** เครื่องหมายรูปลักษณะ, รูปลักษณะโดยรวมของเว็บไซต์, พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

## Abstract

Nowadays, the internet plays a significant part in a new way of life. This results in business operations through the website, allowing clients from all over the world to contact companies whenever they want. In order to arouse interest from clients, rapid and simple purchase of products and services has originated. This has spurred creation of websites and tools required to access an internet and website's system. Instead of decorating and developing physical stores as a mark to help clients recognizing and categorizing each entrepreneur, this has been changed to digital decoration through their own websites to make them remarkable. This change of business operation creates trade dress which is visible on websites defined as "web dress". Even though Thai business owners are now designing and building website themselves, Thailand doesn't have any laws to protect web dress. When there is any imitation happening either domestically or internationally, business owners do not have any protection regarding this matter even this causes unfairly loss of business opportunities and damages to wide area since infringement of web dress can be globally visible through internet's system. This obviously causes confusion to consumers of a real business' ownership. This research article intends to study significance and necessity of providing protection of trademark in a form of trade dress which is a type of trademark including service mark, especially general aspects of web dress.

This research is to study any approaches to amend the Trademark Act B.E. 2534 amended by the Trademark Act (No. 3) B.E. 2559 in order to equitably protect business owners who own websites as well as protect customers to obtain authentic with high quality of goods and services that truly satisfies their desires.

This research has discovered that the Trademark Act B.E. 2534 amended by the Trademark Act (No. 3) B.E. 2559 does not provide protection of trade dress, which leads to four legal issues that must be taken into account; 1. general trade dress protection on websites in Thailand; 2. definition of "Marks," "Trademarks," "Service Marks," "Certification Marks," and "Collective Marks"; 3. identification of characteristics of trade dress on websites; and 4. general trade dress protection on well-known websites.

The researcher recommends that the law to protect trade dress should be passed or amended to include a wide range of components that are suitable to distinguish the origin of goods and services in the future. Definition of “Marks” should be more flexible, open-ended and not restricted in order to ensure efficiency in enforcement. This will allow the trade dress to be further protected.

Additionally, while determining whether a website is unique or not, the overall web design must be considered rather than just a single element that appears on the page. Section 7 paragraph 3 should be revised to include a time restriction for dissemination and how to prove its prevalence. It is necessary for the government section to seek for more technical guidance from computer system or web development specialists and release a statement from the Ministry of Commerce on regulations for proving distinctive qualities under Section 7 paragraph 3.

In this regard, Section 4 shall define a “well-known mark” and shall include a statement from the Ministry of Commerce outlining the requirements for consideration of a well-known mark. A clear standard for determining prevalence must be created to lessen the issue of the Registrar’s and related parties’ discretion while evaluating trademark registration. Additionally, as well-known trade dress that appears on websites is similarly protected as well-known marks, there ought to be defined criteria for identifying web ubiquity, which also requires technical suggestions from computer system or web development specialists as well.

**Keywords:** trade dress, web dress, trademark act

## 1. บทนำ

ในปัจจุบันเว็บไซต์ได้กลายเป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่มีบทบาทในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในยุคสังคมออนไลน์ เว็บไซต์ถูกใช้เป็นส่วนหนึ่งในการประกอบอาชีพต่าง ๆ เนื่องจากคุณสมบัติของเว็บไซต์ที่สามารถนำเสนอ เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารได้อย่างไร้ขีดจำกัดทั้งในเรื่องระยะทางและเวลา ประชาชนทั่วโลกสามารถเข้าถึงเว็บไซต์เพื่อทำความรู้จัก หาข้อมูล ซื้อสินค้าหรือบริการได้ตลอด 24 ชั่วโมง ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้สถานการณ์การตั้งภาครัฐและเอกชน หรือแม้แต่บุคคลทั่วไปต่างต้องการจัดทำเว็บไซต์ขึ้น เพื่อเป็นช่องทางการสื่อสารรูปแบบใหม่ที่ไร้พรมแดนอันเป็นช่องทางแรกในการติดต่อ ให้ข้อมูล สร้างความรู้จักระหว่างกัน ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างภาพลักษณ์ให้กับองค์กร บริษัท หรือร้านค้า จึงได้มีการคิดออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะเฉพาะตัว น่าประทับใจ สร้างความเชื่อมโยงไปถึงแหล่งที่มาของเจ้าของเว็บไซต์ได้ แทนการออกแบบตกแต่งหน้าร้านรูปแบบเดิม เว็บไซต์จึงเปรียบเสมือนหน้าร้านออนไลน์ และมีลักษณะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) ซึ่งเป็นประเภทของเครื่องหมายการค้า ชนิดหนึ่งที่มีความรวมถึงเครื่องหมายบริการด้วย

เครื่องหมายรูปลักษณ์คุ้มครองไปทั้งรูปลักษณ์และความรู้สึก (Look and Feel) ของผลิตภัณฑ์ เช่น บรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ การตกแต่งภายในร้าน หรือปกนิตยสาร ตลอดจนการรับรู้ภายในตลาด ทั้งนี้ ในกรณีของเว็บไซต์ “รูปลักษณ์และความรู้สึก” หมายถึง รูปแบบและการออกแบบโดยรวมของเว็บไซต์ ซึ่งรวมถึงรูปภาพ ภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหว ข้อความ คำ โลโก้ กราฟิก สี แบบตัวอักษร ตลอดจนการจัดวางโครงสร้าง การจัดเรียงองค์ประกอบ และคุณลักษณะต่าง ๆ ของสิ่งที่ปรากฏบนเว็บไซต์ นอกจากนี้ ยังสามารถนำไปใช้กับอารมณ์และความประทับใจทั่วไปที่เกิดขึ้นเมื่อได้เห็นเว็บไซต์<sup>1</sup> ซึ่งการออกแบบเว็บไซต์ให้ดึงดูดความสนใจ สร้างความประทับใจ และมีลักษณะบ่งเฉพาะเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการแต่ละรายที่ใช้เครื่องหมายรูปลักษณ์ผ่านการออกแบบเว็บไซต์นั้น จะทำให้ผู้บริโภคทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายได้

ทั้งนี้ เมื่อประเทศไทยมิได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ แม้ผู้ประกอบการไทยจะเป็นผู้คิดค้นออกแบบเว็บไซต์เอง แต่เมื่อมีผู้ลอกเลียนทำเว็บไซต์ทั้งในไทยหรือต่างประเทศ ผู้ประกอบการนั้นก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด ทั้งที่ต้นตอสูญเสียบโอกาสทางธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม อันเกิดจากการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์ ที่อาจกระทำได้อย่างง่ายในระยะเวลาอันสั้น แต่ส่งผลเสียหายในวงกว้าง เพราะการละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณ์นั้น สามารถถ่ายทอดผ่านการมองเห็นไปทั่วโลก

<sup>1</sup>Cheryl Cooper, CAN TRADE DRESS PROTECT YOUR WEBSITE FROM COPYCATS? [Online], available URL: <https://www.whitehouse-cooper.com/can-trade-dress-protect-website-copycats/>, 2022 (May, 14).

ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต จนทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของธุรกิจ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ทุกฝ่ายต้องตระหนักร่วมกัน โดยต้องพัฒนากฎหมายและกลยุทธการป้องกันที่เหมาะสมมีประสิทธิภาพ เพื่อให้ความคุ้มครองต่อการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่บนเว็บไซต์ (Website) อันเป็นสิ่งจำเป็นที่ไม่ควรถูกมองข้ามอีกต่อไป บทความนี้จึงได้แสดงถึงปัญหา ความสำคัญ และความจำเป็นที่จะต้องมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า (Trade Mark) ในลักษณะเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) โดยเฉพาะกรณีรูปลักษณ์โดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress)

## 2. การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) และเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย

อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ในบางลักษณะ โดยในอนุสัญญากรุงปารีสไม่ได้กำหนดคำจำกัดความของสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ รัฐสมาชิกจึงสามารถกำหนดความหมายและเงื่อนไขการคุ้มครองได้เอง เช่น Article 6 (1) ได้บัญญัติเงื่อนไขของการยื่นและการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้เป็นหน้าที่ของรัฐสมาชิกที่จะทำการกำหนดในกฎหมายภายใน ด้วยเหตุนี้ ทำให้ไม่สามารถระบุได้ว่า อนุสัญญานี้ได้ให้ความคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการประเภทใดโดยเฉพาะหรือไม่ คุ้มครองในลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ และไม่สามารถระบุขอบเขตหน้าที่และส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการได้ แต่ในอนุสัญญาได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในหลักการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตาม Article 10bis (3) (II), (III) ในส่วนของการก่อให้เกิดความสับสนและการทำให้เข้าใจผิด จากหลักการนี้ การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จึงสามารถได้รับความคุ้มครองจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตาม Article 10bis โดยการก่อให้เกิดความสับสนและการทำให้เข้าใจผิดไม่ว่าจะโดยวิธีการใดในสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ จึงเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมาตราดังกล่าวกำหนดขอบเขตกว้างครอบคลุมถึงการกระทำทุกอย่างในส่วนของการค้าที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมาย (Mark) สัญลักษณ์ (Sign) สี (Color) ของสินค้าหรือบริการหรือสิ่งชี้เฉพาะ (Distinctive Indication) อื่น ๆ ที่นักธุรกิจใช้ในการดำเนินธุรกิจ และยังรวมไปถึงลักษณะทุกอย่างของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏออกมา<sup>2</sup> นอกจากนี้ การที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศสามารถ

<sup>2</sup> นลินทร ชาติศิริ, “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 16.

กำหนดความหมายและเงื่อนไขการคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ได้เอง ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับหลักการของอนุสัญญาฯ ทำให้เครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) สามารถได้รับความคุ้มครองได้

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับประเภทของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะใน Article 15 (1) ประกอบกับ Article 2 (1) โดยการรวมกันของเครื่องหมายนั้น ต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายได้ด้วยประสาทสัมผัสทางการมองเห็น ใน Article 15 (1) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการไว้ว่า “เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใด ๆ หรือการรวมกันของเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์อันสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและบริการของผู้ประกอบการนั้น ๆ จากผู้ประกอบการรายอื่น ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าได้ โดยเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใด ๆ นั้นอาจหมายถึง คำซึ่งรวมถึงชื่อบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข รูปร่างและรูปร่างของวัตถุ กลุ่มสี รวมถึงการรวมกันของเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ดังกล่าวย่อมสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ในกรณีที่เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใด ๆ ไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือการบริการได้ ประเทศสมาชิกสามารถทำการจดทะเบียนโดยกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการบ่งเฉพาะแยกแยะความแตกต่างโดยการใช้ขึ้น ซึ่งประเทศสมาชิกอาจกำหนดเงื่อนไขของการจดทะเบียนว่า ให้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์นั้น ๆ ต้องสามารถแยกแยะได้โดยประสาทสัมผัสทางการมองเห็น”<sup>3</sup> จากคำจำกัดความนี้ สัญลักษณ์ใน Article 15 (1) มีลักษณะเป็นส่วนประกอบต่าง ๆ ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการหนึ่งได้ โดยมีได้จำกัดเพียงแค่ลักษณะของสัญลักษณ์ที่กล่าวไว้ข้างต้นเท่านั้น ดังนั้น เครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ซึ่งสามารถมองเห็นได้ด้วยตาจนทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของผู้ประกอบการซึ่งขายสินค้าหรือบริการผ่านทางเว็บไซต์ได้ เครื่องหมายรูปลักษณะที่ปรากฏบนเว็บไซต์ จึงสามารถได้รับความคุ้มครองได้เช่นกัน

สำหรับพิธีสารมาดริด (Madrid Protocol) ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” หมายถึง เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้า หรือเครื่องหมายบริการ และเนื่องด้วยระบบมาดริดอยู่ภายใต้การดูแลและบริหารงานขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) ซึ่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายถึง

<sup>3</sup> อรพัทธ์ วงศาโรจน์, “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีการตกแต่งร้าน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยอีสต์สมิธตัน, 2556), หน้า 53-54.

สัญลักษณ์ที่สามารถใช้แยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการหนึ่งออกจากอีกผู้ประกอบการหนึ่งได้ ไม่ว่าจะเป็น คำ ตัวอักษร ตัวเลข ภาพวาด ภาพ รูปร่าง สี ฉลาก รวมถึงการประกอบกันของสิ่งเหล่านี้ ต่างใช้เป็นเครื่องหมายได้ หากสามารถใช้แยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการหนึ่งออกจากอีกผู้ประกอบการหนึ่งได้ ดังนั้น พิธีสารมาดริดมิได้ปิดกั้นในการจะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ เพราะเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์นั้น หมายถึงองค์ประกอบโดยรวมทั้งหมดที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ซึ่งอาจประกอบไปด้วย ชื่อ กราฟิก ตัวอักษร ตัวเลข ภาพวาด ภาพ รูปร่าง สี รวมถึงการประกอบกันของสิ่งเหล่านี้เป็นภาพรวมทั้งหมดที่ปรากฏบนเว็บไซต์ เพื่อให้ผู้บริโภคที่พบเห็นสามารถเข้าใจและแยกแยะความแตกต่างได้ว่า เครื่องหมายรูปสัญลักษณ์บนเว็บไซต์นั้นมีแหล่งกำเนิดมาจากผู้ประกอบการรายใด ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความหมายและความคุ้มครองเครื่องหมายที่แตกต่างกัน

ในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ไว้ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าของตน โดยในสหรัฐอเมริกาเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นเครื่องหมายการค้าภายใต้ The Lanham Act of 1946 อันหมายถึง การตรวจสอบการจดทะเบียน ตลอดจนการให้ความคุ้มครองนั้นจะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าอื่น แต่การตีความคุณลักษณะของเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ที่จะได้รับความคุ้มครองและจดทะเบียนได้ จะมีการใช้หลักเกณฑ์ของศาลในการพิจารณา ศาลตีความไว้หลายคดีโดยให้ความคุ้มครองไปถึง สี รูปร่างของผลิตภัณฑ์ หีบห่อบรรจุภัณฑ์ ฉลาก การตกแต่งร้านค้า และเว็บไซต์ เป็นต้น โดยมีได้มีการแก้ไขจำกัดความแต่อย่างใด เนื่องจาก Section 45 ในกฎหมายฉบับนี้ ต้องการให้มีการตีความคำว่า “สัญลักษณ์” (Symbol) อย่างกว้าง หากสิ่งใดก็ตามสามารถทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้าได้ ทั้งนี้ ได้ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” หมายถึง คำ หรือสัญลักษณ์ใด ๆ ที่ใช้ในทางธุรกิจเพื่อระบุผลิตภัณฑ์หรือบริการและแยกผลิตภัณฑ์หรือบริการให้เห็นถึงความแตกต่างจากผลิตภัณฑ์หรือบริการอื่น มาตรา 45 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความรวมถึง เครื่องหมายอื่น ๆ เช่น รูปร่างของสินค้า บรรจุภัณฑ์ สี กลิ่น เสียง ตลอดจนเครื่องหมายที่มองเห็นได้ (Visual Signs) ซึ่งเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่ทำหน้าที่ในการบ่งชี้และแยกแยะสินค้าหรือบริการ สามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบการจดทะเบียนของ The Lanham Act เช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อส่วนประกอบของสิ่งต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์สามารถทำหน้าที่เป็นอย่างเครื่องหมายการค้าที่สามารถทำให้แยกแยะสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการแต่ละรายได้ จึงนับได้ว่ารูปสัญลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ควรได้รับการคุ้มครองอย่างเครื่องหมายการค้าในลักษณะของเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ (Trade Dress) อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก The Lanham Act ไม่ได้บัญญัติไว้ถึงการเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ และลักษณะของส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาประกอบด้วย ศาลได้ให้คำนิยามโดย

การขยายความโดยได้ให้ความหมายของคำว่า Trade Dress ไว้ในคดีสำคัญจำนวน 4 คดี ได้แก่ คดี Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc. คดี Two Pesos, Inc v. Taco. Cabana คดี Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros. Inc. และคดี Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.

กรณีตัวอย่างคดี Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.<sup>4</sup> ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า โดยทั่วไปลักษณะของสินค้าที่จะมีคุณสมบัติด้านประโยชน์ใช้สอยจะต้องมีลักษณะที่จำเป็นต่อการใช้สินค้าหรือความมุ่งหมายของสินค้าหรือเป็นลักษณะที่มีผลต่อราคาหรือคุณภาพของสินค้า<sup>5</sup> กล่าวคือ ลักษณะที่จะขอรับความคุ้มครองตามส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้น จะต้องไม่เป็นส่วนประกอบสำคัญหรือเป็นส่วนที่ปรับปรุงขึ้นมาเพื่อเสริมการทำงานของสินค้า

กรณีตัวอย่างคดี Two Pesos, Inc v. Taco cabana, Inc.,<sup>6</sup> โจทก์มีรูปแบบการตกแต่งร้านอาหารเป็นสไตล์เม็กซิกันที่รัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา ตกแต่งร้านโดยมีที่นั่งนอกชานภายในตกแต่งจากสิ่งประดิษฐ์ที่ทำจากมือ มีภาพวาดจิตรกรรมฝาผนัง ภายนอกร้านใช้สีสันทาสีทาต้านบนของตัวตึก ส่วนขอบรอบ ๆ ร้านใช้แสงนีออนประดับและใช้ร่มเป็นสัญลักษณ์ในการประดับร้าน ซึ่งเป็นการตกแต่งร้านที่มีรูปแบบเฉพาะตัว<sup>7</sup> ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 43 (a) Lanham Act of 1946 ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า เครื่องหมายรูปลักษณะไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะแค่สินค้าเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการบริการ ซึ่งสามารถกลายเป็นผลิตภัณฑ์ของเครื่องหมายรูปลักษณะได้ เช่น สีเขียว การตกแต่งภายนอกและในร้าน ป้าย การตกแต่งภายในครัวของร้าน เมนูอุปกรณ์ที่ใช้ในการเสิร์ฟอาหาร เครื่องแบบพนักงานของร้าน เทคนิคการขาย รวมทั้งการจัดวางของบุคลิกลักษณะหรือการตกแต่งที่เชื่อมโยงกับสินค้าหรือบริการ (หมายรวมถึงรูปลักษณะรูปทรง สี หรือการรวมกันของสี กราฟิก องค์ประกอบ) เช่น การมองภาพโดยรวมของการ์ดอวยพร<sup>8</sup>

<sup>4</sup>Inwood Laboratories v. Ives Laboratories, 456 U.S. 844 (1982).

<sup>5</sup>Stephen F. Mohr and Glenn Michell, **Functionality of trade dress : a review and analysis of U.S. case law** (New York: International Trademark Association, 1994), p.22.

<sup>6</sup>505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753, 120 L.Ed.2d 615 (1992).

<sup>7</sup>ชวจารี เรี่ยวแรงกุลศล, “กฎหมายเครื่องหมายการค้ากับการคุ้มครอง เครื่องหมายรูปลักษณะ,” **สุทธิปริทัศน์** 30, 96 (ตุลาคม-ธันวาคม 2559): 190.

<sup>8</sup>Roulo v. Russ Berrie & Co., 886 F. 2d 931, 937. 12 U.S.P.Q. 2d (BNA) 705, 725 (7<sup>th</sup> Cir. 1989).

โครงสร้างและภาพลักษณ์ของรายการสินค้าที่ส่งทางไปรษณีย์<sup>9</sup> การบรรจุหีบห่อของสินค้านอกเหนือจากตัวเครื่องหมายการค้าเองเพียงลำพัง ทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นรูปลักษณะทั้งหมดของร้านอาหาร ทั้งนี้ สิ่งเหล่านี้จะต้องเป็นที่โดดเด่นจนเป็นที่จดจำของผู้บริโภคด้วย

กรณีตัวอย่างในคดี Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc. เครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมไปถึงการออกแบบของลายเส้นบนพื้นผ้าด้วย โดยส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการประเภทแบบหรือรูปร่างนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ผู้ซื้อเห็นถึงความเชื่อมโยงของแบบและแหล่งกำเนิดของสินค้า<sup>10</sup>

ในคดี Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.<sup>11</sup> ศาลได้ให้ความเห็นว่าการออกแบบสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้าอาจมีลักษณะบ่งเฉพาะที่แสดงให้เห็นถึงการจำแนกสินค้าโดยแยกความแตกต่างของผู้ผลิตหรือแหล่งกำเนิดสินค้า และการออกแบบสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้าก็จะได้รับลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ ภาพลักษณ์โดยรวมอาจไม่ได้ใช้ในลักษณะที่คล้ายกับการเป็นสาเหตุของการทำให้สับสนในแหล่งกำเนิดของสินค้า ทั้งนี้ ต้องเป็นไปด้วยการเคารพในการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าด้วย

ศาลอุทธรณ์แห่ง The Seventh Circuit ของสหรัฐอเมริกา<sup>12</sup> กำหนดนิยามของภาพลักษณ์โดยรวม (Trade Dress) ว่า “รูปลักษณะของสินค้าที่กลายเป็นความเชื่อมโยงในความรู้สึกนึกคิดของสาธารณชนกับผู้ผลิตรายแรกหรือต้นกำเนิดสินค้าแห่งแรก และถ้าผู้ผลิตรายที่สองเลียนแบบสินค้าเหมือนกันทำให้สาธารณชนเชื่อว่าเป็นสินค้าที่มาจากผู้ผลิตรายแรกและตัดสินใจซื้อสินค้านั้นไปก็เป็นการหลอกลวง”<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup>Tools USA & Equip. Co. v. Champ Frame Straightening Equip. Co., 87 F. 3d 654, 662, 39 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1355, 1357 (4<sup>th</sup> Cir. 1996).

<sup>10</sup>Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc. 529 U.S. 205 (2000).

<sup>11</sup>Scott C. Sandberg, “Trade Dress: What does it mean?,” *Franchise Law Journal* 29, 1 (Summer 2009): 2. (Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001)).

<sup>12</sup>เป็นศาลของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ที่มีเขตอำนาจในการรับอุทธรณ์ในรัฐ Illinois, Indiana และ Wisconsin.

<sup>13</sup>Darius C. Gambino and William L. Bartow, *Trade Dress: Evolution Strategy and Practice* (UK: Oxford University Press, 2013), p. 3.

จากคำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในคดีข้างต้น เมื่อพิจารณาแล้วการคุ้มครอง Trade Dress สามารถครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ กล่าวคือ เครื่องหมายรูปลักษณะไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะแค่สินค้าเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการบริการ ซึ่งสามารถกลายเป็นผลิตภัณฑ์ของเครื่องหมายรูปลักษณะได้ จึงอาจรวมไปถึงองค์ประกอบโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าลักษณะของรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ที่จะขอรับความคุ้มครองตามส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้น ไม่ได้เป็นส่วนประกอบสำคัญหรือเป็นส่วนที่ปรับปรุงขึ้นมาเพื่อเสริมการทำงานของสินค้า แต่เป็นการออกแบบเว็บไซต์อย่างมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวให้ดึงดูดความสนใจ ก่อให้เกิดการจดจำ และสามารถสร้างความประทับใจแก่ผู้บริโภคจนเกิดความเชื่อมโยงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการได้ Trade Dress จึงให้ความคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์อย่างไรก็ดี แม้ต่อมาปี 2020 จะมีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยขึ้น โดยออก The Trademark Modernization Act of 2020 (TMA)<sup>14</sup> มีผลบังคับใช้ในวันที่ 18 ธันวาคม 2021 ซึ่งสร้างช่องทางเพิ่มเติมสำหรับการบังคับใช้ และการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้อง และการรักษาความเป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงกระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาการจดทะเบียนหรือยกเลิกการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ระเบียบ และระยะเวลาการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐ<sup>15</sup> เป็นต้น แต่การแก้ไขดังกล่าวยังมิได้มีการกล่าวถึงเครื่องหมายรูปลักษณะ

นอกจากนี้ ใน Trade Marks Act 1994 ของสหราชอาณาจักรนั้น กำหนดความหมายของคำว่า เครื่องหมายการค้าแบบที่มีได้เฉพาะเจาะจงถึงสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ได้มีการบัญญัติให้เอื้อประโยชน์ในการตีความ ความหมายของคำนี้อย่างกว้าง โดยมาตรา 1(1)<sup>16</sup> ใช้คำว่าสัญลักษณ์ใด ๆ

<sup>14</sup>The Trademark Modernization Act of 2020 as incorporated in Consolidated Appropriations Act, 2021 (Public Law 116-260, Subtitle B, Section 221).

<sup>15</sup>Federal Register, **Changes to Implement Provisions of the Trademark Modernization Act of 2020** [Online], available URL: <https://www.federalregister.gov/documents/2021/11/17/2021-24926/changes-to-implement-provisions-of-the-trademark-modernization-act-of-2020> (May, 21).

<sup>16</sup>In this Act “trade mark” means any sign which is capable—

(a) of being represented in the register in a manner which enables the registrar and other competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to the proprietor, and

(b) of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings. A trademark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letters, numerals, colours, sounds or the shape of goods or their packaging.

(any sign) ที่สามารถ (1) จดทะเบียนได้ในลักษณะที่ทำให้ผู้รับจดทะเบียน องค์กรที่มีอำนาจอื่นหรือประชาชนทั่วไปสามารถพิจารณาเกี่ยวกับบรรดาความคุ้มครองที่ผู้ทรงสิทธิมีในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้อย่างชัดเจนและแม่นยำ และ (2) จำแนกสินค้าหรือบริการภายใต้สัญลักษณ์นั้น จากสินค้าหรือบริการอื่นได้<sup>17</sup> โดยมีการยกตัวอย่างว่าอาจประกอบไปด้วยคำ (รวมถึงชื่อของบุคคล) แบบของผลิตภัณฑ์ ตัวอักษร ตัวเลข สี เสียง รูปร่างรูปทรงของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า ซึ่งเครื่องหมายการค้านั้นต้องสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการภายใต้สัญลักษณ์นั้นของเจ้าของกิจการหนึ่งออกจากเจ้าของกิจการอื่นได้” จากนิยามที่เปิดกว้างนี้ จึงเห็นได้ว่า สหราชอาณาจักรก็ได้ปิดกั้นในการให้ความคุ้มครอง หากสิ่งใดที่สามารถบ่งชี้แหล่งกำเนิดสินค้าหรือบริการ และแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่มีเครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการที่มีอีกเครื่องหมายหนึ่งได้ จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายให้มีความยืดหยุ่นและเกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อรองรับเครื่องมือทางการค้าใหม่ ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้น เครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์หากสามารถทำหน้าที่แสดงให้เห็นความแตกต่างของสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ประกอบการแต่ละรายได้ก็สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าตามนิยามนี้ได้ ทั้งนี้ ในสหราชอาณาจักรหรือประเทศในเครือจักรภพได้ให้ความคุ้มครองในสิ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่เรียกว่า “GET-UP” ไร่ GET-UP หมายถึง เครื่องแต่งตัว (dress) หรือรูปลักษณะภายนอกที่ถูกนำเสนอมาเพื่อขาย อันได้แก่ รูปร่าง ขนาด สีของภาชนะ (container) หรือหีบห่อบรรจุภัณฑ์ (packaging) การออกแบบฉลาก รวมถึงตลอดจนถึงการออกแบบผลิตภัณฑ์ด้วย นอกจากนี้ ยังรวมถึงระบบการโฆษณาหรือการกระทำใด ๆ จำเพาะเพื่อการดำเนินงานทางธุรกิจ<sup>18</sup>

กฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Trademark Law of the People’s Republic of China) ให้ความหมายของ “เครื่องหมาย” ไว้ว่า หมายถึง คำ รูปรอยประดิษฐ์ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกันโดยมีลักษณะที่แสดงให้เห็นภาพที่มีลักษณะบ่งเฉพาะและทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น ในมาตรา 8 กำหนดว่า เครื่องหมายที่มองเห็นได้ใด ๆ ที่สามารถใช้เพื่อแยกแยะสินค้าของบุคคลธรรมดา

---

<sup>17</sup>ไพศาล ลิ้มสถิตย์, จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์ และจุมพล แดงสกุล, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการมาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาเครื่องหมายการค้า ที่มีความคล้ายคลึงกับเครื่องหมายของเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า และข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมายควบคุมเครื่องหมายการค้า [Online], available URL: [https://cas.or.th/?p=8053, 2565](https://cas.or.th/?p=8053,2565) (มิถุนายน, 25).

<sup>18</sup>Dan R. Shanahan, *Australian Trade Mark Law and Practice* (New South Wales: Star Printery Pty. Ltd., 1982), pp. 322 & 326-327.

นิติบุคคล หรือองค์กรอื่น ๆ จากผู้อื่น รวมถึงงานใด ๆ การออกแบบ ตัวอักษร ตัวเลข สัญลักษณ์สามมิติ และการรวมกันของสี หรือการผสมใด ๆ ดังกล่าวอาจเป็นเครื่องหมายการค้าเพื่อขอจดทะเบียนได้ และได้ให้ความหมายคำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายสำหรับสินค้าหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น<sup>19</sup> และให้ความหมายคำว่า “เครื่องหมายบริการ” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายสำหรับการบริการหรือเกี่ยวข้องกับบริการ เพื่อแสดงว่าการบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของเจ้าของเครื่องหมายบริการนั้น แตกต่างจากการบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น นอกจากนี้ มาตรา 9 กำหนดว่า เครื่องหมายการค้าที่ยื่นขอจดทะเบียนต้องมีลักษณะที่เห็นได้ชัดเจนและสามารถแยกแยะได้ง่าย และจะต้องไม่ขัดแย้งกับสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่ผู้อื่นได้รับก่อนหน้า ดังนั้น หากพิจารณาจากคำจำกัดความข้างต้นของกฎหมาย เครื่องหมายการค้าของจีนแล้ว แม้ไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนของเครื่องหมายรูปลักษณ์ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายได้ให้ความสำคัญกับลักษณะที่ปรากฏบนผลิตภัณฑ์ซึ่งรวมถึงรูปร่างของผลิตภัณฑ์ บรรจุภัณฑ์ ด้านนอกของผลิตภัณฑ์ รูปแบบหรือสีที่ครอบคลุมผลิตภัณฑ์หรือบรรจุภัณฑ์หรือการรวมกันของสิ่งดังกล่าว<sup>20</sup> “เครื่องหมายรูปลักษณ์” ถูกกำหนดให้เป็นบรรจุภัณฑ์ หรือการตกแต่งของสินค้า ในทางการค้า และในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาคำจำกัดความนี้ ยังได้รับการขยายให้ครอบคลุมองค์ประกอบต่าง ๆ ทั้งหมด ทั้งแบบเดียวหรือการรวมกันของสิ่งเหล่านั้น ที่สามารถถูกใช้เพื่อส่งเสริมสินค้าหรือบริการ ในทางการค้าเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าประเภทอื่น ๆ โดยต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้ เครื่องหมายรูปลักษณ์ต้องสร้างความประทับใจโดยรวมของสินค้าหรือบริการและต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือบ่งเฉพาะโดยการใช้จึงจะได้รับความคุ้มครอง<sup>21</sup> โจทย์จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า Look and Feel มีชื่อเสียงแพร่หลายและรับรู้ได้โดยผู้บริโภค และต้องพิสูจน์ได้ว่าการลอกเลียนแบบนั้นส่งผลให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิด ซึ่งอาจพิสูจน์ได้ค่อนข้างยาก ศาลจึงมักจะพิจารณาจากองค์ประกอบต่าง ๆ

<sup>19</sup>กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายเครื่องหมายการค้า - สาธารณรัฐประชาชนจีน [Online], available URL: [https://www.ipthailand.go.th/images/781/L\\_china\\_8.pdf](https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_china_8.pdf), 2565 (มิถุนายน, 25).

<sup>20</sup>Chanyuan Zhu, **Getting creative: when to protect trade dress under trademark or competition law** [Online], available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ae0d70eb-9755-4425-9e08-8a18f502718e>, 2020 (September, 24).

<sup>21</sup>Xuri Bao, **China: Strengthening trade dress protection in China** [Online], available URL: <https://www.worldtrademarkreview.com/portfolio-management/china-strengthening-trade-dress-protection-china>, 2017 (May, 1).

เช่น คุณภาพ ปริมาณ ต้นทุนการโฆษณา และระยะเวลาที่สินค้าออกสู่ตลาด ตัวอย่างกรณีศาล Pudong New Area People's Court ในเซี่ยงไฮ้ เมื่อปี 2021 ได้ตัดสินกรณีพิพาทระหว่าง New Balance v. New Barlun (China) Co., Ltd. ซึ่งพิจารณาว่า New Balance ลงทุนอย่างต่อเนื่องเป็นจำนวนมากในการโฆษณาสินค้าของตนเอง อันเป็นผลให้สัญลักษณ์ 'N' สามารถสื่อถึงตราสินค้าและบ่งบอกถึงการเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ก่อนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของจำเลย หรือกรณีเมื่อปี 2019 ที่ศาล Chaoyang District Court พิจารณาคดีระหว่าง Land Rover v. Jiangling ซึ่งศาลให้ความเห็นว่า รูปลักษณ์ของรถยนต์ Land Rover มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับแพร่หลายผ่านการสื่อสารและการประชาสัมพันธ์ทางการตลาดมาอย่างยาวนาน ทำให้ Jiangling ถูกศาลสั่งให้ระงับการผลิตรถยนต์ของตนเองและชำระค่าชดเชยให้แก่ Land Rover ดังนั้น สิ่งที่สำคัญที่สุด คือ การแสดงให้เห็นถึงความมีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับแพร่หลายดังเช่นกรณีข้างต้น ซึ่งอาจทำให้สินค้าใหม่ในตลาดประสบความยากลำบากกว่า หรือแม้แต่กรณีที่สินค้าของสองบริษัทมีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับแพร่หลายใกล้เคียงกัน ก็จะทำให้การพิสูจน์การลอกเลียนแบบเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น<sup>22</sup> และยังเป็นอุปสรรคสำคัญในการปกป้องและคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับบริษัทที่เพิ่งเข้าสู่ตลาดได้ไม่นาน นอกจากนี้ กรณีการฟ้องร้องระหว่าง Chanel ซึ่งเป็นเจ้าของน้ำหอม Chanel's N° 5 ตั้งแต่ปี 1921 และ Yiwu Story of Love Cosmetics Co., Ltd. ซึ่งออกผลิตภัณฑ์ N° 9 Flower of Story โดยมีความคล้ายคลึงกันทั้งบรรจุภัณฑ์ภายนอกและภายใน โดยศาล Shaanxi intermediate people's court ให้ความเห็นว่า ผลิตภัณฑ์ของทั้งสองบริษัทมีความเหมือนกันอย่างยิ่งจนอาจทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดได้ถึงที่มาของผลิตภัณฑ์ รวมถึงอาจทำให้เชื่อได้ว่าทั้งสองบริษัทมีความเชื่อมโยงกันได้ และน้ำหอมเป็นสินค้าฟุ่มเฟือยซึ่งบรรจุภัณฑ์นั้นสามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่สามารถบ่งบอกถึงที่มาของผลิตภัณฑ์ได้ การลอกเลียนแบบจึงส่งผลเสียหายต่อผลิตภัณฑ์ต้นฉบับได้ ท้ายที่สุด ศาลตัดสินให้จำเลยต้องหยุดการผลิตสินค้าของตนและชำระค่าชดเชยแก่ Chanel<sup>23</sup> คำตัดสินคดีต่าง ๆ ของสาธารณรัฐประชาชนจีน จึงแสดงให้เห็นว่ามีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

---

<sup>22</sup>Thomas T. Moga, *Design Patents vs. Trade Dress: Protecting IP in China* [Online], available URL <https://www.chinabusinessreview.com/design-patents-vs-trade-dress-protecting-ip-in-china/>, 2020 (July, 31).

<sup>23</sup>Laura Batzella and Fredrick Xie, *China: [China IP] Chanel N.5: Bottle Shape Is Protected, Packaging No* [Online], available URL: <https://www.mondaq.com/china/trademark/1192488/china-ip-chanel-n5-bottle-shape-is-protected-packaging-no>, 2022 (May, 12).

สำหรับประเทศไทยตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) ยังมีได้มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครององค์ประกอบรวมในเครื่องหมายรูปลักษณะที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน<sup>24</sup> จึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาในหัวข้อถัดไป

### 3. ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย

#### 3.1 ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ในประเทศไทย

การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ให้มีเอกลักษณ์ ดึงดูดความสนใจ และทำให้ทราบถึงแหล่งที่มาว่าสินค้าและบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นเป็นของผู้ประกอบการรายใด ส่วนประกอบต่าง ๆ ที่รวมกันบนเว็บไซต์จากการออกแบบอย่างมีเอกลักษณ์จึงมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งเมื่อมองภาพรวมขององค์ประกอบบนเว็บไซต์เหล่านั้นแล้ว จึงมีลักษณะเป็นอย่างไรเครื่องหมายรูปลักษณะ อันเป็นเครื่องหมายการค้า เพราะวัตถุประสงค์หลักของการออกแบบอย่างมีเอกลักษณ์นั้นก็เพื่อทำหน้าที่แยกแยะถึงแหล่งที่มาหรือผู้ประกอบการได้อย่างเครื่องหมายการค้าตนเอง ดังนั้น เครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์จึงสมควรได้รับความคุ้มครองอย่างไรเครื่องหมายการค้า

อย่างไรก็ดี แม้การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จะยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างไรเครื่องหมายการค้าในลักษณะเครื่องหมายรูปลักษณะตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย แต่การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ก็มีลักษณะเทียบเคียงได้กับการออกแบบตกแต่งร้านให้มีลักษณะบ่งเฉพาะจนกลายเป็นสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตัวอย่างเช่น ร้านกาแฟ Café Amazon ซึ่งมีสาขามากมายทั่วประเทศไทย ผลสำรวจทางการตลาดในปี 2555-2556 พบว่า ร้านกาแฟ Café Amazon เป็นร้านกาแฟลำดับต้น ๆ ที่ผู้บริโภคนึกถึง ที่นอกจากจะจดจำเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการของร้านได้แล้ว และยังมีเชื่อมโยงไปถึงเอกลักษณ์สำคัญของร้านกาแฟ Café Amazon คือ การตกแต่งร้านด้วยโครงสร้างวัสดุไม้เทียมโทนสีเขียวและน้ำตาล การใช้เฟอร์นิเจอร์ไม้สีน้ำตาล รวมถึงการจัดสวนในรูปแบบ Tropical (เขตร้อนชื้น) เหมือนกันทุกสาขา รูปแบบการตกแต่งร้านแฝงถึงกลิ่นอายความเป็นอัตลักษณ์ภายใต้แบรนด์ Amazon ที่จำลองสภาพแวดล้อมอันอุดมสมบูรณ์แวดล้อมไปด้วยฝูงสัตว์ป่า ในบรรยากาศที่ปกคลุมไปด้วยกิ่งก้านสาขาของต้นไม้ ทำให้บ่งบอกความเป็นตัวตนของแบรนด์ Amazon ได้ ซึ่งผลการวิจัยทางการตลาดพบว่า ถึงแม้ไม่เห็นชื่อร้านแต่เมื่อเห็นการตกแต่งร้านแล้วผู้บริโภคสามารถระบุได้ทันทีว่า คือ ร้านกาแฟ Café Amazon จากตัวอย่างนี้ สามารถพิสูจน์ให้เห็น

<sup>24</sup>อาจารย์ เร็วแรงกุล, เรื่องเดิม, 194.

ถึงลักษณะบ่งเฉพาะและเป็นสัญลักษณ์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย แต่ถูกนำเสนอออกมาในรูปแบบการตกแต่งร้าน ซึ่งเมื่อไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายบริการ หากเกิดปัญหาการตกแต่งร้านที่เหมือนหรือคล้ายก็ทำให้ผู้ประกอบการเสียโอกาสทางการค้าและอาจทำให้เสียชื่อเสียงทางการค้าด้วยก็ได้<sup>25</sup>

ทั้งนี้ มีร้านกาแฟแห่งหนึ่งในประเทศกัมพูชา ได้ลอกเลียนแบบร้านกาแฟ Café Amazon ของกลุ่ม ปตท. ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิด ปตท.ได้มอบหมายให้สำนักงานกฎหมายไปดำเนินการยื่นโนติสว่าทางร้านกาแฟได้ละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยลอกเลียนแบบเครื่องหมายการค้า Café Amazon ร้านกาแฟ เครื่องแต่งกาย และแม้แต่เมนู จึงขอให้ดำเนินการปรับเปลี่ยน ซึ่งร้านกาแฟดังกล่าวก็ยอมรับผิด โดยปรับเปลี่ยนโลโก้จาก Café Amazing มาเป็น Amazing Café ซึ่งก็ยังคงคล้ายคลึงกับโลโก้ Café Amazon อยู่ดี ดังนั้น จะเห็นได้ว่า รูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏทั้งหมดของกิจการในกรณีนี้คือ การตกแต่งร้านมีผลเชื่อมโยงไปถึงแหล่งที่มาของผู้ประกอบการ เมื่อมีการทำเลียนแบบชื่อร้าน การตกแต่งร้าน เครื่องแต่งกาย แก้ว โลโก้ สี<sup>26</sup> หรือแม้แต่เมนู ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และชื่อเสียง ทำให้ผู้บริโภคสับสนเข้าใจผิดคิดว่าเป็นของผู้ประกอบการที่แท้จริงหรือเป็นกิจการในเครือ การละเมิดนี้จึงก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบทางการค้าต่อเจ้าของที่แท้จริง

นอกจากนี้ แม้เว็บไซต์มีลักษณะบ่งเฉพาะ กล่าวคือ มีการออกแบบโดยใช้ความคิดสร้างสรรค์ ออกแบบอย่างมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวเพื่อใช้กับธุรกิจหรือองค์กรของตน มีการใช้แบบตัวอักษร สี กราฟิก รูปภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ให้ข้อมูลเฉพาะอันเชื่อมโยงถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ เป็นต้น แต่ยังคงกรณีปัญหาการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์ ทำเว็บไซต์ปลอมมาหลอกขายสินค้าหรือบริการ ทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิด สั่งสินค้าแล้วไม่ได้รับหรือได้รับไม่ตรงตามคำสั่งซื้อ บางครั้งมีการออกแบบเว็บไซต์เลียนแบบเว็บไซต์ของรัฐ ทำการโจรกรรมผ่านช่องทางออนไลน์ โดยการแอบอ้างชื่อหน่วยงานทางการ เช่น กรมสอบสวนคดีพิเศษหรือกรมสรรพากรขึ้นมา<sup>27</sup> รวมถึงการปลอมเว็บไซต์ขายสินค้าหรือบริการที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

---

<sup>25</sup>Brand Buffet Team (CMMU Insights), วิเคราะห์ แแบรนด์ Cafe Amazon และ The Amazon's Embrace [Online], available URL: <http://www.brandbuffet.in.th/2013/08/brand-analysis-cafe-amazon-embrace/>, 2565 (พฤศจิกายน, 2).

<sup>26</sup>Thai Franchise Center, ดึงโดนก๊อป! Cafe'Amazon (ไทย) vs CaféAmazing (กัมพูชา) [Online], available URL: <https://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=3075>, 2565 (พฤศจิกายน, 2).

<sup>27</sup>WAIWY4.0, แนะนำวิธีดูเว็บปลอมหน่วยงานรัฐ มิจฉาชีพใช้หลอกติดตั้งแอปมัลแวร์ พร้อมยกตัวอย่างเทียบของจริง [Online], available URL: <https://droidsans.com/fake-thai-site-for-malware-download-examples/>, 2566 (กุมภาพันธ์, 10).

### เว็บไซต์จริง

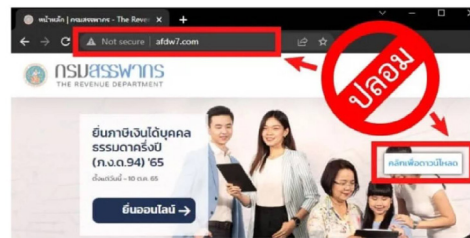


### เว็บไซต์ปลอม



### เว็บกรมสอบสวนคดีพิเศษ

จะเห็นได้ว่า แม้มันตัวหนังสือเหมือนกัน แต่เว็บปลอมเอาสกุลลงท้ายของเว็บจริงมาใส่เป็นชื่อ แต่เว็บปลอมใส่เป็น .net ห้อยท้าย และยังใช้สี สัญลักษณ์องค์กร การออกแบบตำแหน่งปุ่มเมนูและองค์ประกอบต่าง ๆ รวมถึงแบบอักษรประเภทเดียวกับเว็บจริง หากไม่สังเกตให้ถี่ก็อาจหลงเข้าไปใช้บริการได้



### เว็บกรมสรรพากร

จะเห็นได้ว่า เว็บไซต์ปลอมมีการใช้ภาพนิ่งเดียวกันกับที่กรมสรรพากรต้องลงทุนจ้างนายแบบนางแบบ ช่างถ่ายรูป ช่างแต่งหน้า คิดออกแบบภาพนิ่งที่จะถ่ายออกมาแล้วดึงดูดความสนใจ และเว็บไซต์ปลอมมีข้อความ องค์ประกอบต่าง ๆ จัดทำหน้าเว็บไซต์คล้ายของจริงเป็นอย่างมาก หากไม่สังเกตอย่างถี่ถ้วนอาจเข้าใจผิดได้



### คดีระหว่าง Lepton Labs, LLC โจทก์ กับ Walker et al. จำเลย

มีปัญหาการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์ขายอาหารเสริม ลดน้ำหนัก โจทก์ฟ้องจำเลย ในข้อหาละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณะโดยกล่าวหาว่าจำเลยคัดลอกรูปลักษณะของเว็บไซต์ของโจทก์ โจทก์ได้เสนอการเปรียบเทียบเว็บไซต์หลาย ๆ ด้านบนเว็บไซต์ของคู่กรณีจะเห็นได้ว่าการใช้สีของตัวอักษร สีของเว็บไซต์ การจัดวางโครงสร้าง องค์ประกอบต่าง ๆ การแสดงผลด้วยกราฟ เป็นต้น ซึ่งเมื่อมองภาพรวมของเว็บไซต์แล้วทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดได้ว่า เป็นของผู้ประกอบการรายใดหรืออาจเข้าใจได้ว่า จะเป็นเจ้าของเดียวกันแต่ใช้คนละชื่อทางการค้า

ปัจจุบันศาลของสหรัฐอเมริกาเริ่มมีแนวโน้มที่จะพัฒนาแนวทางการให้ความคุ้มครองรูปลักษณะโดยรวมของเว็บไซต์ โดยการนำเอาหลักการของกฎหมายคุ้มครองรูปลักษณะผลิตภัณฑ์เดิมที่มีอยู่มาปรับใช้ ดังเช่นคดีระหว่าง Lepton Labs, LLC v. Walker et al.<sup>28</sup> ชำงตัน โจทก์ฟ้องจำเลยในข้อหาละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณะ โดยกล่าวหาว่าจำเลยคัดลอกรูปลักษณะของเว็บไซต์ของโจทก์ แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะของเว็บไซต์ยังไม่เรียบร้อย แต่เป็นที่ชัดเจนว่าต้องมีการทบทวนองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายรูปลักษณะที่ถูกกล่าวหา คดีระหว่าง Express Lien, Inc. v. Nationwide Notice, Inc.<sup>29</sup> ศาลได้สรุปว่าโจทก์ได้วิเคราะห์เกี่ยวกับข้อกล่าวหาถึงความแตกต่างกันของเว็บไซต์ของตนเพื่อจะอธิบายว่าองค์ประกอบของเว็บไซต์มีคุณสมบัติเป็น

<sup>28</sup>Lepton Labs, LLC v. Walker et al., case number 2: 14-cv-04836 in the U.S. District Court for the Central District of California (filed September 23, 2014) [Online], available URL: [https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/cacdce/2:2014cv04836/592641/27, 2020 \(May, 18\).](https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/cacdce/2:2014cv04836/592641/27, 2020 (May, 18).)

<sup>29</sup>Justia, Express Lien Inc v. Nationwide Notice Inc, No. 2:2016cv02926 - Document 42 (E.D. La. 2017) [Online], available URL: [https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/louisiana/laedce/2:2016cv02926/176364/42/, 2021 \(March, 25\).](https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/louisiana/laedce/2:2016cv02926/176364/42/, 2021 (March, 25).)

เครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง ได้แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบที่เป็นลักษณะเฉพาะของเว็บไซต์นั้น และยังกล่าวว่า การออกแบบเว็บไซต์ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยผู้บริโภค และกลายเป็นปัจจัยบ่งชี้ที่สำคัญของแหล่งที่มาของข้อมูลที่ระบุอยู่ในเว็บไซต์<sup>30</sup> คดีระหว่าง SG Servs. v. God's Girls Inc.<sup>31</sup> ศาลกล่าวว่า สีของเว็บไซต์และการเลือกจัดเรียงคำบนเว็บไซต์มีคุณสมบัติไม่บ่งถึงลักษณะการใช้สอยจึงสามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้ Lanham Act อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อองค์ประกอบนั้นเป็นเพียง “ส่วนประกอบ” และ “ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ที่แท้จริงที่ลูกค้าต้องการซื้อ” คดีนี้เจ้าของเว็บไซต์ได้ออกแบบเว็บไซต์ด้วยสีชมพูและเลือกใช้ถ้อยคำบนเว็บไซต์อย่างมีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่เจ้าของเว็บไซต์ยังมีหลักฐานไม่เพียงพอในการกล่าวหาว่าเว็บไซต์ God's Girls ลอกเลียนแบบ ศาลจึงยกฟ้อง และคดีระหว่าง Ingrid & Isabel LLC v. Baby Be Mine, LLC<sup>32</sup> โจทก์และจำเลยประกอบธุรกิจขายผ้าคาดท้อง “ผ้ารัดหน้าท้องเป็นผ้าคาดเอวสตรีมีครรภ์” รวมถึงสินค้าอื่น ๆ เกี่ยวกับสตรีมีครรภ์ การตัดสินครั้งนี้เปิดประตูสู่การขยายการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โจทก์กล่าวว่าจำเลยละเมิดกฎหมายเครื่องหมายการค้าโดยมีการแสดงให้เห็นในเรื่องของความเหมือนไม่ว่าจะเป็นแบบตัวอักษร รูปแบบเว็บไซต์ การจัดวางเว็บไซต์ สี ขึ้นมาประกอบเพื่อแสดงให้เห็นว่า จำเลยจงใจลอกเลียนเว็บไซต์ของโจทก์<sup>33</sup> เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาในอนาคตเกี่ยวกับการลอกเลียนการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ทำให้เหมือนคล้ายหรือทำให้สับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ จึงสมควรที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยควรมีการปรับปรุง เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับลักษณะของเครื่องหมาย อันจะทำให้เครื่องหมายรูปลักษณ์ได้รับการคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการต่อไป เพื่อมิให้ผู้ประกอบการเสียชื่อเสียงและโอกาสทางการค้า

<sup>30</sup>Scott D. Locke. **Trade Dress in the age of e-commerce: The challenge of protecting the “look and feel” of website and mobile apps** [Online], available URL: <https://dorflaw.com/wp-content/uploads/2017/09/201709015-Trade-Dress-of-Websites.pdf>, 2022 (April, 13).

<sup>31</sup>SG Servs. v. God's Girls Inc., 2007 U.S. Dist. LEXIS 61970 (C.D. Cal. May 9, 2007).

<sup>32</sup>Justia, **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC et al, No. 3:2013cv01806 - Document 67 (N.D. Cal. 2014)** [Online], available URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2013cv01806/265474/67/>, 2021 (March, 25).

<sup>33</sup>Bobby Ghajar and Lori Levine, **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC** [Online], available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e2ff965-b395-4fc5-b885-eeb2b2a17741>, 2023 (March, 10).

### 3.2 ปัญหาของการให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”, “เครื่องหมายการค้า”, “เครื่องหมายบริการ”, “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม”

การให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 มาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “เครื่องหมาย” ยังไม่กว้างมากพอที่จะครอบคลุมไปถึงการคุ้มครององค์ประกอบรวมในเครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress)<sup>34</sup> โดยได้มีการบัญญัติไว้ดังนี้

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

จากบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นการให้คำนิยามที่จำกัด กล่าวคือ สิ่งที่จะยอมรับให้เป็นเครื่องหมายนั้นมีเฉพาะเพียงที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น สิ่งอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้จะสามารถทำหน้าที่แยกแยะความแตกต่างระหว่างเจ้าของกิจการที่ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวอันสามารถบ่งชี้ถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการก็ไม่สามารถถือเป็นเครื่องหมายที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไปได้ เช่น กลิ่น รสชาติ หีบห่อบรรจุภัณฑ์ หรือรูปลักษณะโดยรวมภายนอกที่ปรากฏบนเว็บไซต์ เป็นต้น

ปัญหาจากการที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ยังมีได้บัญญัติถึงความหมายคำว่า “เครื่องหมาย” ให้ครอบคลุมถึงรูปลักษณะส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์ ทำให้รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ไม่ใช่เครื่องหมายตามคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จึงไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าและไม่สามารถขอรับความคุ้มครองหรือบังคับใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยได้ ทั้งที่รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่ง โดยหากพิจารณาโครงสร้างและส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์นั้นจะพบว่า ประกอบไปด้วยภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันในเว็บไซต์ ซึ่งแม้สิ่งเหล่านั้นอย่างใดอย่างหนึ่งจะมีได้มีความหมายที่บ่งเฉพาะเป็นเอกลักษณ์ในตัวเอง แต่เมื่อสิ่งเหล่านั้นมารวมกันแล้วมีความบ่งเฉพาะสื่อถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการได้ จึงสมควรได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น หากมองภาพรวมส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์ จึงอาจถือเป็นเครื่องหมายอย่างหนึ่งที่เรียกว่า “เครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress)” ที่สมควรได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ

<sup>34</sup>ชวารี เรี่ยวแรงกุล, เรื่องเดิม, หน้า 194.

### 3.3 ปัญหาของการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะในรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์

สำหรับเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการในลักษณะของการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์นั้น การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หรืออาจเกิดจากลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ก็ได้ แต่ทั้งนี้ การพิจารณาว่าส่วนประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นจะมีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่นั้น ไม่ควรพิจารณาเพียงที่ละส่วนที่ประกอบกันขึ้น เพราะโดยลักษณะของแต่ละส่วนนั้นอาจมีบางส่วนที่สามารถได้รับความคุ้มครองหรือบางส่วนไม่มีลักษณะหรือคุณสมบัติใดคุณสมบัติหนึ่งที่จะได้รับความคุ้มครองก็ได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาทุกส่วนพร้อม ๆ กันว่า เมื่อมีการออกแบบลักษณะนั้น และเมื่อนำมารวมกันแล้วองค์ประกอบที่เป็นภาพรวมเหล่านั้น เมื่อมองด้วยสายตาแล้วจะสามารถทำให้ทราบได้หรือไม่ว่ารูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นมีความบ่งเฉพาะแตกต่างจากรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์อื่น และสามารถบ่งชี้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการไปในตัวในสายตาของสาธารณชนโดยทั่วไปหรือไม่

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง มีความโดดเด่น มีเอกลักษณ์ อันทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะได้ว่าสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นมีแหล่งที่มาเป็นของผู้ประกอบการรายใด หรือแม้แต่การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จะมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ก็ตาม แต่หากการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ในลักษณะรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ไม่สามารถถูกระบุในนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 แล้ว รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ในลักษณะของเครื่องหมายรูปลักษณะก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการได้เลย และแม้ต่อมารูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์จะสามารถถูกระบุในนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ตามมาตรา 4 หรือได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายรูปลักษณะก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 7 ยังมีได้มีการกำหนดถึงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายรูปลักษณะรวมทั้งในส่วนประกอบโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ว่าควรมีขอบเขตแค่นี้เพียงไร ต้องมีการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายรูปลักษณะอย่างไร และการจะได้ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ขึ้นต้องมีการเผยแพร่หรือโฆษณาต่อเนื่องกันและเป็นเวลานานพอสมควรจนสาธารณชนในประเทศไทยรู้จักมากเพียงใด ประเด็นเหล่านี้จึงเป็นปัญหาที่ควรพิจารณาและหาแนวทางแก้ไขต่อไป

### 3.4 ปัญหาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย

เนื่องด้วยลักษณะการทำงานของระบบอินเทอร์เน็ตส่งผลให้เว็บไซต์สามารถเผยแพร่ไปได้ทั่วโลกโดยไม่จำกัดระยะทางและเวลา เว็บไซต์จึงได้กลายเป็นสื่อที่มีความสำคัญซึ่งมีบทบาท

อย่างมากต่อสถานประกอบการในเรื่องของการโฆษณาและประชาสัมพันธ์จนเปรียบเสมือนเป็นหน้าร้านออนไลน์ จึงมีการออกแบบเว็บไซต์อย่างมีลักษณะบ่งเฉพาะของแต่ละองค์กร บริษัทหรือร้านค้า ที่เมื่อผู้บริโภคพบเห็นองค์ประกอบโดยรวมบนเว็บไซต์แล้วสามารถทราบถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ได้ ทำให้รูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์มีลักษณะเป็นอย่างไร เครื่องหมายรูปลักษณ์ เมื่อเว็บไซต์มีคุณสมบัติที่สามารถนำเสนอ เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารได้อย่างไร้ขีดจำกัด จึงทำให้เว็บไซต์มีชื่อเสียงแพร่หลายได้ง่ายในเวลาอันสั้น แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์เป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ จึงเกิดปัญหาว่าเครื่องหมายรูปลักษณ์จะสามารถได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือไม่ ซึ่งหากเว็บไซต์มีการทำการตลาดผ่านทางโฆษณาออนไลน์เพื่อให้ผู้บริโภคเห็นเว็บไซต์ของตนได้บ่อยครั้งจะยิ่งเพิ่มความนิยมขึ้นอย่างแพร่หลายและรวดเร็ว อันนำมาซึ่งชื่อเสียงและผลประโยชน์ แต่เครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีชื่อเสียงแพร่หลายกลับไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงเกิดคำถามตามมาว่า สำหรับเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) ด้วยหรือไม่ และใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาถึงความมีชื่อเสียงแพร่หลายของเว็บไซต์บนโลกอินเทอร์เน็ต

ประเทศไทยมีเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายโดยยึดหลักสากลตาม TRIPs และ WTO คือ พิจารณาจากการรู้จักของสาธารณชนทั่วไป หรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องหรือการยอมรับความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายนั้นในหมู่ผู้บริโภค<sup>35</sup> โดยไม่มีการกำหนดระยะเวลาให้ความคุ้มครองตราใดที่ยังใช้เครื่องหมายนั้นอยู่ อย่างไรก็ตาม แม้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จะได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปเป็นการเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 (11) และแม้ต่อมาได้มีการแก้ไข พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 โดยให้ความคุ้มครองไว้ในมาตรา 8 (10) แต่ก็ยังไม่เคยมีการกำหนดนิยามหรือเกณฑ์การพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปไว้ ส่งผลให้เกณฑ์การพิจารณาปฏิเสธการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปจึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจและการรับรู้ของนายทะเบียนแต่เพียงฝ่ายเดียวว่ารู้จักเครื่องหมายนั้นมาก่อนหรือไม่ ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดการรับรู้ที่คลาดเคลื่อนจนอาจต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแล้วพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลต่อไป

<sup>35</sup>เครื่องหมายการค้า, เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) [Online], available URL: [https://thaitradebrand.com/knowledge/4\\_Well\\_Known\\_Marks.pdf](https://thaitradebrand.com/knowledge/4_Well_Known_Marks.pdf), 2566 (มีนาคม, 8).

เมื่อพิจารณาจากประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ลงวันที่ 21 กันยายน 2547 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 และมาตรา 8 (10) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ดังนี้

1) สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นจะต้องมีการจำหน่ายหรือมีการใช้หรือมีการโฆษณาหรือได้มีการใช้เครื่องหมายโดยวิธีใด ๆ เช่น ใช้เป็นเครื่องหมายของทีมฟุตบอล เป็นต้น อย่างแพร่หลายตามปกติโดยสุจริต ไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าของหรือผู้แทนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายนั้น ไม่ว่าในประเทศหรือต่างประเทศ จนทำให้สาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักเป็นอย่างดี

2) เครื่องหมายนั้นจะต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภค<sup>36</sup>

นอกจากประกาศของกระทรวงพาณิชย์แล้วยังมีแนวทางการพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า<sup>37</sup> ซึ่งกำหนดแนวทางการพิจารณาไว้ ได้แก่

1) กรณีเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียนเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามบัญชีการแจ้งเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2548 หรือ บัญชีเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ให้นำทะเบียนพิจารณาไปตามบัญชีนั้น

2) หากเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกันไม่ใช่เครื่องหมายที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงนั้นแล้ว ให้นำทะเบียนมีคำสั่งพิจารณาตามประกาศกระทรวง และแนวทางการพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

3) การพิจารณาหลักฐานความแพร่หลายจากคำขออื่น เครื่องหมายและรายการสินค้าต้องมีลักษณะเหมือนกัน จึงจะสามารถอ้างอิงได้<sup>38</sup>

<sup>36</sup>กระทรวงพาณิชย์, ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป [Online], available URL: <https://onestopservice.ditp.go.th/download/file/34dip.pdf>, 2565 (มกราคม, 5).

<sup>37</sup>แนวทางการพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ซึ่งได้นำหลักการสำคัญของ Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-known Marks ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกมาประกอบ.

<sup>38</sup>กรมทรัพย์สินทางปัญญา, ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง คู่มือการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ฉบับปี พ.ศ. 2565 [Online], available URL: [https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2565/TM/TM\\_2565.pdf](https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2565/TM/TM_2565.pdf), 2565 (มกราคม, 5).

จากหลักเกณฑ์ที่กระทรวงพาณิชย์ประกาศไว้และคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าได้กำหนดแนวทางการพิจารณาไว้ นั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในกรณีที่เครื่องหมายนั้นต้องเป็นไปตามความหมายของ “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ที่สามารถจะขอรับความคุ้มครองได้เสียก่อน จึงจะใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ และเครื่องหมายร่วมต่อไปได้ ซึ่งเมื่อกฎหมายยังไม่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ว่าเป็น “เครื่องหมาย” จึงเป็นปัญหาตามมาถึงการจะได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายได้หรือไม่

เนื่องจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีทำให้การเผยแพร่ข้อมูลสินค้าหรือบริการผ่านเว็บไซต์เป็นช่องทางที่สามารถทำให้ผู้บริโภคทั่วโลกรับรู้รับทราบถึงสินค้าหรือบริการผ่านทางเว็บไซต์ได้เป็นจำนวนมากอย่างไร้ขีดจำกัด ดังนั้น การเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์จะสามารถถือเป็นการแพร่หลายแล้วหรือยัง เพราะเป็นกรณีที่ใช้ชื่อแพร่หลายตามปกติโดยสุจริตจนทำให้สาธารณชนทั่วไปและสาธารณชนที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย ตลอดจนสาธารณชนทั่วโลกรู้จักและเข้าถึงได้ หรือใช้หลักเกณฑ์ใดในการตรวจสอบความแพร่หลายและความมีชื่อเสียง และสำหรับการออกแบบบนเว็บไซต์อย่างมีลักษณะบ่งเฉพาะอันสามารถแสดงถึงที่มาและความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายผ่านทางเว็บไซต์ได้นั้น ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อว่า ในอนาคตหากประเทศไทยให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์และเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายแล้ว สำหรับเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีชื่อเสียงแพร่หลายนั้น จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) ด้วยหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือไม่ เพียงไร หรือมีหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเฉพาะสำหรับการตรวจสอบความแพร่หลายทางเว็บไซต์อย่างไร อันพอจะวัดระดับการรับรู้ ยอมรับในสาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยได้ใช้หลักเกณฑ์ใดในการตรวจสอบความมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการออกแบบบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงหรือต้องพิจารณาว่า มีการใช้และทำการตลาดทั้งภายในประเทศและต่างประเทศผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตจนมีชื่อเสียงแพร่หลายหรือยัง

อย่างไรก็ดี หากเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายแล้ว การปลอมแปลง การเลียนแบบ การทำกรณีใด ๆ ที่ทำให้เกิดการสับสนหลงผิดก็จะถือว่ามีความผิดเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่มีการกำหนดในเรื่องเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย และเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปมีสิทธิตามมาตรา 61 (2) เพื่อขอให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 ในกรณีที่มีการนำเครื่องหมายที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปนั้นไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากระเบียบกรมทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยการแจ้งเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2548 ในข้อ 7.1 จะเห็นว่า เครื่องหมายที่สามารถขอแจ้งจะเป็นเครื่องหมายที่มีการใช้กับสิ่งอื่น นอกเหนือจากสินค้าหรือบริการก็ได้ เช่น ชื่อทางการค้า (Trade Name) สัญลักษณ์ทางธุรกิจ (Business Symbol) ซึ่งในข้อ 1 ของคำแนะนำร่วมขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกเกี่ยวกับบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-known Marks) จะเรียกเครื่องหมายดังกล่าวว่า สิ่งบ่งชี้ธุรกิจ (Business Identifier) ซึ่งหมายถึง เครื่องหมายที่บ่งชี้ถึงตัวธุรกิจเอง ไม่ใช่ตัวสินค้าหรือบริการที่ดำเนินการโดยตัวธุรกิจนั้น<sup>39</sup> ในกรณีนี้เมื่อเปรียบเทียบกับกรอกแบบเครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อบ่งชี้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการของผู้เป็นเจ้าของได้ และหากมีการใช้บนเว็บไซต์อันมีลักษณะเป็นการเผยแพร่หรือโฆษณาอย่างแพร่หลาย สาธารณะชนทั่วโลกสามารถเข้าถึงและรับรู้ได้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จึงมีลักษณะเป็นเครื่องหมายที่บ่งชี้ถึงตัวธุรกิจ แต่ปรากฏผ่านวิธีการออนไลน์บนเว็บไซต์ดังที่องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลกเกี่ยวกับบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป เรียกว่า สิ่งบ่งชี้ธุรกิจ (Business Identifier) ดังนั้น จึงถือว่าเครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์มีลักษณะของการมีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปที่สมควรได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปอย่างเดียวกับเครื่องหมายอื่นเช่นกัน แต่จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดคำนิยามที่ชัดเจนและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาต่อไป

#### 4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันนี้โลกออนไลน์เข้ามามีบทบาทกับการดำเนินชีวิตของผู้บริโภคและผู้ประกอบการมากขึ้นอย่างรวดเร็ว เว็บไซต์เป็นเครื่องมือทางการค้าเปรียบเสมือนหน้าร้านออนไลน์ที่ต้องใช้การลงทุนทางสมอง การเงินและใช้ศาสตร์หลายแขนงในการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ให้ดึงดูดความสนใจและต้องสามารถสื่อสารให้ผู้บริโภคเข้าถึงสินค้าหรือบริการได้ง่ายต้องทำการตลาดมีการออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อให้ผู้บริโภคจดจำและทราบถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายที่ปรากฏบนเว็บไซต์ โดยจากวัตถุประสงค์ในการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จึงควรได้รับการคุ้มครอง

<sup>39</sup>นินนาท บุญเดช, “การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 77.

อย่างเครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) การออกแบบเว็บไซต์ให้สวยงาม น่าดึงดูดใจสร้างความประทับใจต่อภาพลักษณ์ทางธุรกิจ เว็บไซต์จึงมีลักษณะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณะและสามารถเป็นสิ่งบ่งชี้ธุรกิจ (Business Identifier) ทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าจากแหล่งกำเนิดสินค้านั้น การออกแบบเว็บไซต์มีลักษณะที่ผู้บริโภคสามารถรับรู้ได้ทางสายตา ประกอบไปด้วย โลโก้ ชื่อบริษัท สี แบบตัวอักษร กราฟิก การออกแบบและภาพประกอบ เป็นต้น ซึ่งรูปลักษณะโดยรวม คือ รูปลักษณะทั้งหมดและลักษณะภายนอกโดยรวมทั้งหมดเพียงแต่สื่อออกมาบนเว็บไซต์ (Web Dress) ดังนั้น การออกแบบเว็บไซต์จึงสมควรถูกจัดอยู่ในความหมายของรูปลักษณะโดยรวม (Trade Dress) ที่จะสามารถขอรับความคุ้มครองรูปลักษณะโดยรวมได้ แต่เนื่องจากประเทศไทยตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ยังมิได้บัญญัติถึงความหมายคำว่า “เครื่องหมาย” ให้ครอบคลุมถึงรูปลักษณะส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์ ทำให้รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ไม่ใช่เครื่องหมายตามคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ส่งผลให้ไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการตามกฎหมายไทยได้ นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังไม่มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) ทั้งที่การออกแบบเว็บไซต์ คือ การรวมกันเกือบทุกประเภทของเครื่องหมายตามความหมายของ เครื่องหมายตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงปารีส ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า พิธีสารมาดริด กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะ ซึ่งเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการทุกลักษณะจะสามารถได้รับความคุ้มครองได้เหมือนกันหมด เนื่องจากถือว่าสามารถทำหน้าที่ในการบ่งชี้แหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการของผู้เป็นเจ้าของได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า ดังนั้น การออกแบบเว็บไซต์เพื่อใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายเพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการที่อยู่บนเว็บไซต์นั้นเป็นของผู้ประกอบการรายใด ตลอดจนการออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเองหรือเว็บไซต์นั้นได้มีการใช้ เผยแพร่จนแพร่หลาย เป็นที่รู้จักของสาธารณชนในประเทศไทย ทำให้ผู้บริโภคผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นแตกต่างไปจากสินค้าบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์อื่น จึงสมควรที่การออกแบบเว็บไซต์ จะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณะภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยต่อไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) ยังมิได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะจึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาทั้งสิ้นสี่ประการ และมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โดยรวมบนเว็บไซต์ในประเทศไทย เนื่องจากมาตรา 4 ไม่ได้บัญญัติให้ เครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) เป็นเครื่องหมายอันอาจขอยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ส่งผลให้เจ้าของเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ไม่ได้รับความคุ้มครองจากปัญหาการลอกเลียนการออกแบบรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ในลักษณะ ลวงขาย (Passing Off) ผู้ประกอบการต้องเสียรายได้และชื่อเสียง ตลอดจนผู้บริโภคสับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการทำให้ได้รับสินค้าหรือบริการไม่ตรงตามความประสงค์

การพิจารณาภาพรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์อันมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันทางสายตาที่สามารถเชื่อมโยงสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นกับผู้ประกอบการได้ สมควรเป็นเหตุผลที่ใช้ประกอบการพิจารณาว่า การออกแบบเว็บไซต์ใดที่เหมือนหรือคล้ายกันจนสามารถเห็นได้โดยสายตาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา มิใช่การแยกมองแต่ละส่วนประกอบเท่านั้น แต่ต้องมีลักษณะเป็นการมองโดยภาพรวม โดยจำเป็นต้องเทียบให้เห็นเป็นภาพรวมบนเว็บไซต์ว่าเหมือนหรือคล้ายกันจนอาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าของเครื่องหมายรูปลักษณ์ได้

ดังนั้น การบัญญัติหรือการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายรูปลักษณ์ไม่ควรจำกัดในรายละเอียดมากเกินไปจนสมควร เพื่อรองรับกับการให้ความคุ้มครองในสิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ควรเปิดกว้างให้ความคุ้มครองไปถึงส่วนประกอบต่าง ๆ ที่เมื่อมองภาพรวมแล้ว สามารถแยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการได้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ รวมถึงจำเป็นต้องคำนึงถึงบทบาทของการออกแบบเว็บไซต์สำหรับการแข่งขันในตลาดการค้าเป็นสำคัญ

ทั้งนี้ การจดทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์จำเป็นต้องมีการบรรยายถึงองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมที่มีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายรูปลักษณ์อย่างครบถ้วน ดังนั้น เมื่อมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โดยมีการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงการออกแบบเว็บไซต์ นอกจากส่งผลดีต่อผู้ประกอบการที่ลงทุนลงแรงออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะในแบบของตน เพื่อสร้างความประทับใจแก่ผู้บริโภคและสร้างยอดขายแล้ว ยังเป็นการป้องกันมิให้เกิดการลอกเลียนการออกแบบรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ในลักษณะการลวงขายได้อีกด้วย ทำให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าหรือบริการตรงตามความประสงค์ที่แท้จริงและก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม

ประการที่สอง ปัญหาของการให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” “เครื่องหมายการค้า” “เครื่องหมายบริการ” “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม”

เนื่องจากคำจำกัดความของคำว่า “เครื่องหมาย” ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) มาตรา 4 มีการกำหนดคำนิยามที่แคบและเฉพาะ

เจาะจงจนเกินไป ทำให้ขอบเขตการให้ความคุ้มครองไม่ครอบคลุมไปถึงเครื่องหมายรูปลักษณ์ ตลอดจนส่งผลให้เครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองไปด้วย ดังนั้น หากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ต่อไป ควรแก้ไขให้มีความยืดหยุ่นและเปิดกว้าง ไม่จำกัดเพียงสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพื่อให้สามารถนำไปใช้กับการเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจในอนาคตที่จะเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้กฎหมายเครื่องหมายการค้าสามารถปรับเข้ากับสถานการณ์ต่าง ๆ ในอนาคตได้ต่อไป ดังนี้

“เครื่องหมาย ให้หมายความรวมถึง สิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเป็นดังสัญลักษณ์ ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้ อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”

การแก้ไขคำนิยามข้างต้นมีลักษณะเป็นการให้ตัวอย่างสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมาย โดยใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง” แทนคำว่า “หมายความว่าเป็นการจำกัดการให้ความหมาย นอกจากนี้ ยังได้มีการเพิ่มเติมคำว่า “สิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเป็นดังสัญลักษณ์” ทำให้สามารถขยายความคุ้มครองถึงสิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองได้อย่างไม่มีข้อจำกัดเป็นการเปิดกว้างการให้ความคุ้มครองเพื่อที่จะรองรับรูปแบบของเครื่องหมายแบบใหม่โดยมีต้องปรับแก้กฎหมายในประเด็นนี้บ่อยครั้งเกินสมควร ส่งผลให้การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแบบพิเศษบางประเภทที่ได้รับความคุ้มครองในต่างประเทศก็สามารถขอรับความคุ้มครองในประเทศไทยได้ อันเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมายมิให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าแบบอื่นที่จะมีขึ้นในอนาคตในประเทศไทยได้อย่างทั่วถึงและเป็นธรรม รวมถึงทำให้เครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์สามารถได้รับความคุ้มครองได้ต่อไปเพราะมีลักษณะเป็นเครื่องหมายแล้ว

อย่างไรก็ดี คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” “เครื่องหมายบริการ” “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม” คำจำกัดความค่าเหล่านี้ยังไม่กว้างมากพอที่จะครอบคลุมไปถึงการคุ้มครององค์ประกอบรวมในเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ เครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) รูปลักษณ์โดยรวมมีพื้นฐานสำคัญ คือ รูปลักษณ์ทั้งหมดและลักษณะภายนอกโดยรวมทั้งหมด (Total Image and Overall Appearance) รวมทุกองค์ประกอบที่ปรากฏรวมกันบนสื่อใด ๆ โดยอาจมีการกำหนดนิยามของ “เครื่องหมายรูปลักษณ์” ไว้ ดังนี้

“ภาพรวมองค์ประกอบของสินค้าหรือบริการ ภาพลักษณ์ รูปลักษณ์โดยรวมของสินค้า การประกอบกันของส่วนประกอบต่าง ๆ อาจรวมถึงขนาด รูปร่าง รูปภาพ สี กราฟิก โลโก้ คำ ชื่อ ตัวอักษร วิธีการนำเสนอสินค้าหรือบริการ ที่ถือเป็นภาพรวมอันมองเห็นได้ทางสายตาหรือการรวมกัน

ของลักษณะที่ก่อให้เกิดความเชื่อมโยงในความรู้สึกนึกคิดของสาธารณชนกับผู้ผลิตหรือต้นกำเนิดสินค้าหรือบริการที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ เพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างกับสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น ไม่ว่าจะปรากฏในสื่อใดเพื่อใช้ในทางการค้าหรือบริการ”

ประการที่สาม ปัญหาของการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะในรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ เนื่องจากตามมาตรา 7 ยังมีได้มีการกำหนดถึงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายรูปลักษณะ รวมทั้งในส่วนประกอบโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ว่าควรมีขอบเขตแค่ไหนเพียงไร ต้องมีการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายรูปลักษณะอย่างไร และการจะได้ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้นั้นต้องมีการเผยแพร่หรือโฆษณาต่อเนื่องกันและเป็นเวลานานพอสมควรจนสาธารณชนในประเทศไทยรู้จักมากเพียงใด

การคุ้มครองรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้น รูปลักษณะโดยรวมต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยเน้นไปที่ความสามารถในการแยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการผ่านทางเว็บไซต์ มิได้เน้นไปที่เอกลักษณ์ของรูปลักษณะโดยรวมเป็นหลัก เพราะหน้าที่ที่สำคัญของเครื่องหมายการค้า คือ ทำหน้าที่แยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะป็นลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากตัวเองหรือลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ก็ตาม ทั้งนี้ อาจมีการกำหนดให้ต้องพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของภาพรวมองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ให้เพียงพอว่า มีลักษณะโดดเด่นเฉพาะตัว ทั้งการออกแบบ การใช้แบบตัวอักษร สี รูปประดิษฐ์ ข้อความ โลโก้ เสียง ภาพนิ่งและเคลื่อนไหว กราฟิก การจัดวางตำแหน่งปุ่มเมนู แพนผัง วิธีการจัดวางโครงสร้างเว็บไซต์ องค์ประกอบโดยรวมต่าง ๆ สร้างบรรยากาศในการรับรู้และความรู้สึกที่มองภาพรวมแล้ว ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ทันทีว่าเว็บไซต์นี้เป็นของผู้ประกอบการรายใด เป็นการสร้างภาพลักษณ์และความรู้สึกเชื่อมโยงระหว่างผู้บริโภคที่มีต่อเว็บไซต์สะท้อนให้รับทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ การตรวจสอบความมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง ต้องทำการตรวจสอบจากภาพรวม การออกแบบเว็บไซต์ว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ มิใช่ตรวจสอบจากองค์ประกอบเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งที่ปรากฏบนเว็บไซต์ เช่น ต้องมีการตรวจสอบภาพรวมองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ไม่ว่าจะป็นในเรื่องการใช้สีในการตกแต่งสอดคล้องกับสีที่เป็นสัญลักษณ์ประจำที่ใช้ในองค์กรหรือธุรกิจขององค์กร และการมีชื่อร้าน มีโลโก้ มีการจัดวางตำแหน่งปุ่มเมนูและรูปภาพต่าง ๆ ที่ผ่านการคิด วิเคราะห์ถึงตำแหน่งที่เป็นจุดสนใจของผู้บริโภค การกดเข้าไปยังปุ่มเมนูแต่ละปุ่มแล้วจะพบสิ่งใดเป็นลำดับขั้นตอนต่อไป การใช้แบบตัวอักษร ขนาดตัวอักษร การทำกราฟิกที่ดึงดูดความสนใจ สร้างความจดจำ เป็นต้น รวมถึงควรมุ่งพิจารณาจากการเปรียบเทียบระหว่างเว็บไซต์ของคู่กรณีในด้านของความเหมือนคล้ายของเว็บไซต์ การให้บริการของเว็บไซต์ ประเภทของธุรกิจ ภาพรวมของการออกแบบเว็บไซต์ และช่องทางการตลาดด้วย นอกจากนี้ ในการพิจารณาว่าเว็บไซต์นั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้

(Secondary Meaning) หรือไม่ ควรจะพิจารณาจากจำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์ด้วย มิใช่คำนึงถึงปริมาณรายได้ที่ได้รับเท่านั้น<sup>40</sup> ทั้งนี้ จะไม่คุ้มครองไปถึงการออกแบบเว็บไซต์สำเร็จรูปที่สามารถดาวน์โหลดได้ฟรีเพราะกรณีนี้เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์จากการทำซ้ำการออกแบบเว็บไซต์ได้โดยตรง

ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมในวรรคสอง ดังนี้

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามียุทธศาสตร์เฉพาะ ...

(12) ภาพรวมของสิ่งที่มีลักษณะพิเศษขึ้น”

อย่างไรก็ดี การออกแบบเว็บไซต์นั้นอาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ จึงควรแก้ไข มาตรา 7 วรรคสาม ดังนี้ “เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) – (12) หากได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามียุทธศาสตร์เฉพาะ” ในกรณีนี้สมควรต้องกำหนดขอบเขตเรื่องระยะเวลาในการเผยแพร่ และมีวิธีพิสูจน์ถึงความแพร่หลาย เนื่องจากเว็บไซต์สามารถเผยแพร่ทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้ผู้บริโภคทั่วโลกสามารถเข้าไปชมเว็บไซต์ได้เป็นจำนวนมากทั่วโลกภายในเวลาไม่กี่นาที ซึ่งอาจจะถือว่ามี การแพร่หลายในทันทีที่มีการเปิดใช้งานเว็บไซต์ ดังนั้น ในกรณีนี้ภาครัฐจำเป็นต้องขอคำแนะนำเพิ่มเติมทางเทคนิคกับผู้มีความเชี่ยวชาญในระบบคอมพิวเตอร์ และออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่องหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสามต่อไป เช่น มีการทำแบบสำรวจการรับรู้ของผู้บริโภคต่อสินค้าหรือบริการ หรืออาจมีวิธีในการตรวจสอบจำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์จากประชาชนคนไทยหรือต่างชาติ โดยการพิจารณาถึงการเผยแพร่จะพิจารณาเฉพาะสาธารณชนในประเทศไทยเท่านั้นที่รู้จักเว็บไซต์ดังกล่าว และแม้จะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองจากต่างประเทศมาแล้วก็ตาม แต่หากจำนวนสาธารณชนในประเทศไทยยังไม่รู้จักเพียงพอก็อาจถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้

ประการที่สี่ ปัญหาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย จะสามารถเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายได้หรือไม่ และจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) หรือไม่ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือไม่ อย่างไร

<sup>40</sup> อรรถา สังข์สงบ, “แนวทางการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปลักษณะโดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress) ในประเทศสหรัฐอเมริกา,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 12 (มีนาคม 2553): 306.

เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าได้มีการให้อำนาจรัฐมนตรีกำหนดหลักเกณฑ์ การพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ดังนั้น การพิจารณาว่าเครื่องหมายใด เป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ซึ่งตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ ดังกล่าวยังไม่ชัดเจนและยังไม่ได้มีการอธิบายโดยชัดแจ้งว่า ใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาถึงความ แพร่หลาย จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความแพร่หลายให้ชัดเจน เพื่อลดปัญหาการ ใช้ดุลพินิจของของนายทะเบียนในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า การใช้ดุลพินิจ ของคณะกรรมการและศาลยุติธรรมในการพิจารณาว่า เครื่องหมายใดเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียง แพร่หลายทั่วไปหรือไม่ และควรมีการกำหนดความหมายของ “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ให้ชัดเจนไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 ดังนี้

“เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป หมายถึง เครื่องหมายที่มีการจำหน่ายหรือมีการใช้ หรือมีการโฆษณาหรือได้มีการใช้เครื่องหมายโดยวิธีใด ๆ อย่างแพร่หลายตามปกติโดยสุจริตกับสินค้า หรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าของหรือผู้แทนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายนั้น ไม่ว่าในประเทศ หรือต่างประเทศ จนทำให้สาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักเป็นอย่างดี และเครื่องหมายนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์เป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภคชาวไทย”

เมื่อเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีชื่อเสียงแพร่หลายได้รับความคุ้มครอง เช่นเดียวกับกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) แล้ว ควรมีหลักเกณฑ์ที่เป็น มาตรฐานเฉพาะสำหรับการตรวจสอบความแพร่หลายทางเว็บไซต์ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทาง เทคนิคระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อวัตถุประสงค์การรับรู้ ยอมรับในสาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขา ที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย เช่น วัดจากจำนวนผู้กดติดตามเว็บไซต์เป็นหลัก มิใช่แค่จำนวนการคลิก เข้ามาชมเว็บไซต์ซึ่งอาจเป็นการเข้ามาชมโดยบังเอิญและควรมีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความมี ลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองจากการออกแบบบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียง โดยอาจตรวจสอบว่ามีการจ้าง การออกแบบ มีระบบการวิเคราะห์ข้อมูลก่อนที่จะออกแบบเว็บไซต์ ปุ่มเมนู และส่วนประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ กราฟิกและการจัดวางองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ผ่านการคิด วิเคราะห์ การคำนวณ ใช้ความสร้างสรรค์และเงินทุน รวมถึงอาจต้องพิจารณาว่า มีการใช้และทำการตลาดทั้งภายในประเทศ และต่างประเทศตั้งแต่ 1 ปี สำหรับกรณีการพิจารณาถึงความมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ แต่เพื่อให้การบังคับ ใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงควรมีขั้นตอนและสิ่งจำเป็นเพิ่มเติม ดังนี้

1) เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายเชิงบังคับกำหนดหัวข้อหรือรูปแบบที่จำเป็นต้องมีในทุกเว็บไซต์ ซึ่งเป็นของผู้ประกอบการคนไทย เช่น ช่องให้รีวิวสินค้าหรือบริการ เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถ คอมเมนต์รีวิว

ให้ผู้บริโภค รายอื่น ๆ รับทราบ และตัดสินใจได้ว่า สินค้าหรือบริการบนเว็บไซต์นั้นเป็นของผู้ประกอบการรายใด หรือทำปลอมเลียนแบบขึ้นมา ส่งผลให้สาธารณชนจะได้ไม่สับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ

2) รัฐควรเพิ่มจำนวนผู้เชี่ยวชาญระบบคอมพิวเตอร์ คอยสอดส่องเว็บไซต์ที่มีพฤติกรรมเป็นเว็บปลอม (Scam), หรือขายของปลอม (Fake) หากเว็บไซต์ใดผ่านการตรวจสอบแล้วจะมีสัญลักษณ์รับรองปรากฏ เพื่อเพิ่มความน่าเชื่อถือให้แก่เว็บไซต์อีกทางหนึ่ง แต่หากเป็นเว็บปลอมให้ปิดเว็บไซต์

3) เมื่อผู้บริโภคกดซื้อสินค้าใด ๆ ก็ตามของหน้าเว็บไซต์นั้น ข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ชื่อ เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่จัดส่ง จะต้องถูกรอกลงไปบนหน้าเว็บไซต์เพื่อจัดส่งสินค้า ดังนั้น ความปลอดภัยในการซื้อสินค้าหรือบริการบนเว็บไซต์ขอปึงก็เป็นสิ่งสำคัญ เว็บไซต์ที่น่าเชื่อถือจึงควรมีเครื่องมือและระบบที่ช่วยรักษาข้อมูลให้สมบูรณ์และปลอดภัย เพื่อไม่ให้บุคคลภายนอกสามารถฉกฉวยข้อมูลความลับส่วนบุคคลไปใช้

4) ควรมีเว็บไซต์กลางของภาครัฐที่ทำหน้าที่บรรจข้อมูลเว็บไซต์ที่ถูกต้องของหน่วยงานทั้งรัฐและเอกชน รวมถึงบริษัท ห้างร้านต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้ามาค้นหาเว็บไซต์ที่ถูกต้องได้อย่างสะดวก และเป็นการป้องกันการสับสนหลงผิดอีกด้วย

### บรรณานุกรม

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายเครื่องหมายการค้า - สาธารณรัฐประชาชนจีน [Online]. Available URL: [https://www.ipthailand.go.th/images/781/L\\_china\\_8.pdf](https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_china_8.pdf), 2565 (มิถุนายน, 25).
- \_\_\_\_\_. ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง คู่มือการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ฉบับปี พ.ศ. 2565 [Online]. Available URL: [https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2565/TM/TM\\_2565.pdf](https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2565/TM/TM_2565.pdf), 2565 (มกราคม, 5).
- กระทรวงพาณิชย์. ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป [Online]. Available URL: <https://onestopservice.ditp.go.th/download/file/34dip.pdf>, 2565 (มกราคม, 5).
- เครื่องหมายการค้า. เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) [Online]. Available URL: [https://thaitradebrand.com/knowledge/4\\_Well\\_Known\\_Marks.pdf](https://thaitradebrand.com/knowledge/4_Well_Known_Marks.pdf), 2566 (มีนาคม, 8).
- ชวจารี เรียวแรงกุลศล. “กฎหมายเครื่องหมายการค้ากับการคุ้มครอง เครื่องหมายรูปลักษณะ.” *สุทธิปริทัศน์* 30, 96 (ตุลาคม-ธันวาคม 2559): 190.
- นินนาท บุญยเดช. “การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศ.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์*, 2552.
- นลินทร ชาตศิริ. “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2539.
- ไพศาล ลิ้มสถิตย์, จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์ และจุมพล แดงสกุล. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการมาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาเครื่องหมายการค้า ที่มีความคล้ายคลึงกับเครื่องหมายของเครื่องหมายแอลกอฮอล์ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า และข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ [Online]. Available URL: <https://cas.or.th/?p=8053>, 2565 (มิถุนายน, 25).
- อรพัทธ์ วงศาโรจน์. “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีการตกแต่งร้าน.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ*, 2556.
- อรรยา สิงห์สงบ. “แนวทางการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปลักษณะโดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress) ในประเทศสหรัฐอเมริกา.” *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ* ครอบคลุม 12, 15 (มีนาคม 2553): 306.

- Thai Franchise Center. **ตั้งโดนก๊อป! Cafe'Amazon (ไทย) vs CaféAmazing (กัมพูชา)** [Online]. Available URL: <https://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=3075,2565> (พฤศจิกายน, 2).
- WAIWY4.0. **แนะนำวิธีดูเว็บปลอมหน่วยงานรัฐ มิจฉาชีพใช้หลอกติดตั้งแอปมัลแวร์ พร้อมยกตัวอย่างเทียบของจริง** [Online]. Available URL: <https://droidsans.com/fake-thai-site-for-malware-download-examples/>, 2566 (กุมภาพันธ์, 10).
- Bao, Xuri. **China: Strengthening trade dress protection in China** [Online]. Available URL: <https://www.worldtrademarkreview.com/portfolio-management/china-strengthening-trade-dress-protection-china>, 2017 (May, 1).
- Batzella, Laura and Fredrick Xie. **China: [China IP] Chanel N.5: Bottle Shape Is Protected, Packaging No** [Online]. Available URL: <https://www.mondaq.com/china/trademark/1192488/china-ip-chanel-n5-bottle-shape-is-protected-packaging-no>, 2022 (May, 12).
- Brand Buffet Team (CMMU Insights). **วิเคราะห์ แบนด์ Cafe Amazon และ The Amazon's Embrace** [Online]. Available URL: <http://www.brandbuffet.in.th/2013/08/brand-analysis-cafe-amazon-embrace/>, 2565 (พฤศจิกายน, 2).
- Cooper, Cheryl. **Can trade dress protect your website from copycats?** [Online]. Available URL: <https://www.whitehouse-cooper.com/can-trade-dress-protect-website-copycats/>, 2022 (May, 14).
- Federal Register. **Changes to Implement Provisions of the Trademark Modernization Act of 2020** [Online]. Available URL: <https://www.federalregister.gov/documents/2021/11/17/2021-24926/changes-to-implement-provisions-of-the-trademark-modernization-act-of>, 2020 (May, 21).
- Gambino, Darius C. and William L. Bartow. **Trade Dress: Evolution Strategy and Practice**. UK: Oxford University Press, 2013.
- Ghajar, Bobby and Lori Levine. **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC** [Online]. Available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e2ff965-b395-4fc5-b885-eeb2b2a17741>, 2023 (March, 10).
- Inwood Laboratories v. Ives Laboratories, 456 U.S. 844 (1982).

- Justia. **Express Lien Inc v. Nationwide Notice Inc, No. 2:2016cv02926 - Document 42 (E.D. La. 2017)** [Online]. Available URL: <https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/louisiana/laedce/2:2016cv02926/176364/42/>, 2021 (March, 25).
- Justia. **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC et al, No. 3:2013cv01806-Document 67 (N.D. Cal. 2014)** [Online]. Available URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2013cv01806/265474/67/>, 2021 (March, 25).
- Labs, Lepton. **LLC v. Walker et al., case number 2: 14-cv-04836 in the U.S. District Court for the Central District of California (filed September 23, 2014)** [Online]. Available URL: <https://docs.justia.com/cases/federal/districtcourts/california/cacdce/2:2014cv04836/592641/27>, 2020 (May, 18).
- Locke, Scott D. **Trade Dress in the age of e-commerce: The challenge of protecting the “look and feel” of website and mobile apps** [Online]. Available URL: <https://dorflaw.com/wp-content/uploads/2017/09/201709015-Trade-Dress-of-Websites.pdf>, 2022 (April, 13).
- Moga, Thomas T. **Design Patents vs. Trade Dress: Protecting IP in China** [Online]. Available URL: <https://www.chinabusinessreview.com/design-patents-vs-trade-dress-protecting-ip-in-china/>, 2020 (July, 31).
- Mohr, Stephen F. and Glenn Michell. **Functionality of trade dress : a review and analysis of U.S. case law**. New York: International Trademark Association, 1994.
- Roulo v. Russ Berrie & Co., 886 F. 2d 931, 937. 12 U.S.P.Q. 2d (BNA) 705, 725 (7<sup>th</sup> Cir. 1989).
- Sandberg, Scott C. “Trade Dress: What does it mean?.” **Franchise Law Journal** 29, 1 (Summer 2009): 2.
- SG Servs. v. God’s Girls Inc., 2007 U.S. Dist. LEXIS 61970 (C.D. Cal. May 9, 2007).
- Shanahan, Dan R. **Australian Trade Mark Law and Practice**. New South Wales: Star Printery Pty. Ltd., 1982.
- Tools USA & Equip. Co. v. Champ Frame Straightening Equip. Co., 87 F. 3d 654, 662, 39 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1355, 1357 (4th Cir. 1996).
- The Trademark Modernization Act of 2020 as incorporated in Consolidated Appropriations Act, 2021 (Public Law 116-260, Subtitle B, Section 221).

TraFFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001).

Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc., 529 U.S. 205 (2000).

Zhu, Chanyuan. **Getting creative: when to protect trade dress under trademark or competition law** [Online]. Available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ae0d70eb-9755-4425-9e08-8a18f502718e>, 2020 (September, 24).

505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753, 120 L.Ed.2d 615 (1992).

