

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่: ศึกษากรณีเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา

Legal Problems on the Protection of New Type Trademarks: A Case Study of Invisible Signs

เสลินา นิมสุวรรณ์¹

ภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

50 ถนนงามวงศ์วาน เขตจตุจักร กรุงเทพฯ 10900 เมลิตติดต่อ: nimsuwansn@gmail.com

Sasina Nimsuwan

Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University

50 Ngamwongwan Road, Chatuchak, Bangkok 10900 E-mail: nimsuwansn@gmail.com

Received: February 17, 2025; Revised: August 7, 2025; Accepted: September 24, 2025

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาข้อความคิดทั่วไป แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา ศึกษาหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย วิเคราะห์ปัญหากฎหมายและผลกระทบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย และเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองโดยมุ่งเน้นศึกษาเครื่องหมายกลิ่น เครื่องหมายรสชาติ และเครื่องหมายผิวสัมผัส ผลการศึกษาพบว่า การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาไม่ขัดต่อแนวคิดและทฤษฎีในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายฉบับที่จำเป็นต้องขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองในขณะที่ยังไม่มีความพร้อม เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบันได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้อย่างสอดคล้องกับมาตรฐานสากลแล้ว ผู้วิจัยเสนอแนะให้แก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในส่วนของคำนิยามของเครื่องหมายในมาตรา 4 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 และลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายตามมาตรา 8 รวมถึงปรับปรุงคู่มือการพิจารณาจดทะเบียน

¹ อาจารย์ประจำภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ (Lecturer, Department of Law, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University)



เครื่องหมายการค้า นอกจากนี้ ควรมีการเตรียมความพร้อมด้านสถานที่ เทคโนโลยี เครื่องมือ อุปกรณ์ และบุคลากรที่จำเป็นในการพิจารณารับจดทะเบียน ตลอดจนพัฒนาศักยภาพของผู้ประกอบการไทย เพื่อรองรับการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองในอนาคตหากมีความจำเป็น

คำสำคัญ: เครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ เครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา เครื่องหมายกลิ่น เครื่องหมายรสชาติ เครื่องหมายผิวสัมผัส

Abstract

This research aims to study general concepts, ideas, and theories related to the protection of new type of trademarks; examine the criteria for protection under international agreements, foreign laws, and Thai law; analyse legal issues and impacts concerning the protection of invisible trademarks under the Trademark Act B.E. 2534 and propose appropriate guidelines for protection. The study focuses on scent marks, taste marks, and tactile marks. The findings reveal that protecting new types of invisible trademarks does not contradict trademark concepts and theories. However, Thailand has no urgent need to expand its scope of protection while lacking readiness, as the current Trademark Act already provides criteria and scope of trademark protection consistent with international standards. The researcher recommends amending the Trademark Act B.E. 2534 in terms of the definition of trademarks in Section 4, distinctiveness criteria in Section 7, and prohibited characteristics in Section 8. The trademark examination manual should also be updated. Furthermore, preparations should be made in terms of facilities, technology, tools, equipment, and personnel necessary for trademark registration examination. The capabilities of Thai entrepreneurs should also be developed to accommodate potential expansion of trademark protection in the future if necessary

Keywords: New Type Trademarks, Invisible Marks, Smell Marks, Taste marks, Tactile Marks



1. บทนำ

เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่มีบทบาทอย่างยิ่งในทางธุรกิจและการสร้างภาพลักษณ์ให้แก่ตราสินค้า (Brand)² นอกจากนี้ยังป้องกันไม่ให้เกิดการสับสน หรือหลอกลวงในแหล่งกำเนิดของสินค้า³ ทั้งยังช่วยลดต้นทุนการสืบเสาะ (Search Cost) ซึ่งจะช่วยให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าหรือบริการ และทำให้ผู้บริโภคเกิดความภักดีในตราสินค้า⁴

เนื่องด้วยพัฒนาการทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยี ส่งผลให้ทางเลือกของผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้ามีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น บรรดาผู้ประกอบการจึงกำหนดกลยุทธ์ในการดึงดูดความสนใจเพื่อให้ผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้าของตน⁵ โดยหนึ่งในกลยุทธ์ที่ถูกนำมาใช้ ได้แก่ การให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ (Non-Traditional Trade Marks: NTTMs ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า NTTMs) ซึ่งมีลักษณะเป็นการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้ครอบคลุมทุกการรับรู้โดยประสาทสัมผัสของมนุษย์ (Human Perceived) แนวคิดในการให้ความคุ้มครอง NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาจึงเกิดขึ้น⁶

แม้ว่าในอดีต NTTMs จะยังไม่ได้ถูกรับรองภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าอย่างชัดเจน แต่ก็ยังพบว่ามีการนำ NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถเห็นประจักษ์ด้วยตามาใช้ประโยชน์เพื่อสร้างความน่าสนใจและดึงดูดผู้บริโภค⁷ อาทิ การยื่นคำรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของบริษัท Harley Davidson ที่บริษัทผู้ยื่นคำขอละทิ้งคำขอรับจดทะเบียน⁸ แต่นำเสนอข่าว

² World Intellectual Property Organization, "The Economics of Trademarks," in *World Intellectual Property Report 2013: Brands - Reputation and Image in the Global Marketplace* (Geneva: World Intellectual Property Organization, 2013), 81-108.

³ Ashwin Bhagwan, Nishad Kulkarni, and Prathap Ramanujam, "Economic Rationale for Extending Protection to Smell Marks," 3-4, accessed February 17, 2025, <https://ssrn.com/abstract=1027281>.

⁴ Tarun Bhatia and Prashant Khurana, "Economic Aspect of Trademark," 5, accessed February 11, 2025, <https://ssrn.com/abstract=3681387>.

⁵ Gevers, "Non-Conventional Trademarks Article #2: Trademarks that Stimulate the Senses," Gevers Blog, accessed January 25, 2025, <https://www.gevers.eu/blog/trademarks/non-conventional-trademarks-trademarks-that-stimulate-the-senses/>.

⁶ Karki, Madan Mohan Singh, "Non-Traditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress," *Journal of Intellectual Property Rights* 10 (2005): 499.

⁷ *Ibid.*

⁸ James P. Flynn, "Recent Noise Over Acoustic Trademarks," *The National Law Review* 14, no. 69 (2022), accessed March 10, 2024, <https://www.natlawreview.com/article/recent-noise-over-acoustic-trademarks>.

การขอรับจดทะเบียนเพื่อประโยชน์ในการโฆษณาสินค้า⁹

การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปแบบใหม่ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในการประชุมครั้งที่ 15 ของคณะกรรมการว่าด้วยเครื่องหมายการค้า การออกแบบอุตสาหกรรม และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) ที่ได้มอบหมายให้สำนักงานระหว่างประเทศ (International Bureau) จัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปแบบใหม่¹⁰ โดยเอกสารการประชุมครั้งที่ 16 ได้มีการแบ่งเครื่องหมายรูปแบบใหม่ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) เครื่องหมายที่สามารถมองเห็นประจักษ์ตา (Visible Signs) เช่น เครื่องหมายการค้าแบบสามมิติ เครื่องหมายสี เครื่องหมายภาพสามมิติ เครื่องหมายสโลแกน เครื่องหมายภาพเคลื่อนไหว หรือเครื่องหมายตำแหน่ง และ (2) เครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา (Invisible Signs) ได้แก่ เครื่องหมายเสียง เครื่องหมายกลิ่น เครื่องหมายรสชาติ เครื่องหมายผิวสัมผัส¹¹

จากการศึกษาพบว่า การให้ความคุ้มครอง NTTMs โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา ยังมีข้อจำกัดอีกหลายประการในการให้ความคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประเทศไทยที่มีข้อจำกัดทั้งในทางกฎหมายและขั้นตอนการจดทะเบียน จึงทำให้ปัจจุบันประเทศไทยให้ความคุ้มครองได้แต่เฉพาะเครื่องหมายเสียงเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบาทของเครื่องหมายการค้าในทางเศรษฐกิจประกอบกับความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศไทย การกำหนดให้ความคุ้มครอง NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา โดยเฉพาะกรณีของเครื่องหมายกลิ่นและเครื่องหมายรสชาติย่อมเปิดโอกาสให้แก่ผู้ประกอบการในการที่จะใช้เครื่องหมายดังกล่าวสร้างความโดดเด่นและดึงดูดผู้บริโภคได้ ดังจะเห็นได้จากบทความวิชาการของ Lena Goldkuhl และ Maria Ek Styvén เรื่อง “Sensing the scent of service success” พบว่ามนุษย์สามารถเชื่อมโยงกลิ่นและรสชาติเข้ากับอารมณ์ ความรู้สึก และการก่อตัวของความทรงจำระยะยาว

⁹ Michael B. Sapherstein, “The Trademark Registrability of the Harley-Davidson Roar: A Multimedia Analysis,” Boston College Intellectual Property & Technology Forum, accessed July 11, 2025, <https://lira.bc.edu/files/pdf?fileid=c7b68b8a-2456-4e1f-b00b-ac33af03539b>.

¹⁰ World Intellectual Property Organization, “Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications,” accessed February 17, 2025, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_15/sct_15_4.pdf.

¹¹ World Intellectual Property Organization, “Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications,” accessed July 4, 2025, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_16/sct_16_2.pdf.



ได้¹² ด้วยเหตุนี้ จึงมีการนำสิ่งเหล่านี้มาใช้เป็นเครื่องมือในการดึงดูดผู้บริโภค เหมือนดังเช่นกรณีของพิพิธภัณฑ์ Jorvik Viking Centre ที่ใช้กลิ่นเพื่อจำลองบรรยากาศยุคไวกิงเพื่อสร้างประสบการณ์ให้แก่นักท่องเที่ยว หรือการใช้กลิ่นเพื่อสร้างความจดจำและจูงใจให้นักท่องเที่ยวกลับมายังโรงแรมหรือห้างสรรพสินค้า¹³ อย่างไรก็ตาม ไม่อาจปฏิเสธได้เช่นกันว่าการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าก็อาจนำมาซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการผูกขาดสิทธิและอาจทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงได้กำหนดโจทย์วิจัยว่าประเทศไทยควรให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาหรือไม่ และแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าประเภทดังกล่าวควรเป็นอย่างไร¹⁴ โดยบทความวิจัยฉบับนี้จะนำเสนอผลการวิจัย โดยจำกัดเฉพาะในส่วนข้อค้นพบทางกฎหมายซึ่งจะกล่าวถึงข้อค้นพบจากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา พร้อมเสนอแนะแนวทางในการพัฒนากฎหมาย รวมถึงข้อเสนอแนะเชิงนโยบายตามลำดับ

2. ผลการวิจัย

เครื่องหมาย (Marks) เป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นมานับแต่ยุคดึกดำบรรพ์และถูกใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการสื่อสารและปรากฏในหลายรูปแบบ รวมถึงการใช้เป็นเครื่องมือที่ใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้า/บริการหนึ่งออกจากสินค้า/บริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น¹⁵ รวมถึงการรับรองคุณภาพและระบุแหล่งที่มาของสินค้าซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการกำหนดความรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องของสินค้าและสร้างชื่อเสียงให้แก่ผู้ผลิตสินค้า¹⁶

¹² Rachel S. Herz, "The Role of Odor-Evoked Memory in Psychological and Physiological Health," *Brain Sciences* 6, no. 3 (2016): 22, <https://doi.org/10.3390/brainsci6030022>.

¹³ Leif Goldkuhl and Mikael Styvén, "Sensing the Scent of Service Success," *European Journal of Marketing* 41, no. 11/12 (2007): 1298, <https://doi.org/10.1108/03090560710821189>.

¹⁴ แม้ในงานวิจัยฉบับสมบูรณ์จะได้มีการกล่าวถึงการวิเคราะห์ความพร้อมของหน่วยงานในการพิจารณาขอรับจดทะเบียนเอาไว้ก็ตาม แต่บทความฉบับนี้จะไม่ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด โดยผู้ที่สนใจสามารถศึกษาได้จาก เสลินา นิมสุวรรณ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่: ศึกษากรณีเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2568), 154 – 161.

¹⁵ Supanit Paeruag and Munin Pongsapan, "Problems of Non-traditional Trademarks Protection under Thai Law: A Case Study of Motion and Multimedia Marks," (PhD diss., Thammasat University, 2020), 21.

¹⁶ วี เมธาประยูร, "การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าสาขาตีในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), 5.

แต่เนื่องจากมีการลอกเลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นเพื่อหวังจะแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจจากชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าอื่นอันนำมาซึ่งความสับสนและหลงผิดในแหล่งกำเนิดสินค้าจนส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคและผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวคิดในการมอบสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) และสร้างระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า¹⁷

ในอดีต การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะเครื่องหมายที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา เช่น ตรา สัญลักษณ์ คำ ข้อความ เป็นต้น แต่ด้วยการพัฒนาเศรษฐกิจและเทคโนโลยีส่งผลให้ผู้บริโภคมีทางเลือกในการเลือกซื้อสินค้าที่มีความหลากหลายยิ่งขึ้น ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องสัมผัสจับต้องสินค้าทางกายภาพก่อนเลือกซื้อสินค้าเหมือนดังเช่นในอดีต ผู้ประกอบการ จึงต้องนำกลยุทธ์มากมายมาปรับใช้ในการประกอบธุรกิจ โดย NTTMs เป็นหนึ่งในกลยุทธ์ที่ถูกนำมาใช้ โดยแนวคิดการให้ความคุ้มครอง NTTMs เกิดจากความพยายามในการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายให้ครอบคลุมการรับรู้โดยประสาทสัมผัสของมนุษย์¹⁸



ภาพ 1 การรับรู้โดยประสาทสัมผัสของมนุษย์¹⁹

¹⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559), 259-260.

¹⁸ Karki, "Non-Traditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress." 499.

¹⁹ Gevers, " "Non-Conventional Trademarks Article #2: Trademarks that Stimulate the Senses," Gevers Blog."



อย่างไรก็ดี การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา หรือ NTTMs ยังมีประเด็นปัญหาและข้อจำกัดที่ต้องพิจารณาอีกหลายประการ โดยส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงผลการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีการให้ความคุ้มครอง NTTMs, การให้ความคุ้มครอง NTTMs ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ จากนั้นจะได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครอง NTTMs ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และประเทศไทยต่อไป

2.1 แนวคิดในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่

แนวคิดการให้ความคุ้มครอง NTTMs ปรากฏขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในช่วงปลายทศวรรษ 1990 แม้ในช่วงเวลาดังกล่าวจะยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองการให้ความคุ้มครอง NTTMs เอาไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครอง NTTMs หลายประการ²⁰ เช่น การคุ้มครอง NTTMs เป็นการคุ้มครองที่เกินกว่ามาตรฐานสากล, เป็นการคุ้มครองที่ไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน, มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงออกซึ่งหน้าที่ของเครื่องหมาย เป็นต้น แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่ามีการใช้เครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาหลายประเภทเป็นเครื่องมือในการสร้างความน่าสนใจและดึงดูดผู้บริโภค และช่วงชิงความได้เปรียบเหนือผู้ประกอบการรายอื่น²¹

ผลการวิจัย พบว่า NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาไม่ใช่ทางเลือกแรกที่ใช้ผู้ประกอบการใช้ในการดำเนินธุรกิจ หากแต่เป็นทางเลือกที่ใช้เพื่อเสริมสร้างมูลค่าของเครื่องหมายการค้าหลักเท่านั้น²² นอกจากนี้ แม้ว่า NTTMs บางประเภทจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ผู้ประกอบการก็ยังสามารถแสวงหาประโยชน์จากการใช้ NTTMs เพื่อการโฆษณาประชาสัมพันธ์ได้ เหมือนดังเช่นกรณีของบริษัท Harley-Davidson ที่นำข่าวการยื่นคำขอจดทะเบียนเสียงเครื่องยนต์เพื่อใช้ในการโฆษณาและประชาสัมพันธ์สินค้า²³ อนึ่ง ในการขอจดทะเบียนเสียงเครื่องยนต์ของบริษัท Harley Davidson หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ศาลสหรัฐอเมริกาใช้ในการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะพบว่าเสียงดังกล่าวเป็นเสียงที่เกิดขึ้นโดยปกติจากการทำงานของเครื่องยนต์จึงต้องถือว่าขาดลักษณะบ่งเฉพาะ²⁴

²⁰ Christophe Schaal, "The Registration of Smell Trademarks in Europe: Another EU Harmonisation Challenge," accessed February 24, 2024, <https://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>.

²¹ Karki, "Non-Traditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress." 499.

²² คณิตพัฒน์ นาคะรัต, "ประเด็นท้าทายในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติ," วิทยานพนธ์ดุสิตบัณฑิต (คณะนิติศาสตร์สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2566), 135.

²³ Flynn, "Recent Noise Over Acoustic Trademarks."

²⁴ John Gabrielides and Tom Williams, "The Sound of Unconventional Marks in the United States," *World Trademark Review* (2007): 94-95.

2.2 การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ

จากการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) พบว่าไม่ได้มีการกำหนดพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่ NTMs เอาไว้แต่อย่างใด หากแต่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเอาไว้เท่านั้น ดังนั้น การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ NTMs จึงไม่ถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อพันธกรณีของอนุสัญญาทั้งสองฉบับแต่อย่างใด

ในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวถึงการให้ความคุ้มครอง NTMs เอาไว้โดยตรง ได้แก่ สนธิสัญญาเครื่องหมายการค้า (The Trademark Law Treaty: TLT) และสนธิสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยกฎหมายเครื่องหมายการค้า (The Singapore Treaty on the Law of Trademarks: STLT) แม้จะมีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารวมถึงกรณีของ NTMs ก็ตาม แต่ประเทศไทยก็ได้เป็นสมาชิกของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ นอกจากนี้ ทั้ง TLT และ STLT ก็ได้กำหนดพันธกรณีเชิงบังคับให้ประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครอง NTMs เอาไว้ คงมีแต่เพียงการกำหนดเงื่อนไขขั้นสูง (Maximum Requirements) ว่าประเทศสมาชิกจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไขที่เป็นภาระเกินสมควรไปจากที่ STLT กำหนดไว้เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ประเทศสมาชิกจึงมีสิทธิออกแบบและกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าได้อย่างอิสระ²⁵

²⁵ World Intellectual Property Organization, *Singapore Treaty on the Law Trademarks (STLT): Question and Answers* (Geneva: World Intellectual Property Organization, 2011), 1.



2.3 การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาตามกฎหมายของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และประเทศไทย

ตามที่คุณวิจัยได้กล่าวในข้อ 2.2 จะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศต่างมีอิสระที่จะกำหนดแนวทางและขอบเขตให้ความคุ้มครอง NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาหรือไม่ก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่เป็นการคุ้มครองที่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้ ทำให้ แนวทาง และขอบเขตการให้ความคุ้มครอง NTMs ของแต่ละประเทศจึงแตกต่างกันออกไป โดยในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมาย ตลอดจนคำวินิจฉัยและคำพิพากษาที่สำคัญเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครอง NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา

2.3.1 คำนิยามและขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงคำนิยามและขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และประเทศไทยตามลำดับดังนี้

1) สหภาพยุโรป

เมื่อพิจารณา Directive (EU) 2015/2436 ซึ่งเป็นเครื่องมือกำหนดกรอบและแนวทางในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป²⁶ ได้มีการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายเอาไว้ในข้อ 3 โดยบัญญัติว่า

“ข้อ 3 เครื่องหมายที่อาจเป็นเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าอาจประกอบด้วยสัญลักษณ์ใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำ (Words) ซึ่งรวมถึงชื่อบุคคล (Personal Names) หรือการออกแบบ (Designs) ตัวอักษร (Letters) ตัวเลข (Numerals) สี (Colours) รูปร่างของสินค้า (Shape of Goods) หรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า (Packaging of Goods) หรือเสียง (Sounds) ภายใต้เงื่อนไขว่าสัญลักษณ์นั้นสามารถ:

(เอ) แยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการหนึ่ง ออกจากสินค้าหรือบริการอื่น และ (บี) แสดงให้เห็นที่ปรากฏได้ในขั้นตอนการจดทะเบียน ในลักษณะที่ทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องและสาธารณชนเข้าใจอย่างชัดเจน (Clear) และแม่นยำ (Precise) ถึงสาระสำคัญของความคุ้มครองที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับ”²⁷

²⁶ เกวลิน ดิยะจามร, “การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแบบสัมผัส,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563), 76 - 77.

²⁷ Article 3 of Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council.

จะเห็นได้ว่าเครื่องหมายทุกชนิด รวมถึง NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ ด้วยตาตั้งเช่นกรณีของเครื่องหมายกลิ่น รสชาติ หรือผิวสัมผัส ย่อมเป็นสิ่งที่อยู่ในขอบเขตที่ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดให้ความคุ้มครองตาม Directive (EU) 2015/2436 หากปรากฏว่าเครื่องหมายดังกล่าวสามารถทำหน้าที่ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ และผู้ยื่นคำขอสามารถแสดงสาระสำคัญของเครื่องหมายประเภทนั้นให้ปรากฏต่อนายทะเบียนและสาธารณชนได้อย่างชัดเจนและแม่นยำ

2) สหรัฐอเมริกา

ในกรณีของสหรัฐอเมริกา หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 45 แห่ง Lanham Act พบว่ามีการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าเอาไว้ว่า

มาตรา 45 เครื่องหมายการค้า ให้หมายความรวมถึง คำ ชื่อ สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายใด ๆ หรือการรวมกันของสิ่งเหล่านี้ ซึ่ง

(1) ใช้โดยบุคคล หรือ

(2) บุคคลมีเจตนาโดยสุจริตที่จะใช้ในการค้าและได้นำมาขึ้นขอจดทะเบียนภายใต้บทบัญญัตินี้

เพื่อระบุและแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของผู้ยื่นคำขอออกจากสินค้าที่ผลิตหรือขายโดยบุคคลอื่น และเพื่อแสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า แม้ว่าแหล่งกำเนิดนั้นจะไม่ใช่ที่รู้จักก็ตาม

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกามีการกำหนดนิยามของเครื่องหมายการค้าเอาไว้อย่างกว้าง โดยจะเห็นได้จากถ้อยคำว่า “ให้หมายความรวมถึง” และ “เครื่องหมายใด ๆ” ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่ปรากฏในมาตรา 45 ที่กล่าวถึง คำ ชื่อ สัญลักษณ์ ย่อมเป็นเพียงการยกตัวอย่างสิ่งที่อาจจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่าเครื่องหมายทุกประเภทที่บุคคลใช้หรือมีเจตนาจะใช้ในทางการค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและแสดงแหล่งกำเนิดของสินค้านั้นย่อมถือเป็นเครื่องหมายการค้าที่อาจจดทะเบียนได้ภายใต้คำนิยามที่ปรากฏในมาตรา 45 แห่ง Lanham Act ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาและที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา



3) ประเทศไทย

ในกรณีของประเทศไทย หากพิจารณาคำนิยามของเครื่องหมายตาม มาตรา 4 จะเห็นว่า มีการบัญญัติคำนิยามของเครื่องหมายจำกัดเอาไว้อย่างแคบ เห็นได้จากการใช้ถ้อยคำว่า “หมายความว่า” ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่ไม่ถูกระบุเอาไว้ในคำนิยามจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นเครื่องหมาย และไม่สามารถขอรับจดทะเบียนได้อย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 ที่บังคับใช้ในอดีตกลับพบว่ามีการกำหนดคำนิยามเอาไว้กว้างสอดคล้องกับ The Trade Mark Act 1905 ของประเทศอังกฤษ²⁸

ตาราง 1 เปรียบเทียบคำนิยามของเครื่องหมายตาม พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 และ พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 (มาตรา 3)	พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (มาตรา 4)
ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัตินี้ (ถ้า ตัวบทมิได้แสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น) คำว่า “เครื่องหมาย” ให้กินความหมายถึง ภาพอันคิด ขึ้น ตราคำจำหน่าย ใบสลาก ตัว นาม ลายมือชื่อ คำ ตัวหนังสือ ตัวเลข หรือชุมนุมแห่งสิ่งเหล่านี้ ²⁹	เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพ วาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของ สี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือ สิ่งเหล่านี้ อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

จากตารางข้างต้น จะเห็นได้ว่าในอดีตกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า
ของประเทศไทยก็ได้บัญญัติคำนิยามของเครื่องหมายเอาไว้อย่างแคบเหมือนดังที่ปรากฏใน
มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบัน และหากพิจารณาตามความใน
มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 ก็จะได้ว่าสามารถตีความ
เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ NTTMs ได้ทุกประเภท

²⁸ เกวลิน ดิยะจามร, “การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าสัมผัส (Tactile Mark),” 38-39.

²⁹ บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับมาตรา 3 แห่ง The Trade Mark Act 1905 ที่บัญญัติว่า “in and for the Purpose of this Act (Unless the Context otherwise Requires) a ‘Mark’ shall include a device, brand, heading, label, ticket, name, signature, word, letter, numeral, or any combination thereof.”

2.3.2 หลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา

จากการศึกษาพบว่าทั้งสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และประเทศไทยต่างกำหนดเงื่อนไขการขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเอาไว้ในลักษณะเช่นเดียวกัน โดยจะต้องปรากฏว่าเครื่องหมายดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย และไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่ผู้อื่นได้จดทะเบียนเอาไว้ก่อนแล้ว อย่างไรก็ตาม คงมีความแตกต่างบางประการในด้านรายละเอียด โดยจะได้กล่าวตามลำดับดังนี้

1) สหภาพยุโรป

ในกรณีของสหภาพยุโรปมีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมเอาไว้ในมาตรา 3(b) แห่ง Directive (EU) 2015/2436 โดยผู้ยื่นคำขอจะต้อง “แสดงให้เห็นที่เป็นที่ปรากฏได้ในขั้นตอนการจดทะเบียนในลักษณะที่ทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องและสาธารณชนเข้าใจอย่างชัดเจน (Clear) และแม่นยำ (Precise) ถึงสาระสำคัญของความคุ้มครองที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับ” โดยหลักการข้างต้นกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอมิหน้าที่ต้องแสดงสาระสำคัญของเครื่องหมายให้ปรากฏต่อนายทะเบียนและสาธารณชนด้วยวิธีการใด ๆ ที่เหมาะสมต่อเครื่องหมายประเภทที่ยื่นคำขอ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องแสดงออกให้รูปแบบที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเท่านั้น

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ Directive (EU) 2015/2436 นั้น ผู้ยื่นขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ามีหน้าที่จะต้องแสดงเครื่องหมายการค้าให้ปรากฏอย่างเป็นรูปธรรม (Graphical Representation)³⁰ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขดังกล่าวได้กลายเป็นอุปสรรคต่อการรับจดทะเบียนเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา เพราะผู้ยื่นคำขอมิภาระการพิสูจน์ที่จะต้องทำให้นายทะเบียนรับรู้ถึงสาระสำคัญของเครื่องหมาย³¹ นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2002 ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice: ECJ) ยังได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมเอา เรียกว่าหลักการ Sieckmann ซึ่งเกิดจากคดี Ralf Sieckmann v Deutsches Patent- und Markenamt³² ภายใต้หลักการ Sieckmann ผู้ยื่นคำขอรับจดทะเบียน

³⁰ Simon Geiregat, “Trade Mark Protection for Smells, Tastes and Feels—Critical Analysis of Three Non-Visual Signs in the EU,” *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law* 53, no. 2 (2022): 225.

³¹ Gregory E. Brill, “Make Some Sense of Scent Trademarks: The United States Needs a Graphical Representation Requirement,” *University of Richmond Law Review* 56, no. 5 (2022): 19-45.

³² Sieckmann v. Deutsches Patent- Und Markenamt, Case C-273/00.



เครื่องหมายการค้าจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏถึงสาระสำคัญของเครื่องหมายได้อย่างชัดเจน (Clear) ถูกต้อง (Precise) มีความสมบูรณ์ในตัวเอง (Self-Contained) เข้าถึงได้โดยง่ายและเข้าใจได้ง่าย (Easily Accessible and Intelligible) คงทน (Durable) และ เป็นรูปธรรม (Objective Manner)

แม้ว่า ECJ จะเห็นว่าการรับจดทะเบียน NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็น ประจักษ์ด้วยตาเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ก็ตาม แต่การกำหนดเงื่อนไขการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมเอาไว้ตามหลักการ Sieckmann ได้กลายเป็นอุปสรรคในการยื่นคำขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาเป็นอย่างมาก³³

อนึ่ง แม้ว่าในระยะต่อมามีการประกาศใช้ Directive (EU) 2015/2436 ที่มีสาระสำคัญในการลดภาระหน้าที่ของผู้ยื่นคำขอที่จะต้องแสดงสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าให้ปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมลงโดยกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอต้องแสดงถึงสาระสำคัญของเครื่องหมายอย่างชัดเจน (Clear) และแม่นยำ (Precise) และสามารถทำให้ปรากฏในรูปแบบที่เหมาะสมกับเครื่องหมายแต่ละประเภทได้ก็ตาม แต่หลักการ Sieckmann ก็ยังมีอิทธิพลต่อการพิจารณาสำหรับการรับจดทะเบียน NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา³⁴

2) สหรัฐอเมริกา

ในกรณีของสหรัฐอเมริกา พบว่าหลักการสำคัญที่เป็นอุปสรรคในการรับจดทะเบียน NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา ได้แก่ ประเด็นเกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะ และลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเกี่ยวกับเครื่องหมายที่ประกอบด้วยสิ่งที่เป็นองค์ประกอบหน้าที่ (Functional) ของสินค้าที่ถือเป็นลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 2(e) แห่ง Lanham Act โดยหลักการดังกล่าวถูกพัฒนาขึ้นจากคำพิพากษาคดี Kellogg Co. v. National Biscuit Co. (1938)³⁵ ซึ่งศาลปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพราะรูปทรงของเครื่องหมายมีลักษณะที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าชนิดนั้น

เมื่อพิจารณาลักษณะของการทำหน้าที่เป็นองค์ประกอบสำหรับการทำงานของสินค้าพบว่าสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การทำหน้าที่ในการใช้สอยประโยชน์ และการทำหน้าที่เชิงสุนทรีย์³⁶

³³ Geiregat, "Trade Mark Protection for Smells, Tastes and Feels—Critical Analysis of Three Non-Visual Signs in the EU," 225 - 226.

³⁴ Tolulope Anthony Adekola, "Abolition of Graphical Representation in EU Trademark Directive: Should Countries with Similar Provisions Follow EU's Footsteps?" *Journal of Intellectual Property Rights* 24 (2019): 62.

³⁵ Kellogg Co. v. National Biscuit Co., 305 U.S. 111 (1938).

³⁶ วริ เมธาประยูร, "การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าสาขาตีในประเทศไทย," 97 - 100.

(1) การทำหน้าที่ในการใช้สอยประโยชน์ (Utilitarian Functionality) หมายถึงกรณีที่คุณสมบัติของเครื่องหมายเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นต่อการใช้หรือเป็นวัตถุประสงค์ของผลิตภัณฑ์ดังกล่าว เช่น การใส่รสชาติส้มในยาเพื่อประโยชน์ในการบริโภค เป็นต้น

(2) การทำหน้าที่เชิงสุนทรียะ (Aesthetic Functionality) หมายถึง การใช้เครื่องหมายเพื่อทำให้สินค้านั้นประสบความสำเร็จในทางการค้า³⁷ โดยไม่เน้นลักษณะการใช้งาน อาทิ การทำหน้าที่ในการตกแต่งสินค้า (Decorative Features) อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลาย ดังนั้น หากปรากฏว่าเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียนสามารถทำหน้าที่ดังเช่นเครื่องหมายการค้าและทำให้ผู้บริโภคสามารถระบุแหล่งที่มาของสินค้าได้ เช่นนี้ ก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายดังกล่าว³⁸

3) ประเทศไทย

หากพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 พบว่าสิ่งที่จะสามารถขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะต้องปรากฏว่าสิ่งที่ยื่นคำขอมีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 และมีลักษณะตามมาตรา 6 กล่าวคือ จะต้องมียุทธศาสตร์บ่งเฉพาะตามมาตรา 7 ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 และไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ผู้อื่นได้จดทะเบียนเอาไว้แล้วตามมาตรา 13 ด้วยเหตุนี้ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดคำนิยามในมาตรา 4 ให้ครอบคลุมถึงเครื่องหมายกลืน เครื่องหมายเสียง และเครื่องหมายผิวสัมผัส จึงถือได้ว่าสิ่งเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย

2.3.3 การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา

ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงการจดทะเบียน NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และไทยตามลำดับดังนี้

³⁷ *Pagliero v. Wallace China Co.*, 198 F. 2d 339 (9th Cir. 1952).

³⁸ Yale Markov, "Raising the Dead: How the Ninth Circuit Avoided the Supreme Court's Guidelines Concerning Aesthetic Functionality and Still Got Away with It in *Au-Tomotive Gold*," *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 6 (2007): 200-201.



1) สหภาพยุโรป

เมื่อพิจารณา Directive (EU) 2015/2436 พบว่ามีลักษณะค่อนข้างเปิดโอกาสให้สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาได้ อย่างไรก็ตามพบว่ายังคงมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติที่ต้องพิจารณา

ในกรณีของเครื่องหมายกลิ่น หากพิจารณาแนวทางตามที่กำหนดไว้ในคู่มือพิจารณาจดทะเบียน (Guidelines for Examination) ของสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาแห่งสหภาพยุโรป (European Union Intellectual Property Office: EUIPO)³⁹ พบว่าในปัจจุบันยังไม่อาจจดทะเบียนเครื่องหมายกลิ่นในสหภาพยุโรปได้ เนื่องจากยังไม่อาจกำหนดขอบเขตการคุ้มครองที่ชัดเจนและแม่นยำได้ด้วยเทคโนโลยีที่มีอยู่ในปัจจุบัน นอกจากนี้ ในคดี Sieckmann ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Justice: ECJ) ยังได้ปฏิเสธวิธีการแสดงเครื่องหมายการค้าประเภทกลิ่นตามข้อหารือของศาลสิทธิบัตรเยอรมนี ซึ่งเสนอแนวทางการพิจารณาการแสดงออกที่เป็นรูปธรรม 4 วิธี ได้แก่ (1) การแสดงสูตรทางเคมี (2) การอธิบายด้วยการเขียนบรรยาย (3) วิธีฝากตัวอย่างของกลิ่น และ (4) การใช้วิธีการทั้งสามรวมกันในการพิจารณา อย่างไรก็ตาม ECJ เห็นว่าทั้ง 4 วิธีข้างต้นไม่เพียงพอที่จะแสดงถึงสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยการแสดงสูตรทางเคมีไม่อาจทำให้สาธารณชนเข้าใจสาระสำคัญของกลิ่นผ่านการพิจารณาสูตรทางเคมีได้ และคงมีแต่เฉพาะผู้เชี่ยวชาญทางเคมีเท่านั้นที่จะสามารถกระทำได้⁴⁰ ขณะที่การเขียนบรรยายก็ไม่อาจอธิบายลักษณะของกลิ่นได้อย่างชัดเจนและแม่นยำเพียงพอที่จะเข้าใจสาระสำคัญของกลิ่นได้เช่นกัน ส่วนการฝากตัวอย่างกลิ่นยังขาดความเสถียรและไม่อาจรักษาให้คงสภาพไว้ได้ ทั้งยังไม่สอดคล้องกับแนวทางการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมตามมาตรา 2 แห่ง Directive 89/104/EEC (ซึ่งบังคับใช้อยู่ในขณะนั้น)⁴¹

³⁹ European Union Intellectual Property Office, "Guidelines for Examination of European Union Trademarks," accessed February 11, 2024, <https://guidelines.euipo.europa.eu/binary/1803468/2000140000>.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ กนกวรรณ จันทรีผิว, "ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น," (การค้นคว้าอิสระปริญญาโทบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2556), 72-73.

แม้ว่าภายหลังจะมีการยกเลิกหลักการแสดงออกที่เป็นรูปธรรม และได้ยืดหยุ่นให้ผู้ยื่นคำขอแสดงเครื่องหมายการค้าในรูปแบบด้วยเทคโนโลยีที่เหมาะสมภายหลังการประกาศใช้ Regulation 2017/1001⁴² รวมถึง Directive (EU) 2015/2436 ก็ตาม แต่หลักการ Sieckmann ยังถือเป็นหลักการที่ถูกใช้เพื่อพิจารณาการแสดงให้เห็นปรากฏซึ่งสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้า ทั้งนี้ ด้วยข้อจำกัดด้านวิธีการและเทคโนโลยีในปัจจุบันซึ่งยังไม่อาจแสดงกลิ่นได้อย่างชัดเจนและแน่นอนได้ จึงยังไม่อาจรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากลิ่นได้ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป⁴³

ในกรณีของของเครื่องหมายรสชาติ ยังไม่ปรากฏการรับจดทะเบียนในปัจจุบัน โดย Guidelines ของ EUIPO⁴⁴ ระบุเอาไว้ว่าปัญหาประการสำคัญของการรับจดทะเบียนเครื่องหมายรสชาติมีลักษณะเช่นเดียวกับเครื่องหมายกลิ่น เนื่องด้วยลักษณะที่ไม่สามารถรับรู้ได้ด้วยตา และต้องอาศัยการรับรู้ด้วยประสาทสัมผัสอื่นซึ่งมีอุปสรรคต่อการแสดงให้เห็นปรากฏอย่างชัดเจนซึ่งสาระสำคัญของเครื่องหมาย นอกจากนี้ แม้ว่าจะมีการอนุโลมให้สามารถนำเทคโนโลยีมาใช้ประกอบการแสดงให้เห็นปรากฏถึงสาระสำคัญของเครื่องหมาย แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีเทคโนโลยีใดในปัจจุบันที่สามารถแสดงสาระสำคัญของเครื่องหมายรสชาติได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม⁴⁵

นับแต่ ECJ ได้สร้างหลักการ Sieckmann ขึ้นในปี ค.ศ. 2002 ก็ยังไม่ปรากฏว่าเครื่องหมายการค้ารสชาติได้รับจดทะเบียนในสหภาพยุโรป ทั้งนี้ แม้จะมีความพยายามที่จะยื่นคำขอรับจดทะเบียนก็ตาม แต่ก็ต้องถูกปฏิเสธเนื่องด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการแสดงออกที่เป็นรูปธรรม ดังเช่นในกรณีของการยื่นคำขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายรสชาติสูตรออร์เบอร์รี่สังเคราะห์ที่ใช้กับผลิตภัณฑ์ยาของบริษัท Eli Lilly⁴⁶ หรือเครื่องหมายรสชาติสำหรับผลิตภัณฑ์ยาของบริษัท N.V. Organon⁴⁷ อนึ่ง แม้ว่าในอดีตจะเคยมีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารสชาติเชเอมเทคเพื่อใช้กับสินค้าประเภทกระดาษและสิ่งพิมพ์ในสหภาพเศรษฐกิจเบนลักซ์ (Bénélux) ก็ตาม⁴⁸ แต่การรับจดทะเบียนครั้งดังกล่าวได้เกิดขึ้นก่อนที่ ECJ จะได้สร้างหลักการ Sieckmann

⁴² European Union Intellectual Property Office, "Trade Mark and Design Guidelines." 241

⁴³ *Ibid.*, 360.

⁴⁴ *Ibid.*, 241

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ In re Case R 120/2001-2 (The Decision of the Second Board of Appeal, 2003).

⁴⁷ วีรี เมธาประยูร, "การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศไทย," 117.

⁴⁸ DE SMAAK VON DROP BX No. 625971 อ้างใน วีรี เมธาประยูร, "การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารสชาติในประเทศไทย," 117 - 118.



โดยเครื่องหมายดังกล่าวได้สิ้นอายุลงในปี ค.ศ. 2007 ภายหลังหลักการ Sieckmann ได้กลายเป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาการแสดงออกที่เป็นรูปธรรม

สำหรับกรณีของเครื่องหมายผิวสัมผัส หากพิจารณาการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปตาม Regulation (EU) 2017/1001 (EUTMR) แม้ว่าจะมีการผ่อนปรน ความเข้มงวดของหลักการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมก็ตาม⁴⁹ แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการรับจดทะเบียนเครื่องหมายผิวสัมผัส โดยคณะกรรมการอุทธรณ์ได้เคยวินิจฉัยปฏิเสธคำขอรับจดทะเบียนผิวสัมผัสที่ประกอบด้วยรอยประทับแบบลายนูนบนผิวเรียบของขวด (Embossed Pattern on a Smooth Bottle Surface) เนื่องจากนายทะเบียนเห็นว่าคำบรรยายเครื่องหมาย และภาพเครื่องหมายการค้าที่นำส่งพร้อมคำขอรับจดทะเบียนยังไม่สามารถทำให้นายทะเบียนและสาธารณชนเข้าถึงสาระสำคัญของการคุ้มครองได้ เนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักการ Sieckmann⁵⁰

โดยสรุป แม้ว่า Regulation (EU) 2017/1001 และ Directive (EU) 2015/2436 จะกำหนดค่านิยมการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเอาไว้อย่างกว้าง และมีการผ่อนปรนความเข้มงวดของหลักการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมลงเพื่อเปิดโอกาสให้สามารถรับจดทะเบียน NTMIs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา แต่ในทางปฏิบัติก็พบว่าหลักการ Sieckmann ก็ยังคงมีอิทธิพลอย่างมากต่อการพิจารณาการแสดงให้เห็นปรากฏซึ่งสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้า ดังจะเห็นได้จาก Article 3(1) of European Union Trade Mark Implementing Regulation (EU) 2018/626 (EUTMIR) ที่กำหนดว่าการแสดงออกซึ่งเครื่องหมายการค้าสามารถกระทำได้ในรูปแบบและเทคโนโลยีที่เหมาะสม ตราบเท่าที่วิธีการดังกล่าวสามารถแสดงออกได้อย่างชัดเจน ถูกต้อง มีความสมบูรณ์ในตัวเอง เข้าถึงได้โดยง่ายและเข้าใจได้ง่าย คงทนไม่เจือจางโดยง่าย และเป็นรูปธรรม⁵¹

⁴⁹ European Union Intellectual Property Office, “Guidelines for Examination of European Union Trademarks.”

⁵⁰ Yaroslava Kudrina, “Non-Traditional Trade Marks and the Abolition of the Requirement for Graphical Representation: EU Trade Mark Registration Process,” (Master’s thesis, Stockholm University, 2018), 39.

⁵¹ Thom Clark, “Examination of Non-Traditional Trade Marks,” accessed February 11, 2024, https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2020/IP%20Key-SEA_Examination-of-non-traditional-trade-marks_Clark_25June2020.pdf.

2) สหรัฐอเมริกา

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ปรากฏใน Lanham Act จะเห็นได้ว่ามีการกำหนดขอบเขตคำนิยามของเครื่องหมายการค้าเอาไว้อย่างกว้าง และเปิดโอกาสให้สามารถรับจดทะเบียนเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาได้ ดังจะเห็นได้จากการรับจดทะเบียนเครื่องหมายเสียง NBC Chimes นับแต่ปี ค.ศ. 1950⁵² หรือเครื่องหมายกลิ่น Plumeria Blossoms ในปี ค.ศ. 1990⁵³

ในกรณีของกลิ่น หากปรากฏว่ามีการยื่นขอรับจดทะเบียนกลิ่นเพื่อใช้กับผลิตภัณฑ์ซึ่งโดยปกติจะมีกลิ่นอยู่แล้ว เช่น น้ำหอม สเปรย์ปรับอากาศ เช่นนี้ย่อมถือว่าการยื่นขอรับจดทะเบียนกลิ่นดังกล่าวมิได้ทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า หากแต่เป็นส่วนหนึ่งในการใช้ประโยชน์จากสินค้า จึงต้องพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของสินค้าที่ไม่สามารถถือได้ว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองได้⁵⁴ อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ามีการใช้กลิ่นดังกล่าวอย่างต่อเนื่องจนเกิดความหมายที่สองตามมาตรา 2(f) ของ Lanham Act เช่นนี้ก็อาจขอรับจดทะเบียนได้

ในกรณีของรสชาติ โดยทั่วไปรสชาติย่อมถือเป็นองค์ประกอบสำหรับการทำางานของสินค้า ด้วยเหตุนี้ Trademark Manual of Examining Procedure (TMPE)⁵⁵ ซึ่งเป็นคู่มือที่ใช้ประกอบการพิจารณาคำขอของสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองได้ นอกจากนี้ ยังเป็นการยากที่จะทำหน้าที่ระบุแหล่งที่มาของสินค้า เนื่องจากผู้บริโภคย่อมไม่อาจทราบถึงรสชาติของผลิตภัณฑ์ได้จนกว่าจะได้ซื้อและบริโภคสินค้าที่ใช้รสชาติดังกล่าวเป็นเครื่องหมาย โดยจะเห็นได้จากการปฏิเสธรับจดทะเบียนรสชาติ Peppermint ที่ใช้กับสูตรตำรับยาในโตรกลีเซอริสในกรณี Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG⁵⁶ หรือการรับจดทะเบียนรสชาติส้มสำหรับผลิตภัณฑ์ยาในกรณีของ N.V. Organon⁵⁷

⁵² U.S. Trademark Registration, “No. 916,522,” accessed February 11, 2024, https://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=72349496&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=DEFAULT&searchType=statusSearch.

⁵³ University of New Hampshire, “In re Clarke, 17 U.S.P.Q.2d 1238 (T.T.A.B. 1990),” accessed July 5, 2024, <https://ipmall.law.unh.edu/content/ttab-trademark-trial-and-appeal-board-1-re-celia-cl Clarke-clarkes-osewez-serial-no-758429>.

⁵⁴ TMPE § 1202.13.

⁵⁵ United States Patent and Trademark Office, “Manuals, Guides & Official Gazette,” accessed July 5, 2024, <https://www.uspto.gov/trademarks/guides-and-manuals/manuals-guides-official-gazette>.

⁵⁶ Lexogy, “In re Pohl-Boskamp GmbH & Co., 106 USPQ2d 1042 (TTAB 2013),” accessed July 5, 2024, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=01526ea5-8d80-4978-811c-aaaa95786d6d>.

⁵⁷ In re N.V. Organon, 79 USPQ2d 1639 (TTAB 2006).



นอกจากนี้ในคดี N.Y. Pizzeria ศาลยังได้พิพากษาเกี่ยวกับการปฏิเสธรับจดทะเบียนรสชาติที่ใช้กับสินค้าประเภทอาหารว่า⁵⁸ รสชาติดังกล่าวถือเป็นองค์ประกอบของอาหารที่เกิดขึ้นโดยปกติจากการปรุงอาหาร จึงไม่ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองเนื่องจากผู้บริโภคย่อมเชื่อมโยงสินค้ากับแหล่งที่มา และไม่อาจแยกแยะหรือรับรู้รสชาติได้ในทันทีจนกว่าจะได้รับการเลือกซื้อและบริโภคสินค้าดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หากมีการใช้รสชาติดังกล่าวอย่างต่อเนื่องจนเกิดความหมายที่สองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2(ก) จนทำให้ผู้บริโภคสามารถจดจำและแยกแยะความแตกต่างของรสชาติออกจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นได้แล้ว เช่นนี้ ก็อาจทำให้เกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ได้⁵⁹

สำหรับการรับจดทะเบียนเครื่องหมายผิวสัมผัส ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้อย่างชัดเจนใน TMEP เหมือนกรณีของเสียง กลิ่น และรสชาติ นอกจากนี้ ยังไม่มีคำพิพากษาที่ตัดสินเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายผิวสัมผัส อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากเครื่องหมายการค้าผิวสัมผัสที่ได้รับการจดทะเบียนในสหรัฐอเมริกา พบว่านายทะเบียนได้นำหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) ในคดี Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros.⁶⁰ มาปรับใช้ในการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายผิวสัมผัส

ในคดีดังกล่าว ศาลได้จำแนกเครื่องหมายรูปลักษณ์ออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปลักษณ์ที่เป็นแบบของผลิตภัณฑ์ (Product Design) ซึ่งศาลเห็นว่าผู้บริโภคส่วนใหญ่จะไม่ตระหนักถึงแบบของผลิตภัณฑ์ แม้ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะไม่ได้อยู่ในรูปลักษณ์ที่ใช้งานกันโดยปกติทั่วไป ดังนั้นแบบผลิตภัณฑ์จึงไม่สามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองได้ แต่จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อเกิดความหมายที่สองแล้วเท่านั้น ขณะที่แบบของบรรจุภัณฑ์ (Packaging Design) จะทำหน้าที่ห่อหุ้มสินค้า และมีวัตถุประสงค์ในการระบุแหล่งที่มาของสินค้า ทั้งนี้ แม้ว่าบางครั้งแบบของบรรจุภัณฑ์อาจมีลักษณะเป็นเครื่องหมายเชิงแนะนำ (Suggestive Mark) แต่ลักษณะดังกล่าวก็ยังถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะได้อยู่นั่นเอง⁶¹

อย่างไรก็ตาม นอกจากการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายผิวสัมผัสยังต้องพิจารณาเกี่ยวกับการทำหน้าที่เป็นองค์ประกอบสำหรับการทำงานของสินค้าอีกประการหนึ่ง

⁵⁸ New York Pizzeria, Inc. v. Syal et al. (S.D. Tex. 2014).

⁵⁹ Jani Lhalainen, "One Taste to Rule Them All - Can You Trademark a Flavor?" accessed November 10, 2023, <https://www.ipiustitia.com/2014/11/>.

⁶⁰ Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc. 54 USPQ2d 1065 (2000).

⁶¹ เกวลิน ดิยะจามร, "การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแบบสัมผัส," 117-118.

เมื่อนำหลักการในคำพิพากษาดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายวิวัฒนาการ พบว่าหากเป็นกรณีของเครื่องหมายวิวัฒนาการที่ใช้กับแบบผลิตภัณฑ์จะไม่ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง แต่หากเป็นการนำไปใช้กับแบบของบรรจุภัณฑ์ก็ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองได้โดย สำนักเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกา (United States Trademark and Patent Office: USPTO) ได้นำหลักการในคดี Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros. ไปใช้ประกอบการพิจารณาคำขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายวิวัฒนาการหลายรายการ ยกตัวอย่างเช่นกรณีของการรับจดทะเบียนวิวัฒนาการที่ห่อหุ้มบนขวดไวน์ของบริษัท American Wholesale Wine & Spirits, Inc.⁶²

3) ประเทศไทย

เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านการกำหนดคำนิยามดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดให้กลิ่น รสชาติ และผิวสัมผัสอยู่ในคำนิยามของเครื่องหมายตามมาตรา 4 สิ่งเหล่านี้ย่อมไม่ถือเป็นเครื่องหมาย และไม่อาจขอรับจดทะเบียนได้ภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ของประเทศไทย

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงผลการศึกษาวិเคราะห์และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตามลำดับ

3.1 บทสรุป

ในส่วนของการสรุปผลการศึกษา ผู้วิจัยได้แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ (1) ผลการศึกษาข้อความคิดทั่วไป แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา (2) ผลการศึกษาลักษณะที่การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย และ (3) ผลการศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายและผลกระทบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย

⁶² USPTO Report, "American Wholesale Wine & Spirits, Inc.: Trademark Registration No. 3155702, Application No. 76634174," accessed January 14, 2024, <https://uspto.report/TM/76634174>.



3.1.1 ผลการศึกษาข้อความคิดทั่วไป แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา

จากการศึกษาพบว่า การให้ความคุ้มครอง NTMs ไม่ได้ขัดต่อแนวคิดและทฤษฎีในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม NTMs ยังสามารถแสดงบทบาทได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าแบบดั้งเดิม ทั้งบทบาทที่มีต่อการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้า การลดต้นทุนการสืบเสาะของผู้บริโภค บทบาทของเครื่องหมายการค้าต่อการสร้างความยึดติดกับสินค้า และบทบาทในการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า ดังนั้นในการพิจารณาให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายลักษณะดังกล่าวจึงต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักและพิจารณาผลกระทบอย่างรอบด้าน ทั้งผลกระทบในเชิงบวกและผลกระทบในเชิงลบ ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไป

3.1.2 ผลการศึกษาหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย

จากการศึกษาอนุสัญญากรุงปารีสและความตกลงทริปส์ แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่ NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาเอาไว้โดยตรงก็ตาม แต่การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ NTMs ก็ไม่ถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กำหนดไว้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความตกลงระหว่างประเทศที่มีการบัญญัติถึงการให้ความคุ้มครอง NTMs ไว้โดยตรง ได้แก่ สนธิสัญญาเครื่องหมายการค้า (TLT) และสนธิสัญญาสิงคโปร์ว่าด้วยกฎหมายเครื่องหมายการค้า (STLT) แม้ว่าสนธิสัญญาจะได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าอย่างครอบคลุม รวมถึงกรณีของ NTMs ก็ตาม แต่ประเทศไทยก็มิได้เป็นภาคีสถิติสนธิสัญญาทั้งสองฉบับแต่อย่างใด

ในส่วนของการศึกษาเปรียบเทียบพบว่าสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นประเทศที่กำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ยืดหยุ่นที่สุด เมื่อเทียบกับสหภาพยุโรปและประเทศไทย เห็นได้จากการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายเอาไว้อย่างกว้าง โดยเลือกใช้คำว่า “includes” ที่หมายความว่า “ให้หมายความรวมถึง” ในการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้า (Article 45 of Lanham Act) ทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีความพยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงออกที่เป็นรูปธรรมเหมือนกรณีสหภาพยุโรป ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ทุกประเภท แม้ว่า

การยื่นคำขอรับจดทะเบียนจะไม่ได้กระทำการใด ๆ มากไปกว่าการเขียนบรรยายลักษณะของเครื่องหมายการค้าประกอบการยื่นคำขอรับจดทะเบียนเหมือนดังเช่นกรณีของการรับจดทะเบียนกลิ่นของดอกพญาเมธิในเส้นไหมพรม⁶³ หรือการจดทะเบียนกลิ่นสังเคราะห์ของ Play-Doh⁶⁴ อย่างไรก็ตาม มีอุปสรรคประการสำคัญได้แก่ ประเด็นที่เกี่ยวกับการแสดงลักษณะบ่งเฉพาะและการแสดงออกซึ่งหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า เพราะนอกจากหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในการแสดงความแตกต่างของสินค้าและการระบุแหล่งที่มาของสินค้านี้ที่ปรากฏในคำนิยามตามมาตรา 45 แล้ว ยังรวมถึงหลักการห้ามมิให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายที่ประกอบด้วยสิ่งที่เป็นองค์ประกอบหน้าที่ของสินค้าตามมาตรา 2(e)

ในกรณีของสหภาพยุโรป แม้ว่าจะมีการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าเอาไว้อย่างยืดหยุ่น แต่ด้วยเงื่อนไขเกี่ยวกับการแสดงออกที่เป็นรูปธรรม ประกอบกับหลักการ Sieckmann ส่งผลให้การให้ความคุ้มครอง NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาเป็นไปอย่างเข้มงวด แม้ภายหลังการประกาศใช้ Directive (EU) 2015/2436 และ Regulation (EU) 2017/1001 จะได้มีการยกเลิกหลักการแสดงออกที่เป็นรูปธรรม และกำหนดเพียงการแสดงออกถึงสาระสำคัญของเครื่องหมายที่ชัดเจนและแม่นยำก็ตาม แต่การพิจารณาเงื่อนไขดังกล่าวก็ยังไปได้รับอิทธิพลจากหลักการ Sieckmann

ในกรณีของประเทศไทย เนื่องจากมีการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายเอาไว้อย่างแคบ ส่งผลให้ขอบเขตของสิ่งที่จะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าถูกจำกัดเอาไว้แต่เฉพาะสิ่งที่ปรากฏในนิยามของคำว่าเครื่องหมายตามมาตรา 4 เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ เครื่องหมายกลิ่น เครื่องหมายรสชาติ และเครื่องหมายผิวสัมผัสจึงไม่อาจขอรับความคุ้มครองได้อย่างเด็ดขาดภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยในปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี มีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าหากจำต้องให้ความคุ้มครอง NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา ประเทศไทยจะมีแนวทางการพิจารณารับจดทะเบียนอย่างไร ทั้งในประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะ ทั้งกรณีที่เป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ และการพิจารณาลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงแนวทางต่อไปในข้อเสนอนี้

⁶³ In re Clarke, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990)

⁶⁴ Rachel Siegel, "Remember how Play-Doh smells? U.S. trademark officials get it," accessed April 17, 2024, <https://www.washingtonpost.com/news/business/wp/2018/05/24/remember-how-play-doh-smells-u-s-trademark-officials-get-it/>



3.1.3 ผลการศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายและผลกระทบเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย

หากพิจารณาพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเอาไว้ได้อย่างสอดคล้องกับมาตรฐานสากล ผู้วิจัยจึงเห็นว่ายังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยที่ยังไม่มีการพิจารณาศึกษาผลกระทบอย่างรอบด้าน การขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าควรดำเนินการในขณะที่ประเทศไทยมีศักยภาพและความพร้อมมากเพียงพอ มิเช่นนั้นจะทำให้สิ้นเปลืองงบประมาณไปโดยไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังเห็นว่าการไม่เร่งรีบแก้ไขกฎหมายล่วงหน้าแต่มีการเตรียมความพร้อมที่เป็นรูปธรรมก็อาจกลายเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่ใช้ในการเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ทางการค้าหรือการลงทุนอื่น ๆ เป็นการแลกเปลี่ยน

ในการเตรียมความพร้อมในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายกลั่น เครื่องหมายรสชาติ และเครื่องหมายผิวสัมผัส ผู้วิจัยเห็นว่าประเด็นจะต้องพิจารณาทั้งข้อจำกัดในด้านกฎหมายและด้านความพร้อมในการพิจารณารับจดทะเบียน ต่างจากกรณีของสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายที่ค่อนข้างเปิดกว้างต่อการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยผลการศึกษาพบว่าหากประเทศไทยต้องการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้ครอบคลุมถึงกรณีของเครื่องหมายประเภทข้างต้นจำเป็นต้องพิจารณาความพร้อม 3 ด้านสำคัญ ได้แก่ ด้านความพร้อมของกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ด้านความพร้อมของหน่วยงานที่ทำหน้าที่รับจดทะเบียน และด้านความพร้อมของผู้ประกอบการ

3.2 ข้อเสนอแนะ

ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยได้แบ่งข้อเสนอแนะออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ข้อเสนอแนะในการพัฒนามาตรฐานกฎหมายและกระบวนการพิจารณาคำขอรับจดทะเบียน NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย และข้อเสนอแนะเพื่อการศึกษาวิจัยเพิ่มเติมตามลำดับ

3.2.1 ข้อเสนอแนะในการพัฒนามาตรฐานกฎหมายและกระบวนการพิจารณาคำขอ

ผู้วิจัยเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และพัฒนาคู่มือรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อเตรียมความพร้อมในการรับจดทะเบียน NTTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาในอนาคต โดยเสนอให้มีการแก้ไขดังนี้

1) แก้ไขคำนิยามในมาตรา 4 โดยเพิ่มข้อความว่า “เครื่องหมาย หมายความว่า... และให้หมายความรวมถึงสิ่งอื่นใดที่กำหนดในกฎกระทรวง” โดยการแก้ไขในลักษณะนี้จะทำให้ประเทศไทยสามารถขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ในอนาคตได้โดยไม่ต้องแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า หากแต่กระทำการออกกฎกระทรวง ซึ่งจะช่วยลดต้นทุนทั้งในด้านระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการแก้ไขกฎหมาย อีกทั้งการบัญญัติเปิดช่องให้กำหนดในกฎกระทรวงยังทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ทั้งยังช่วยลดปัญหาด้านการใช้และการตีความพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

2) แก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 โดยเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง และมาตรา 7 วรรคสามตามแนวทางที่ปรากฏในมาตรา 4(1)(e) แห่ง Directive (EU) 2015/2436 และ มาตรา 2(e)(5) แห่ง Lanham Act 1946 ดังนี้

มาตรา 7 วรรคสอง

(10) รูปร่างหรือรูปทรงที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่เล็งเห็นถึงคุณลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(11) เสียงอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง

(12) กลิ่นอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง

(13) รสชาติอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง

(14) ผิวสัมผัสอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง

เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง หากได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ

3) แก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายตามมาตรา 8 โดยเพิ่มเติมการห้ามรับจดทะเบียนเครื่องหมายที่เป็นลักษณะโดยธรรมชาติของสินค้าหรือเป็นลักษณะที่จำเป็นต่อการใช้งานสินค้าอันจะส่งผลให้เกิดการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเอาไว้อย่างเด็ดขาดไว้ในมาตรา 8(13) ตามแนวทางของ 2(e)(5) แห่ง Lanham Act และมาตรา 4(1)(e) ของ Directive (EU) 2015/2436



มาตรา 8 เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน...

(13) เครื่องหมายที่ส่วนใหญ่หรือนัยสำคัญของเครื่องหมายมีลักษณะเป็นธรรมชาติของสินค้าหรือเป็นองค์ประกอบในการทำงานตามวัตถุประสงค์หลักของสินค้า”

(14) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

4) แกไขคู่มือพิจารณาคำขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพื่อให้การรับจดทะเบียนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นต้องมีเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับการรับจดทะเบียน NTMs ประเภทที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตาเอาไว้ในคู่มือการพิจารณาคำขอฯ โดยกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอต้องแสดงเครื่องหมายการค้าให้ปรากฏต่อนายทะเบียน กล่าวคือ จะต้องแสดงให้เห็นปรากฏถึงลักษณะของเครื่องหมายได้อย่างชัดเจนและแม่นยำตามแนวทางของสหภาพยุโรป

ในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายกลืนหรือรสชาติ ให้ดำเนินการโดยการยื่นคำขอบรรยายลักษณะของเครื่องหมายให้ชัดเจน ไม่คลุมเครือหรือกว้างจนเกินไปจนไม่อาจระบุลักษณะของกลืนหรือรสชาติได้ มีกระบวนการฝากตัวอย่างและการปรับเปลี่ยนตามระยะเวลาที่เหมาะสม โดยผู้ยื่นคำขออาจแสดงสูตรทางเคมีและหลักฐานอื่นประกอบการยื่นคำขอได้ตามที่สมควร ขณะที่เครื่องหมายผิวสัมผัส ให้ผู้ยื่นคำขอแสดงเครื่องหมายภาพอย่างน้อย 2 ภาพ ได้แก่ ภาพที่แสดงให้เห็นองค์ประกอบโดยรวมของเครื่องหมายบนสินค้า และภาพถ่ายของเครื่องหมายสัมผัสที่อยู่บนวัตถุที่ผู้ยื่นคำขอจะนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจของตน และบรรยายรายละเอียดอย่างชัดเจนถึงความรู้สึกที่ได้จากการสัมผัส พร้อมส่งตัวอย่างผิวสัมผัสบนวัตถุที่ประสงค์จะนำไปใช้ในการจำหน่ายตามท้องตลาดประกอบการยื่นคำขอ

3.2.2 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

ผู้วิจัยเสนอให้มีการเตรียมความพร้อมในการรับจดทะเบียนของกรมทรัพย์สินทางปัญญา และข้อเสนอแนะในการส่งเสริมให้เกิดการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา

ในด้านการเตรียมความพร้อมในการรับจดทะเบียนของกรมทรัพย์สินทางปัญญา ผู้วิจัยเห็นว่าจำเป็นต้องเตรียมความพร้อมด้านสถานที่ เทคโนโลยี อุปกรณ์ และเครื่องมือที่จำเป็นต่อการพิจารณารับจดทะเบียน รวมถึงการเตรียมความพร้อมด้านกำลังคนที่ทำหน้าที่พิจารณาคำขอรับจดทะเบียน รวมถึงการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเอาไว้เป็นการเฉพาะเพื่อทำหน้าที่ให้ความเห็นหรือร่วมพิจารณาคำขอรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นรายกรณี

ในด้านการเตรียมความพร้อมผู้ประกอบการ โดยผู้วิจัยเห็นว่าจะต้องมีการประชาสัมพันธ์และพัฒนาความรู้ของผู้ประกอบการไทย รวมถึงการจัดทำคู่มือการจัดทะเบียนเครื่องหมายการค้าฉบับประชาชนเพื่อประโยชน์ในการสร้างความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับประโยชน์ของเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ประเภทต่าง ๆ รวมถึงแนวทางการรับจดทะเบียนของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

3.2.3 ข้อเสนอแนะเพื่อการศึกษาวิจัยเพิ่มเติม

ผู้วิจัยเห็นว่าในปัจจุบันยังไม่มีหน่วยงานที่ประเทศไทยจะต้องขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ประเภทประเภทต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าประเทศไทยอาจถูกกดดันให้ขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าผ่านเวทีการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศและการเจรจาการค้าระหว่างประเทศได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาวิจัยเพิ่มเติมเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ประเภทต่าง ๆ พร้อมวิเคราะห์ผลกระทบของขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองในด้านต่าง ๆ ทั้งในมิติทางกฎหมาย เศรษฐศาสตร์ รวมถึงมิติอื่น ๆ ต่อไป⁶⁵

⁶⁵ บทความวิจัยฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยเรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่: ศึกษากรณีเครื่องหมายที่ไม่สามารถมองเห็นประจักษ์ด้วยตา”



References

- Adekola, Tolulope Anthony. "Abolition of Graphical Representation in EU Trademark Directive: Should Countries with Similar Provisions Follow EU's Footsteps?" *Journal of Intellectual Property Rights* 24 (2019): 62-68.
- Bhagwan, Ashwin, Nishad Kulkarni, and Prathap Ramanujam. "Economic Rationale for Extending Protection to Smell Marks," Accessed February 17, 2025, <https://ssrn.com/abstract=1027281>.
- Bhatia, Tarun, and Prashant Khurana. "Economic Aspect of Trademark." Accessed February 11, 2025. <https://ssrn.com/abstract=3681387>.
- Brill, Gregory E. "Make Some Sense of Scent Trademarks: The United States Needs a Graphical Representation Requirement." *University of Richmond Law Review* 56, no. 5 (2022): 19-45.
- Clark, Thom. "Examination of Non-Traditional Trade Marks." Accessed February 11, 2024. https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2020/IP%20Key-SEA_Examination-of-non-traditional-trade-marks_Clark_25June2020.pdf.
- European Union Intellectual Property Office. "Guidelines for Examination of European Union Trademarks." Accessed February 11, 2024. <https://guidelines.euipo.europa.eu/binary/1803468/2000140000>.
- Flynn, James P. "Recent Noise Over Acoustic Trademarks." *The National Law Review* 14, no. 69 (2022). Accessed March 10, 2024. <https://www.natlawreview.com/article/recent-noise-over-acoustic-trademarks>.
- Gabrielides, John, and Tom Williams. "The Sound of Unconventional Marks in the United States." *World Trademark Review* (2007): 94-95.
- Geiregat, Simon, "Trade Mark Protection for Smells, Tastes and Feels—Critical Analysis of Three Non-Visual Signs in the EU." *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law* 53, no. 2 (2022): 219-245.
- Gevers. "Non-Conventional Trademarks Article #2: Trademarks that Stimulate the Senses." Gevers Blog. Accessed January 25, 2025. <https://www.gevers.eu/blog/trademarks/non-conventional-trademarks-trademarks-that-stimulate-the-senses/>.

- Goldkuhl, Leit, and Maria Styvén. "Sensing the Scent of Service Success."
European Journal of Marketing 41, no. 11/12 (2007): 1297-1305. <https://doi.org/10.1108/03090560710821189>.
- Harris, Bill. "Three Famous Notes of Broadcasting History: The NBC Chimes." Essay, 1996. Accessed March 11, 2024, <https://durenberger.com/wp-content/uploads/2019/10/CHIMES-HISTORY-HARRIS.pdf>
- Herz, Rachel S. "The Role of Odor-Evoked Memory in Psychological and Physiological Health." *Brain Sciences* 6, no. 3 (2016): 22. <https://doi.org/10.3390/brainsci6030022>
- Jakkrit Kuanpoth. *International Law on Copyright, Patents and Trademarks*. 6th ed. Bangkok: Nititham, 2016 [in Thai].
- Karki, Madan Mohan Singh. "Non-Traditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress." *Journal of Intellectual Property Rights* 10 (2005): 499-506.
- Kanokwan Chanpiew. "Distinctive Character of Sound and Scent Trademarks." Master's independent study, Bangkok University, 2013 [in Thai]
- Kewalin Tiayajamorn. "The Protection of Tactile Mark." Master's thesis, Faculty of Law, Chulalongkorn University, 2020 [in Thai].
- Kudrina, Yaroslava. "Non-Traditional Trade Marks and the Abolition of the Requirement for Graphical Representation: EU Trade Mark Registration Process." Master's thesis, Stockholm University, 2018.
- Lewis, Stephen. "It Even Smells Realistic' - York's Jorvik Caused Sensation." York Press. Accessed July 11, 2025. <https://www.yorkpress.co.uk/news/24137989.it-even-smells-realistic---yorks-jorvik-caused-sensation/>.
- Lexogy. "In re Pohl-Boskamp GmbH & Co., 106 USPQ2d 1042 (TTAB 2013)." Accessed July 5, 2024. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=01526ea5-8d80-4978-811c-aaaa95786d6d>.
- Lhalainen, Jani. "One Taste to Rule Them All - Can You Trademark a Flavor?" Accessed November 10, 2023. <https://www.ipiustitia.com/2014/11/>.
- Markov, Yale. "Raising the Dead: How the Ninth Circuit Avoided the Supreme Court's Guidelines Concerning Aesthetic Functionality and Still Got Away with It in Au-Tomotive Gold." *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 6 (2007): 197-220.



- Kanitpat Nakarat. "Challenging Issues of Taste Marks Protection." PhD dissertation, Faculty of Law, National Institute of Development Administration, 2023. [in Thai].
- Sapherstein, Michael B. "The Trademark Registrability of the Harley-Davidson Roar: A Multimedia Analysis." Boston College Intellectual Property & Technology Forum. Accessed July 11, 2025. <https://lira.bc.edu/files/pdf?fileid=c7b68b8a-2456-4e1f-b00b-ac33af03539b>.
- Schaal, Christophe. "The Registration of Smell Trademarks in Europe: Another EU Harmonisation Challenge." Accessed February 24, 2024. <https://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>.
- Siegel, Rachel. "Remember How Play-Doh Smells? U.S. Trademark Officials Get It." *The Washington Post*, May 24, 2018. Accessed April 17, 2024. <https://www.washingtonpost.com/news/business/wp/2018/05/24/remember-how-play-doh-smells-u-s-trademark-officials-get-it/>
- Supanit Paeruag and Munin Pongsapan. "Problems of Non-traditional Trademarks Protection under Thai Law: A Case Study of Motion and Multimedia Marks." PhD diss., Thammasat University, 2020.
- University of New Hampshir. "In re Clarke, 17 U.S.P.Q.2d 1238 (T.T.A.B. 1990)." Accessed July 5, 2024, <https://ipmall.law.unh.edu/content/ttab-trademark-trial-and-appeal-board-1-re-celia-clarke-dba-clarkes-osewez-serial-no-758429>.
- Waree Methaprayoon. "Protection of Gustatory Mark in Thailand." Master's thesis, Faculty of Law, Chulalongkorn University, 2019 [in Thai].
- World Intellectual Property Organization. "Methods of Representation and Description of New Types of Marks." Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, SCT/16/2. Geneva: WIPO, 2006.
- World Intellectual Property Organization. "Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications." Accessed February 17, 2025, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_15/sct_15_4.pdf.
- World Intellectual Property Organization. "The Economics of Trademarks." In *World Intellectual Property Report 2013: Brands – Reputation and Image in the Global Marketplace*, 81–107. Geneva: World Intellectual Property Organization, 2013.
- World Intellectual Property Organization. *Singapore Treaty on the Law of Trademarks*. Geneva: WIPO, 2011.