การให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมการบริการอาหาร ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย

Protection on Food Service Industry under Intellectual Property Law of Thailand

การให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมการบริการอาหาร ภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย

Protection on Food Service Industry under Intellectual Property Law of Thailand

ชุติมดี กอจิตตวนิจ

การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2556

©2557
ชุติมดี กอจิตตวนิจ
สงวนลิขสิทธิ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เรื่อง การให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมการบริการอาหารภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย

ผู้วิจัย ชุติมดี กอจิตตวนิจ

ได้พิจารณาเห็นชอบโดย

อาจารย์ที่ปรึกษา _____
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม _____
(ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์)

ผู้เชี่ยวชาญ _____
(อาจารย์ปัจฉิมา ธนสันติ)

_____
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิวพร หวังพิพัฒน์วงศ์)
คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
2 กันยายน 2557

ชุติมดี กอจิตตวนิจ. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, กันยายน 2557, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.
การให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมการบริการอาหารภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย (237 หน้า)
อาจารย์ที่ปรึกษา: ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ 1) เพื่อศึกษาแนวคิด ขอบเขต ลักษณะของกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และความลับทางการค้าของประเทศไทย สหรัฐอเมริกาและอังกฤษในการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร 2) เพื่อศึกษาวิเคราะห์การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหารสำหรับประเทศไทย โดยผลการวิจัยพบว่าอุตสาหกรรมการให้บริการอาหารสามารถแบ่งงานสร้างสรรค์ออกได้เป็น 6 ประเภท ได้แก่ 1) สูตรอาหารมีกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายความลับทางการค้าให้ความคุ้มครอง 2) รายการอาหารมีกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้าในการให้ความคุ้มครอง 3) การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารมีกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตรในการให้ความคุ้มครอง 4) อาหารจานดัง (Signature Dish) ไม่มีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้ความคุ้มครอง 5) การตกแต่งรูปลักษณ์ภายในและภายนอกของร้านมีกฎหมายลิขสิทธิ์ในการให้ความคุ้มครองและ 6) การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารมีกฎหมายสิทธิบัตรในการให้ความคุ้มครอง โดยจากการวิจัยพบว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้ามีความเหมาะสมที่สุดที่จะให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร เนื่องจากกฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นในการให้ความคุ้มครองสูง จึงส่งผลให้ผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมการบริการอาหารมีการพัฒนาความคิดสร้างสรรค์เพิ่มมากขึ้น

คำสำคัญ: อุตสาหกรรมการบริการอาหาร, กฎหมายลิขสิทธิ์, กฎหมายสิทธิบัตร, กฎหมายเครื่องหมายการค้า, กฎหมายความลับทางการค้า

Korjittavanit, C. LL.M., September 2014, Graduated School, Bangkok University.
Protection on Food Service Industry under Intellectual Property Law of Thailand (237 pp.)
Advisor: Asst.Prof.Aunya Singsangob, S.J.D.

ABSTRACT

This research aims (1) to study concept, scope, and features among copyright, patent, trademarks, and trade secret laws comparing with Thailand, USA, England in term of the protections for food service industry areas; (2) to analyze the intellectual property protections in food service industry in Thailand study, it is found that creative works in food service industry can be divided into 6 categories: (1) Food recipes are protected under copyright and trademark laws; (2) Food menus are protected under copyright and trademark laws; (3) Dish decorations are protected under copyright and trademark laws; (4) Signature dishes cannot be protected under intellectual property law. (5) Restaurant's distinctive exterior or interior decoration are protected under copyright law protection. (6) Staff uniform's in restaurant are protected under patent law. This research finds that trademark law is the most appropriate law for protecting the creative works in food service industry because as it has more flexible for the protections. Accordingly, it encourages the food entrepreneurs to have more ideas to improve their creative works.

Keywords: Food Service Industry, Copyright law, Patent Law, Trademark Law, Trade secret Law

กิตติกรรมประกาศ

การทำสารนิพนธ์ในครั้งนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ และท่านอาจารย์ ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ ซึ่งได้ให้ความรู้ การชี้แนะแนวทางการศึกษา ตรวจทาน และแก้ไขข้อบกพร่องในงาน ตลอดจนการให้คำปรึกษาซึ่งเป็นประโยชน์ในการวิจัยจนงานวิจัยครั้งนี้มีความสมบูรณ์ครบถ้วนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี รวมถึงอาจารย์ท่านอื่น ๆ ที่ได้ถ่ายทอดวิชาความรู้ให้ และสามารถนำวิชาการต่าง ๆ มาประยุกต์ใช้ในการศึกษาวิจัยสารนิพนธ์ในครั้งนี้ อีกทั้งพ่อ และแม่ของข้าพเจ้าที่เอื้อเฟื้อและสนับสนุนให้ข้าพเจ้าสามารถศึกษาวิจัยในครั้งนี้ได้สำเร็จ ผู้วิจัยจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง มาไว้ ณ โอกาสนี้

ชุติมดี กอจิตตวนิจ

BANGKOK UNIVERSITY FOUNDED 1962

สารบัญ

		หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย		ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ		จ
กิตติกรรมประกาศ		ฉ
สารบัญภาพ		ฌ
บทที่ 1 บทนำ		
1.1	ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2	วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3	ขอบเขตของการวิจัย	4
1.4	สมมติฐานของการวิจัย	4
1.5	วิธีการวิจัย	5
1.6	ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
1.7	นิยามศัพท์	5
บทที่ 2 ภาพรวมของอุตสาหกรรมการบริการอาหาร		
2.1	ความสำคัญและความหมายของอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์	6
2.2	ลักษณะของธุรกิจให้บริการอาหาร (Hospitality and Catering)	11
2.3	ศิลปะในการทำอาหาร	17
2.4	งานสร้างสรรค์ในร้านอาหาร	20
2.5	กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันที่เกี่ยวกับธุรกิจร้านอาหาร	26
บทที่ 3 การให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร		
3.1	กฎหมายลิขสิทธิ์	34
3.2	กฎหมายสิทธิบัตร	44
3.3	กฎหมายเครื่องหมายการค้า	55
3.4	กฎหมายความลับทางการค้า	70

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 4 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร

4.1 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา 76

4.1.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Act 1976) 77

4.1.2 กฎหมายเครื่องหมายการค้า 83

4.1.3 กฎหมายสิทธิบัตร 97

4.1.4 กฎหมายความลับทางการค้า 101

4.2 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอังกฤษ 104

4.2.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ 105

4.2.2 กฎหมายสิทธิบัตร 112

4.2.3 กฎหมายเครื่องหมายการค้า 116

4.2.4 กฎหมายความลับทางการค้า 131

บทที่ 5 วิเคราะห์การให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

5.1 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร 144

5.2 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร 165

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป 171

6.2 ข้อเสนอแนะ 173

บรรณานุกรม 175

ภาคผนวก 183

ประวัติผู้เขียน 237

เอกสารตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ในรายงานการค้นคว้าอิสระ

สารบัญภาพ

หน้า

ภาพที่ 2.1: ร้านคาเฟ่หรือบาร์ (Café/ Bar) 12
ภาพที่ 2.2: ร้านบริการจัดส่งอาหารถึงบ้านหรือร้านอาหารแบบซื้อกลับไปทานที่บ้าน (100% Home Delivery/ Takeaway) 13
ภาพที่ 2.3: ร้านอาหารที่ให้บริการแบบเต็มรูปแบบ (Full-Service) 13
ภาพที่ 2.4: ร้านอาหารจานด่วน (Fast Food) 14
ภาพที่ 2.5: ร้านอาหารเล็ก ๆ ตามข้างทาง (Street Stalls) 14
ภาพที่ 2.6: ร้านอาหารแบบบริการตนเอง (Self – Service Cafeterias) 15
ภาพที่ 2.7: การตกแต่งร้านอาหารของร้านน้ำ 16
ภาพที่ 2.8: แกงแดงสูตรแซ่แข็งเสิร์ฟพร้อมสลัดกุ้งล็อบสเตอร์ 17
ภาพที่ 2.9: รูปภาพของไข่คาเวียร์ในไข่ (soft-cooked Egg with Caviar) 22
ภาพที่ 2.10: ภาพการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร 25
ภาพที่ 4.1: การแต่งกายของพนักงานในร้าน Hooters 94
ภาพที่ 4.2: การแต่งกายของพนักงานในร้าน Wing House 94

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันมนุษย์มีความเร่งรีบในการดำเนินชีวิตประจำวันมากจากปัจจัยทางเศรษฐกิจที่บุคคลวัยทำงานทุกคนจะต้องทำงานนอกบ้าน วิถีชีวิตในการดำรงชีวิตจึงเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ในครอบครัวจะมีการประกอบอาหารเพื่อรับประทานภายในครอบครัว โดยผู้ชายจะเป็นผู้ทำงานนอกบ้านและผู้หญิงจะเป็นผู้ประกอบอาหารภายในบ้าน เปลี่ยนแปลงเป็นทั้งผู้ชายและผู้หญิงต้องออกไปทำงานนอกบ้าน เวลาในการประกอบอาหารทานเองภายในครอบครัวจึงเหลือน้อยลง ทำให้อุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นเจริญรุ่งเรืองขึ้น เนื่องจากวิถีชีวิตในการบริโภคอาหารเปลี่ยนแปลงไป โดยสามารถเห็นการเปลี่ยนแปลงในวิถีชีวิตการรับประทานอาหารนี้ได้ตั้งแต่ช่วงยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2[1] ซึ่งสามารถเห็นถึงความเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมการบริการอาหารได้จากมูลค่าทางเศรษฐกิจของร้านอาหารในประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2010 มีจำนวนประมาณ 580.1 หมื่นล้านดอลล่าร์สหรัฐ[2] หรือคิดเป็นเงินไทยประมาณ 17,403 หมื่นล้านบาท และในประเทศไทยเองก็มีจำนวนร้านอาหารประมาณ 65,000 แห่งทั่วประเทศ โดยในจังหวัดกรุงเทพมหานครมีร้านอาหารประมาณ 12,000 แห่ง ในต่างจังหวัด 53,000 แห่ง และมีมูลค่าทางเศรษฐกิจประมาณ 194,000 ล้านบาท”[3] อีกทั้งในปี พ.ศ. 2552 ได้มีการสำรวจสถิติการบริโภคอาหารนอกบ้านของคนไทยพบว่า คนไทยนิยมบริโภคอาหารนอกบ้านมากถึงร้อยละ 58[4] และจากการสำรวจของบริษัทยูนิลิเวอร์ ฟู้ดโซลูชั่นส์ ประเทศไทยยังพบอีกว่าผู้บริโภคชาวไทยมีพฤติกรรมการบริโภคอาหารนอกบ้านมากขึ้น โดยผู้บริโภคมีความพิถีพิถันในการบริโภคมากขึ้น เช่น นิยมบริโภคอาหารที่มีรสชาติอร่อย และนอกจากรสชาติอาหารแล้วยังชอบบรรยากาศการตกแต่งร้านอาหารอีกด้วย[5]

---

[1] Lundberg, D. E., **The Hotel and Restaurant Business**, 6 nd ed. (New York: Van Nostrand Reinhold, 1994), 215.

[2] Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-ip industry** [Online], 12 February 2013. Available from www.westlaw.com.

[3] จิต ผลิญ, **อาหารไทยติดโหวตอันดับหนึ่งของโลก โอกาสของผู้ประกอบการทั้งในและต่างประเทศ** [Online], 14 กุมภาพันธ์ 2556. แหล่งที่มา www.e-journal.dip.go.th/LinkClick.aspx?fileticket=7q%2bRkRlfSFs%3d&tabid=152.

[4] Marketing Oop!, **พฤติกรรมทานข้าวนอกบ้านของคนไทย** [Online], 7 มิถุนายน 2553. แหล่งที่มา www.marketingoops.com/reports/behaviors/eat-out-behavior/.

[5] อิสรภาพแห่งความคิดไทยโพสต์, **เทรนด์กินอาหารนอกบ้าน ผู้บริโภคเน้นกินดีมีสุขภาพ** [Online], 15 มีนาคม 2554. แหล่งที่มา www.thaipost.net/node/35702.

นอกจากนี้จากการที่ในปี พ.ศ. 2558 ประเทศไทยจะเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หรือ AEC ซึ่งจะมีผลให้มีนักท่องเที่ยวจากประเทศในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทยมากขึ้นจากการรวมตัวเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนซึ่งมีจำนวนประชากรโดยประมาณรวมกันทั้งสิ้น 600 ล้านคน ส่งผลให้ภาคอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของไทยจะมีการเจริญเติบโตที่สูงขึ้น จากการคาดการณ์ขององค์การการท่องเที่ยวโลก (World Tourism Organization: UNWTO) ได้คาดการณ์ว่าในปี 2563 จะมีนักท่องเที่ยว ระหว่างประเทศประมาณ 1,600 ล้านคน โดยภูมิภาคเอเชียตะวันออกและแปซิฟิคมีแนวโน้มว่าจะเป็นภูมิภาคที่ได้รับความนิยมในการท่องเที่ยวมากขึ้น โดยมีสัดส่วนถึงร้อยละ 25 ของตลาดการท่องเที่ยวทั่วโลก และคาดว่าจะมีนักท่องเที่ยวเดินทางเข้ามาถึง 400 ล้านคน ขณะที่กลุ่มประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ จะเป็นจุดหมายการท่องเที่ยวยอดนิยมแห่งใหม่ โดยมีนักท่องเที่ยวเป็น 1 ใน 3 ของนักท่องเที่ยวในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิค หรือประมาณ 130-140 ล้านคน[6] จากความเติบโตของอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวนี้ก็จะส่งผลให้อุตสาหกรรมการบริการอาหารเติบโตตามอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวไปด้วย เนื่องจากการมีคนเข้ามาท่องเที่ยวภายในประเทศมากขึ้นก็จะส่งผลให้มีการบริโภคอาหารในร้านมากขึ้นตามไปด้วย

ตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา อุตสาหกรรมการบริการอาหารได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบในการให้บริการไปอย่างมาก[7] โดยเปลี่ยนแปลงเพื่อให้ทันสมัยตามความนิยมของผู้บริโภค ซึ่งจะมีทั้งการคิดสร้างสรรค์สูตรอาหาร รายการอาหาร อาหารจานดัง (Signature Dish) การตกแต่งจานอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ภายนอกและภายในของร้าน รวมไปถึงการแต่งกายของพนักงานในร้านให้มีความสวยงาม โดดเด่นและมีเอกลักษณ์ ซึ่งงานสร้างสรรค์เหล่านี้ล้วนเป็นปัจจัยที่ใช้ในการดึงดูดผู้บริโภคให้เข้ามาใช้บริการในร้านของตน ซึ่งการคิดสร้างสรรค์งานเหล่านี้ขึ้นมาต้องใช้สติปัญญาในการคิด เงินลงทุนประกอบกับทักษะของผู้สร้างสรรค์เป็นอย่างมาก อีกทั้งอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นเป็นอุตสาหกรรมหนึ่งที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามความนิยมของผู้บริโภคอย่างรวดเร็ว และมีการแข่งขันกันสูง จึงส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจในภาคอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นต้องมีการปรับตัวด้วยการคิดค้นพัฒนาสูตรอาหารที่ได้รสชาติอร่อยเป็นที่นิยมของผู้บริโภค การตกแต่งร้านอาหารของตนให้มีความสวยงาม โดดเด่นจากร้านอาหารคู่แข่งขันอื่น การตกแต่งจานอาหารก่อนที่จะนำอาหารออกให้บริการแก่ผู้บริโภค การคิดค้นรายการอาหารให้มีชื่อเรียกต่างจากอาหารของร้านอาหารอื่น การคิดค้นอาหารที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะของร้านอาหารของตน รวมไปถึงมีการนำเอาเทคนิคต่าง ๆ เช่น การใช้อุณหภูมิในการ

---

[6]หม่อมหลวงชาญโชติ ชมพูนุท, **การพัฒนาธุรกิจ Hospitality ในภาคบริการท่องเที่ยว.... เพื่อก้าวสู่ตลาดอาเซียน** [Online], 17 มีนาคม 2556. แหล่งที่มา www.gotoknow.org/posts/478069.

[7]Powers, T. F., & Barrows, C. W., **Introduction to Management in the Hospitality Industry**, 7 nd ed. (New York: John Wiley & Sons, 2003), 64.

ทำอาหารให้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วเพื่อให้ได้รสชาติอาหารที่แตกต่างออกไป การนำโฟมมาใช้ในการผลิตอาหาร หรือนำเอาวัตถุดิบมาเปลี่ยนโครงสร้างของโมเลกุลเพื่อให้มีรสชาติ หรือสีต่างออกไปจากเดิม ซึ่งการผลิตอาหารแบบนี้จะเรียกว่า Molecular gastronomy ซึ่งการประกอบอาหารเหล่านี้ล้วนใช้ความคิดสร้างสรรค์ของพ่อครัวในการประกอบอาหารอย่างมาก รวมไปถึงการใช้เงินลงทุนในการพัฒนาอาหารเหล่านี้ด้วย

จากการลงทุนทั้งแรงกายและเงินทุน ความเติบโต และอัตราการแข่งขันของอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่มีมากขึ้นเช่นนี้ จึงทำให้มีผู้ประกอบการบริการอาหารบางรายทำการลอกเลียนแบบงานสร้างสรรค์ของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งของตนเพิ่มมากขึ้น ซึ่งได้มีคดีตัวอย่างจากปัญหานี้เกิดขึ้นหลายคดีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1983 เป็นต้นมา เช่น คดี Shakey’s Inc. v. Covalt., คดี Two Pesos Inc. v. Taco Cabana Inc., คดี Rebecca Charles v. Edward McFarland. เป็นต้น โดยในปัจจุบันนี้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยนั้นได้มีการให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหารซึ่งเป็นเพียงงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารเพียงประเภทเดียวเท่านั้น โดยให้ความคุ้มครองในฐานะที่เป็นความลับทางการค้า แต่งานสร้างสรรค์ประเภทอื่น ได้แก่ รายการอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร Signature Dish การตกแต่งรูปลักษณ์ทั้งภายนอกและภายในของร้านรวมไปถึงการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย

การที่งานสร้างสรรค์เหล่านี้ยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองจึงทำให้การเลียนแบบงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นตามเศรษฐกิจและความต้องการของผู้บริโภค ซึ่งเป็นการทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่เป็นผู้คิดงานสร้างสรรค์ การให้ความคุ้มครองทางด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์เพื่อเป็นแรงจูงใจและกระตุ้นให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ อันก่อให้เกิดผลดีต่อการพัฒนาประเทศ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร ดังนั้นการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมบริการอาหารจึงมีความสำคัญที่ต้องศึกษาเพื่อใช้เป็นแนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมบริการอาหารภายในประเทศต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดของการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงขอบเขตและลักษณะของกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าและความลับทางการค้าของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ ในการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงข้อพิพาทของอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั้งในประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

1.2.4 เพื่อวิเคราะห์การให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหารสำหรับประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษาถึงขอบเขตและลักษณะของกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าและความลับทางการค้า ของทั้งในประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ ในการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

อุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นประกอบไปด้วยงานสร้างสรรค์หลายประเภท ได้แก่ การตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำออกเสนอ อาหารจานดัง (Signature Dish) สูตรการประกอบอาหาร รายการอาหาร รวมไปถึงการแต่งกายของพนักงานในร้าน เพื่อใช้ในการจูงใจผู้บริโภคให้เข้ามารับประทานอาหารที่ร้านอาหารของตน ซึ่งการคิดสร้างสรรค์งานเหล่านี้ต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ เงินลงทุน และเวลาในการคิดอย่างมาก โดยในปัจจุบันกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยมีการให้ความคุ้มครองแต่เพียงสูตรอาหารเท่านั้น แต่ยังไม่ให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอ อาหารจานดัง (Signature Dish) รายการอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ภายนอกและภายในของร้าน รวมไปถึงการแต่งกายของพนักงาน ดังนั้นจึงควรขยายความคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยให้ครอบคลุมถึงงานสร้างสรรค์ทุกประเภทของอุตสาหกรรมการบริการอาหาร โดยใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าในส่วนของหลักรูปลักษณ์ของสินค้าและบริการ (Trade Dress) ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีหลักการให้ความคุ้มครองรูปลักษณ์ของสินค้าและบริการ

1.5 วิธีการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษา ค้นคว้า รวบรวมข้อมูล และวิเคราะห์ตัวบทกฎหมาย คำอธิบาย บทความในวารสารกฎหมาย ตลอดจนเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งการสัมภาษณ์เชิงลึกกับผู้เชี่ยวชาญทางด้านอาหาร ภายในประเทศด้วย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวทางของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยที่ให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร

1.6.2 ทำให้ทราบถึงแนวทางของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ที่ให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร

1.6.3 ทำให้ทราบถึงข้อพิพาทของอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา

1.6.4 ทำให้มีการเสนอแนวทางการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหารในประเทศไทย

1.7 นิยามศัพท์

รูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการ (Trade Dress) คือ หลักการทางกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่รูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการ โดยใช้หลักการของ “ความเหมือนหรือคล้าย หรือที่เรียกว่า Look and Feel” มาใช้ในการตัดสินว่ารูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการนั้นละเมิดรูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการตามที่โจทก์กล่าวอ้างหรือไม่

บทที่ 2
ภาพรวมของอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

2.1 ความสำคัญและความหมายของอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์

ตามที่รัฐบาลได้กำหนดนโยบายการพัฒนาประเทศไทยไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 11 โดยกำหนดให้ประเทศไทยขับเคลื่อนเศรษฐกิจโดยใช้เศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์เป็นหลักในการพัฒนาประเทศ[1] โดยแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 พ.ศ. 2555-2559 ได้กำหนดยุทธศาสตร์ในการพัฒนาเศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ของไทยไว้โดยให้มีการพัฒนาครอบคลุมทั้งในด้านการพัฒนาธุรกิจสร้างสรรค์ เมืองสร้างสรรค์ อุตสาหกรรมสร้างสรรค์ และการเกษตรสร้างสรรค์ โดยใช้ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี ความคิดสร้างสรรค์และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการพัฒนาให้เศรษฐกิจของไทยเป็นเศรษฐกิจที่มีคุณภาพและยั่งยืน[2] จากการศึกษาของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในปี พ.ศ. 2549 พบว่ามูลค่าของอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ของไทยมีจำนวนประมาณ 840,621 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 10.7 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมของประเทศ[3] เศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์จึงมีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศ

สำหรับคำว่า “เศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ (Creative Economy) ได้มีผู้ที่ให้คำนิยามไว้ดังนี้

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก WIPO (World Intellectual Property Organization) ได้ให้นิยามของคำว่า “เศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์” ไว้ว่าคือ แนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ทางด้านศิลปะ วัฒนธรรม หรืองานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ ศิลปิน ผู้แต่ง รวมไปถึงบริษัทที่ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ดังกล่าว[4]

องค์กรความร่วมมือเพื่อการค้าและการพัฒนา UNCTAD (United Nation Conference on Trade and Development) ได้ให้ความหมายของ “เศรษฐกิจสร้างสรรค์” ในบริบทของการขับเคลื่อน

---

[1]พิสุทธิ์ พลับสวาท, **Creative Economy เศรษฐกิจสร้างสรรค์** [Online], 10 มกราคม 2554. แหล่งที่มา www.kmlite.wordpress.com/2011/01/10/v4i1-07/.

[2]สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **สรุปสาระสำคัญแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่สิบเอ็ด พ.ศ. 2555-2559** [Online], 4 กันยายน 2557. แหล่งที่มา www.nesdb.go.th/Portals/0/news/plan/p11/SummaryPlan11_thai.pdf.

[3]“เศรษฐกิจสร้างสรรค์”, **eTAT Tourism Journal** [Online], 25 เมษายน 2554. แหล่งที่มา www.etatjournal.com/web/etat-journal/2011/2011-apr-jun/314-creative-economy.

[4]WIPO, **WIPO Draft Guidelines on Assessing the Economic, Social and Cultural Impact of Copyright on the Creative Economy** [Online], 4 September 2014. Available from www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/escia.pdf.

การพัฒนาเศรษฐกิจไว้ว่า “เป็นแนวความคิดในการพัฒนาและสร้าง ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจโดยใช้สินทรัพย์ที่เกิดจากการใช้ความคิดสร้างสรรค์”[5]

จอห์น ฮาว์กิ้นส์ (John Howkins) ได้ให้ความหมายของเศรษฐกิจสร้างสรรค์ คือ แนวคิดที่จะสร้างให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทั้งต่อภาคการผลิต ภาคการบริการ ภาคการขาย รวมทั้งอุตสาหกรรมความบันเทิง เป็นแนวคิดที่อยู่บนการทำงานแบบใหม่ที่มีปัจจัยหลักมาจากความสามารถและทักษะพิเศษของบุคคล[6]

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 ได้กำหนดให้มียุทธศาสตร์ในการ

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้ให้คำนิยามของเศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ไว้ว่า คือ กระบวนการหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ใช้พื้นฐานของสินทรัพย์ทางวัฒนธรรม (Cultural Asset-Based) ร่วมกับความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) นวัตกรรม (Innovation) หรือเทคโนโลยี ในการสร้างสรรค์สินค้าและบริการที่สามารถสร้างมูลค่าเพิ่มในเชิงพาณิชย์ (Commercialization) หรือคุณค่าเพิ่มทางสังคม[7]

และศูนย์สร้างสรรค์งานออกแบบ (Thailand Creative & Design Center: TCDC) ได้ให้นิยามไว้ว่า “การสร้างมูลค่าที่เกิดจากความคิดของมนุษย์ สาขาการผลิตที่พัฒนาไปสู่เศรษฐกิจสร้างสรรค์และอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ (Creative Industries: CI)” เป็นกลุ่มกิจกรรมการผลิตที่ต้องพึ่งพาความคิดสร้างสรรค์เป็นวัตถุดิบสำคัญ[8]

จากนิยามของเศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า เศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ คือ เศรษฐกิจที่ใช้ความคิดสร้างสรรค์ของบุคคลในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ โดยการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นองค์ประกอบในการส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์นั่นเอง

ทั้งนี้เศรษฐกิจสร้างสรรค์นั้นสามารถแบ่งขอบเขตได้หลายขอบเขตตามความเหมาะสมทางพื้นฐานวัฒนธรรม สภาพแวดล้อมของประเทศเหล่านั้น โดยองค์กรความร่วมมือเพื่อการค้าและการพัฒนา

---

[5]เสาวรภย์ กุสุมา ณ อยุธยา, **Creative Economy ทางเลือกใหม่ในการพัฒนาเศรษฐกิจไทย** [Online], 19 สิงหาคม 2553. แหล่งที่มา www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/jan_mar_10/pdf/23-28.pdf.

[6]ชาญณรงค์ ชัยพัฒน์, **บทบาทและสภาพการณ์ของอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ในประเทศไทย** [Online], 19 สิงหาคม 2553. แหล่งที่มา www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/jan_mar_10/pdf/18-22.pdf.

[7]สำนักงานพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **อุตสาหกรรมสร้างสรรค์** [Online], 26 มีนาคม 2556. แหล่งที่มา www.ce.nesdb.go.th/.

[8]เสาวรภย์ กุสุมา ณ อยุธยา, **Creative Economy ทางเลือกใหม่ในการพัฒนาเศรษฐกิจไทย** [Online].

UNCTAD (United Nation Conference on Trade and Development) ได้กำหนดขอบเขตของเศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ไว้ 4 ประเภท คือ

1) ประเภทมรดกทางวัฒนธรรม (Culture Heritage) คือกลุ่มอุตสาหกรรมประเภทประวัติศาสตร์ โบราณคดี ประเพณี ความเชื่อ และ สภาพทางสังคม ได้แก่ กลุ่มงานด้านศิลปะและงานฝีมือ โบราณสถาน เป็นต้น

2) ประเภทศิลปะ (Arts) เป็นกลุ่มสื่อผลิตงานสร้างสรรค์ ที่สื่อสารกับคนกลุ่มใหญ่ เช่น งานภาพวาด การแสดงดนตรี การเต้นรำ เป็นต้น

3) ประเภทสื่อ (Media) เป็นกลุ่มผลิตงานสร้างสรรค์ที่ สื่อสารกับคนกลุ่มใหญ่ และ

4) ประเภทหน้าที่ (Function Creation) เป็นกลุ่มของสินค้าและบริการที่ตอบสนองความต้องการของลูกค้าที่แตกต่างกัน[9]

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้กำหนดขอบเขตของเศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ของประเทศไทยไว้ดังนี้

1) กลุ่มมรดกทางวัฒนธรรมและธรรมชาติ ซึ่งประกอบไปด้วย กลุ่มงานฝีมือ แพทย์แผนไทย อาหารไทย ท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรมหรือความหลากหลายทางชีวภาพ

2) กลุ่มศิลปะ ซึ่งประกอบด้วย กลุ่มศิลปะการแสดง และกลุ่มทัศนศิลป์

3) กลุ่มสื่อ ประกอบด้วย กลุ่มภาพยนตร์และวีดีทัศน์ กลุ่มการพิมพ์ กลุ่มกระจายเสียง และกลุ่มดนตรี

4) กลุ่มงานสร้างสรรค์และงานออกแบบ ประกอบด้วย กลุ่มการออกแบบ กลุ่มแฟชั่น กลุ่มการโฆษณา กลุ่มซอฟแวร์และกลุ่มสถาปัตยกรรม[10]

จะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นมีการเพิ่มกลุ่มงานในด้านอาหารไทยและการแพทย์แผนไทยเข้ารวมอยู่ในกลุ่มของมรดกทางวัฒนธรรมและเชื้อชาติ เนื่องจากประเทศไทยมีความสามารถในด้านการผลิตอาหารและการแพทย์แผนไทยสูงนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากมูลค่าการส่งออกอาหารของประเทศไทย ในแต่ละปีที่มีจำนวนเฉลี่ยสูงถึง 20,000 ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกา หรือคิดเป็นจำนวน 7,800,000 ล้านบาท อีกทั้งยังมีการคาดการณ์อีกด้วยว่าในปี พ.ศ. 2560 มูลค่าการส่งออกอาหารของไทยจะสูงถึงจำนวน 2 ล้านล้านบาทเลยทีเดียว[11]

---

[9]เรื่องเดียวกัน, 19.

[10]อาคม เติมพิทยาไพสิฐ, **เศรษฐกิจสร้างสรรค์ของไทย** [Online], 28 มีนาคม 2554. แหล่งที่มา www.nesdb.go.th/Portals/0/news/research/data_0401040411.pdf.

[11]พลอย มัลลิกะมาส, **ตอบโจทย์ AEC: นวัตกรรมอาหารเพื่อ "ครัวไทยสู่อาเซียน" โดย ผศ.ดร.บัณฑิต อินณวงศ์ แห่ง Innovative House** [Online], 12 ตุลาคม 2555. แหล่งที่มา www.article.tcdcconnect.com/articles/innovatie-house-aec.

อุตสาหกรรมอาหารจึงเป็นกลุ่มอุตสาหกรรมที่ทำรายได้เข้าสู่ประเทศเป็นอย่างมาก และจากนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการให้ประเทศไทยเป็น “ครัวไทยสู่ครัวโลก” ซึ่งเป็นนโยบายหนึ่งของระบบเศรษฐกิจสร้างสรรค์ในกลุ่มของมรดกและวัฒนธรรม ที่เรียกว่า “อุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์” จึงเป็นกลุ่มอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญที่ควรได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จากความสำคัญของกลุ่มอุตสาหกรรมอาหาร จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงความหมายของอุตสาหกรรมอาหารเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่จะให้ความคุ้มครองให้ครอบคลุมแก่งานสร้างสรรค์ที่อยู่ในกลุ่มของอุตสาหกรรมอาหาร

ความหมายของอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์

เนื่องจากกลุ่มอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์เป็นกลุ่มอุตสาหกรรมที่อยู่ในระบบเศรษฐกิจสร้างสรรค์ของประเทศไทยโดยเฉพาะ ในปัจจุบันทั่วโลกจึงยังไม่มีคำนิยามและการกำหนดประเภทที่แน่นอนของกลุ่มอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ อย่างไรก็ตามสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้ให้คำนิยามและกำหนดประเภทของอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ไว้ดังนี้

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้ให้คำนิยามของอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ไว้ว่าคือ การสร้างสรรค์อาหารทั้งในรูปแบบของตัวอาหาร การนำเสนอ ไปจนถึงกระทั่งวิธีการรับประทาน[12]

เมื่อพิจารณาคำว่า “อุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์” จะพบว่าประกอบไปด้วยคำว่า “อุตสาหกรรมอาหาร” กับคำว่า “สร้างสรรค์” เราจึงต้องพิจารณาความหมายของทั้งสองคำนี้ประกอบกันจึงจะได้ความหมายของอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ โดยคำว่า “อุตสาหกรรมอาหาร” หมายถึง อุตสาหกรรมที่นำผลิตผลจากภาคการเกษตร ได้แก่ผลิตผลจากพืช ปศุสัตว์และประมง มาใช้เป็นวัตถุดิบหลักในการผลิตอาหาร โดยอาศัยเทคโนโลยีการแปรรูปอาหารและการถนอมอาหาร ตลอดจนเทคโนโลยีเครื่องจักรอุปกรณ์ที่ใช้ในกระบวนการแปรรูปอาหาร บรรจุภัณฑ์อาหาร เพื่อผลิตผลิตภัณฑ์อาหารให้ได้ปริมาณมาก มีคุณภาพสม่ำเสมอ ปลอดภัย สะดวกต่อการบริโภค หรือการนำไปใช้ในขั้นตอนต่อไปและเป็นการยืดอายุการเก็บรักษาผลิตผลจากพืช ปศุสัตว์ และประมง[13] ส่วนคำว่า “สร้างสรรค์” ตามความหมายของนาย จอห์น ฮาว์กิ้นส์ (John Howkins) หมายถึง ศักยภาพในการสร้างสิ่งแปลกใหม่ คือ การผลิตโดยบุคคลคนหนึ่งหรือมากกว่าที่มีความคิดและการประดิษฐ์คิดค้นที่เป็นส่วนตัว เป็นต้นแบบที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน และมีความหมายสำคัญ ซึ่งเป็นเรื่องของพรสวรรค์และความถนัด โดยอาจเป็นเพียง

---

[12]สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **กลุ่มอุตสาหกรรมอาหาร** [Online], 26 มีนาคม 2556. แหล่งที่มา www.ce.nesdb.go.th/?mod=welcome&op=ce_detail_food.

[13]พิมพ์เพ็ญ พรเฉลิมพงศ์ และนิธิยา รัตนาปนนท์, **อุตสาหกรรมอาหาร** [Online], 22 เมษายน 2556. แหล่งที่มา www.foodnetworksolution.com/wiki/word/2561.

ความคิดหรือการกระทำก็ได้[14] พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของคำว่า “สร้างสรรค์” คือ การสร้างให้มีให้เป็นขึ้น หรือมีลักษณะริเริ่มในทางดี[15] เมื่อนำคำว่า “อุตสาหกรรมอาหาร” และคำว่า “สร้างสรรค์” มารวมกัน “อุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์” จึงหมายถึง การผลิตผลิตภัณฑ์ทางด้านอาหารที่มีการใช้ความคิดและการประดิษฐ์ที่มีความใหม่ และมีความสำคัญ ปลอดภัยต่อการบริโภค ไม่ว่าจะเป็นการสร้างสรรค์ในรูปแบบของอาหาร หรือบรรจุภัณฑ์ของอาหาร

ดังนี้เมื่อพิจารณาจากนิยามของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและจากธรรมชาติของคำแล้วจึงอาจกล่าวได้ว่า “อุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์” นั้นคือ การสร้างสรรค์อาหารโดยใช้กระบวนการผลิตไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ และในการผลิตอาหารนั้นต้องใช้แนวความคิดของบุคคลที่มีความแปลกใหม่ในการผลิตอาหารไม่ว่าจะเป็นในด้านรูปแบบของตัวอาหาร การนำเสนอ รวมถึงวิธีของการรับประทานด้วย

ปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้แบ่งประเภทของอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ไว้เป็น 3 ประเภทแบบกว้าง ๆ คือ

1) Cosmetic Change คือ การเติมรูปลักษณ์ของอาหาร โดยไม่เปลี่ยนแปลงสสารเนื้อความเดิม

2) Context Change คือ การพัฒนาและเปลี่ยนแปลงรูปแบบอาหารเดิม เพื่อเข้าถึงกลุ่มผู้บริโภคใหม่ ๆ และ

3) Concept Change คือ การสร้างคุณค่าให้อาหารที่ฉีกแนวจากวิธีเดิม ๆ ไม่มุ่งเฉพาะแต่ตัวอาหารอย่างเดียว หากยังคิดรวมถึงการปรับกระบวนทัศน์ รูปแบบธุรกิจใหม่ ๆ ด้วย[16]

จากประเภทที่สำนักงานคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้แบ่งไว้นั้น จากลักษณะของกลุ่มธุรกิจให้บริการด้านอาหารจะอยู่ในกลุ่มของ Concept change คือเป็นกลุ่มที่มีการสร้างคุณค่าให้แก่อาหาร โดยไม่ได้มุ่งแต่จะปรับปรุงคุณภาพของอาหารเท่านั้น แต่ยังมุ่งรวมไปถึงการปรับกระบวนทัศน์ และรูปแบบทางธุรกิจด้วย เนื่องจากในธุรกิจให้บริการอาหารนั้น นอกจากจะต้องปรุงอาหารให้มีรสชาติอร่อย คุณภาพดีแล้ว ยังต้องมีการตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารและสไตล์ของจานอาหารให้ดูสวยงาม มีการคิดค้นอาหารเฉพาะตัวที่เป็นเอกลักษณ์ของพ่อครัว รวมไปถึงการตกแต่งบรรยากาศของร้านให้ดูดี สวยงามอีกด้วย

---

[14]จอห์น ฮาวกินส์, **เศรษฐกิจสร้างสรรค์: เขามั่งคั่งจากความคิดกันอย่างไร**, แปลโดย คุณากร วาณิชย์วิรุฬห์ (กรุงเทพฯ: อัมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2552), 1.

[15]ณัฐวรรธน์ นวะมะรัตน์, **ความคิดและการสร้างสรรค์ (1)** [Online], 26 พฤศจิกายน 2554. แหล่งที่มา www.portal.in.th/learninghome/pages/12167/.

[16]สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **กลุ่มอุตสาหกรรมอาหาร** [Online].

2.2 ลักษณะของธุรกิจให้บริการอาหาร (Hospitality and Catering)

เมื่อกล่าวถึงธุรกิจการให้บริการ บุคคลทั่วไปมักจะคำนึงถึงธุรกิจประเภทโรงแรม การเงินการธนาคาร การท่องเที่ยว แต่ในธุรกิจให้บริการแท้ที่จริงแล้วมีหลากหลายสาขาการให้บริการไม่ว่าจะเป็นร้านอาหาร โรงเรียน บ้านพักตากอากาศ การให้เช่าบ้านพัก เป็นต้น ในการจัดตั้งธุรกิจให้บริการอาหารนี้ผู้ประกอบกิจการจำเป็นจะต้องปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535[17] ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมกิจการร้านอาหารให้มีความสะอาด และปลอดภัยของอาหารโดยกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในธุรกิจให้บริการอาหาร แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยมุ่งศึกษาในส่วนของธุรกิจให้บริการด้านอาหาร หรือที่เรียกว่า Hospitality and Catering เฉพาะในส่วนที่เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในธุรกิจให้บริการอาหารเท่านั้น จากวัตถุประสงค์นี้เองจึงจำเป็นต้องทราบถึงคำนิยามของธุรกิจให้บริการอาหารเสียก่อน ธุรกิจให้บริการอาหาร (Hospitality and Catering) สามารถแยกคำออกได้เป็นสองส่วนคือ ส่วนของคำว่า Hospitality และส่วนของคำว่า Catering

คำว่า “Hospitality” นั้นมีคำนิยามคือ การจัดการในส่วนด้านของการบริการ ไม่ว่าจะเป็นการจัดการรูปแบบของร้าน หรือการต้อนรับลูกค้าเป็นต้น ส่วนคำว่า “Catering” นั้นมีคำนิยามคือ การจัดการในส่วนของอาหารและเครื่องดื่ม อาหารนี้จะผ่านการปรุงมาแล้วหรือไม่ก็ได้แต่อาหารนั้นต้องพร้อมที่จะจำหน่ายได้แล้ว[18] เมื่อรวมทั้งสองคำเข้าด้วยกัน Hospitality and Catering จึงหมายถึง ธุรกิจให้บริการด้านอาหารและเครื่องดื่ม โดยมีการตกแต่งรูปแบบของร้าน และมีการให้บริการที่ดีแก่ลูกค้านั่นเอง

ธุรกิจให้บริการนั้นสามารถแยกออกได้เป็น 2 ภาคส่วน คือ ภาคส่วนที่ให้บริการเพื่อการค้าและภาคส่วนการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการจัดการด้านอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งธุรกิจให้บริการอาหารนั้นจะอยู่ในภาคส่วนที่ให้บริการเพื่อการค้า เนื่องจากในภาคส่วนที่ให้บริการเพื่อการค้านี้เป็นภาคส่วนบริการที่ประกอบไปด้วยร้านจำหน่ายสินค้าต่าง ๆ (Outlet) ตัวอย่างธุรกิจให้บริการที่อยู่ในภาคส่วน

---

[17]ศูนย์พัฒนาทรัพยากรการศึกษา มหาวิทยาลัยมหาสารคาม, **การสุขาภิบาลอาหาร** [Online], 11 กันยายน 2556. แหล่งที่มา www.elearning.msu.ac.th/opencourse/0709%20307/unit4_1_5.html.

[18]Johns, Y., editor, **Hospitality and Catering GNVQ: Intermediate textbook**, (Oxford: Butterworth-Heinemann, 1995), 2.

เพื่อการค้า เช่น ธุรกิจโรงแรม (Hotels) ธุรกิจร้านอาหาร (Restaurants) ธุรกิจให้บริการที่พักแก่ผู้ที่มาพัก (Guest Houses) ธุรกิจให้บริการที่พักสาธารณะ (Public Houses) เป็นต้น[19]

ในปัจจุบันธุรกิจให้บริการอาหารนั้นเป็นธุรกิจที่มีความเจริญเติบโตสูง ดังจะเห็นได้จากมูลค่าของธุรกิจให้บริการอาหารของโลกในปี 2554 มีมูลค่าประมาณ 2,500 พันล้านดอลล่าร์สหรัฐฯ หรือ 76,653.4 พันล้านบาท มีอัตราการเติบโตเพิ่มขึ้นคิดเป็นร้อยละ 5 เมื่อเทียบกับปี 2553 ร้านอาหารในประเทศไทยนั้นสามารถแบ่งได้ออกเป็น 6 ประเภท คือ

1) ร้านคาเฟ่ หรือบาร์ (Café/ Bar) ร้านคาเฟ่นั้นเป็นร้านที่เปิดให้บริการในตอนเย็น โดยจะมีการให้บริการอาหารที่มีลักษณะเป็นอาหารพื้นบ้านทั่วไป ลูกค้าของร้านคาเฟ่นั้นจะเป็นกลุ่มที่ต้องการทานอาหารที่มีการให้บริการอย่างรวดเร็วและราคาไม่แพงมากนัก โดยภายในร้านคาเฟ่นั้นจะมีการตกแต่งที่ไม่หรูหรา แต่เป็นการตกแต่งแบบธรรมดา ส่วนบาร์นั้นจะเป็นร้านที่มีขนาดร้านปานกลางและมักจะเปิดให้บริการในเมืองใหญ่ ๆ โดยบาร์จะเป็นร้านที่ให้บริการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นหลัก โดยอาจมีซุ้มวางอาหารไว้ในร้านหรือไม่ก็ได้[20] ตามตัวอย่างภาพที่ 2.1

ภาพที่ 2.1: ร้านคาเฟ่หรือบาร์ (Café/ Bar)

ที่มา: The Westin Verasa Napa. (2013). *Luxury Elegant Café and bar interior design of The Westin Verasa Napa Hotel, California.* Retrieved from www.californiamarkt.com.

2) ร้านบริการจัดส่งอาหารถึงบ้านหรือร้านอาหารแบบซื้อกลับไปทานที่บ้าน (100% Home Delivery/ Takeaway) เป็นร้านจำหน่ายอาหารที่ผู้ซื้ออาหารสามารถนำอาหารนั้นไปทานที่ไหนก็ได้ โดยร้านอาหารแบบซื้อกลับบ้านนี้จะมีช่วงระยะเวลาการในการเปิดให้บริการจำหน่ายอาหารตั้งแต่เวลาเช้าจนถึงเวลาค่อนข้างดึก[21] ตามตัวอย่างภาพที่ 2.2

---

[19]Ibid, 2.

[20]Ibid, 7.

[21]Ibid.

ภาพที่ 2.2: ร้านบริการจัดส่งอาหารถึงบ้านหรือร้านอาหารแบบซื้อกลับไปทานที่บ้าน (100% Home Delivery/ Takeaway)

ที่มา: lbyang. (2012). *Cheap Authentic Eats at Ton Ton Takeaway (Sydney, NSW)*. Retrieved from www.awifescharmedlife.blogspot.com/2012/08/cheap-authentic-eats-at-ton-ton.html.

3) ร้านอาหารที่ให้บริการแบบเต็มรูปแบบ (Full-Service) เป็นร้านให้บริการจำหน่ายอาหารที่มีการตกแต่งร้านสวยงาม มีการให้บริการลูกค้าโดยมีพนักงานคอยให้บริการอาหาร มีห้องน้ำภายในร้าน ซึ่งร้านอาหารที่ให้บริการแบบเต็มรูปแบบนี้ลูกค้าจะได้รับความสะดวกสบายตลอดเวลาที่อยู่ภายในร้าน[22] ตามตัวอย่างภาพที่ 2.3

ภาพที่ 2.3: ร้านอาหารที่ให้บริการแบบเต็มรูปแบบ (Full-Service)

ที่มา: TAHITI. (2013). *Tahiti*. Retrieved from www.tahiti-beach.com/en/ramatuelle-tahiti-hotel-plage-saveurs.php.

[22]Ibid.

4) ร้านอาหารจานด่วน (Fast Food) ร้านอาหารจานด่วนนี้เป็นร้านอาหารที่ให้บริการอาหารแบบที่ทานง่าย ๆ ลูกค้าผู้เข้าใช้บริการเป็นลูกค้าที่ต้องการความเร่งด่วนในการทานอาหาร โดยร้านอาหารจานด่วนนี้จะมีระยะเวลาการเปิดให้บริการตั้งแต่เช้าไปจนถึงเวลากลางคืน[23] หรืออาจเปิดให้บริการตลอดทั้งวันทั้งคืน ตัวอย่างร้านอาหารจานด่วน เช่น ร้านแมคโดนัลด์ที่เปิดให้บริการอาหารตลอดทั้งวันทั้งคืน เป็นต้นตามตัวอย่างภาพที่ 2.4

ภาพที่ 2.4: ร้านอาหารจานด่วน (Fast Food)

ที่มา: MCDonald Restaurant Thailand. (2011). *MC Donald Thailand.* Retrieved from www.maekha.com/mcdonald/?ComID=8.

5) ร้านอาหารเล็ก ๆ ตามข้างทาง (Street Stalls) เป็นร้านที่จำหน่ายอาหารเล็ก ๆ ซึ่งมักจะอยู่ตามข้างทาง โดยผู้ให้บริการจะประกอบและปรุงอาหารอยู่ภายในร้านต่อหน้าลูกค้าผู้สั่งอาหารและลูกค้าจะสามารถนั่งทานอาหารที่หน้าร้านได้ในทันที[24] ตามตัวอย่างภาพที่ 2.5

ภาพที่ 2.5: ร้านอาหารเล็ก ๆ ตามข้างทาง (Street Stalls)

ที่มา: ChubbyLawyer. (2011). *Albert street food centre*. Retrieved from www.foodietaste.com/restaurant_detail.asp?id=463#.

---

[23] Ibid.

[24] Hayward, B., **What are street stalls** [Online], 18 September 2013. Available from www.streetstalls.co.uk/concept.html.

6) ร้านอาหารแบบบริการตนเอง (Self – Service Cafeterias) เป็นร้านอาหารที่ลูกค้าต้องให้บริการตัวเอง กล่าวคือ เป็นร้านอาหารที่มีผู้ให้บริการตักอาหารอยู่ภายในเคาน์เตอร์ และลูกค้าต้องยืนรออาหารเพื่อนำกลับไปทานที่โต๊ะที่มีการจัดไว้ให้เอง ตามตัวอย่างภาพที่ 2.6

ภาพที่ 2.6: ร้านอาหารแบบบริการตนเอง (Self – Service Cafeterias)

ที่มา: Senkaya, A. E. (2013). *Stock photo – Business woman take cafeteria lunch self service buffet food.* Retrieved from www.123rf.com/photo_17251361_business-woman-take-cafeteria-lunch-self-service-buffet-food.html.

ซึ่งธุรกิจให้บริการอาหารแบบเต็มรูปแบบเป็นธุรกิจให้บริการอาหารที่เป็นนิยมมากที่สุดทั่วโลก จากการคาดการณ์ระหว่างปี 2554-2559 ธุรกิจให้บริการอาหารแบบเต็มรูปแบบนี้จะมีมูลค่าการเติบโตสูงสุด โดยมีมูลค่าประมาณ 134.3 พันล้านดอลล่าร์สหรัฐฯ หรือประมาณ 4,117.8 พันล้านบาท[25] จากมูลค่าการเติบโตของธุรกิจให้บริการอาหารแบบเต็มรูปแบบที่สูงนี้เอง จึงส่งผลให้ธุรกิจให้บริการอาหารแบบเต็มรูปแบบเป็นธุรกิจที่มีการแข่งขันของบรรดาร้านอาหารแบบเต็มรูปแบบสูง อีกทั้งในปี พ.ศ. 2558 ประเทศไทยจะรวมตัวกับประเทศเพื่อนบ้านในทวีปเอเชียตะวันออกเฉียงใต้อีก 9 ประเทศ หรือที่เรียกว่า ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ซึ่งประเทศไทยเป็นจุดศูนย์รวมการเดินทางในทวีปเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยไทยจะเป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยวและการขนส่ง[26] ส่งผลให้เมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี พ.ศ. 2558 แล้วไทยจะมีคนเดินทางเข้า ออกในประเทศเพิ่มมากขึ้น ธุรกิจการท่องเที่ยวจะเป็นธุรกิจที่เติบโตสูงขึ้น ทำให้ธุรกิจบริการด้านอาหารเติบโตตามธุรกิจการท่องเที่ยวไปด้วย เนื่องจากคนที่เดินทางท่องเที่ยวนั้นไม่สามารถที่จะประกอบอาหารรับประทานเองได้ จึงต้องบริโภคอาหารจากร้านอาหารที่ให้บริการอยู่ภายในประเทศ จึงส่งผลให้ธุรกิจให้บริการด้านอาหาร

[25]จารุวรรณ เจตเกษกิจ, **แนวโน้มธุรกิจบริการอาหารโลก** [Online], 4 เมษายน 2556. แหล่งที่มา www.e-journal.dip.go.th/LinkClick.aspx?fileticket=lPHsRlFeTyI%3D&tabid=311.

[26]Thai-aec.com, **AEC คืออะไร** [Online], 5 มีนาคม 2555. แหล่งที่มา www.thai-aec.com/41#ixzz2Jx7N3vPC.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งร้านอาหารแบบเต็มรูปแบบนั้นมีแนวโน้มเติบโตตามธุรกิจบริการการท่องเที่ยว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงศึกษาร้านอาหารที่ให้บริการแบบเต็มรูปแบบ

ร้านอาหารที่ให้บริการแบบเต็มรูปแบบนั้นจะประกอบไปด้วย ผู้จัดการร้านอาหารที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลบริหารร้านอาหาร พนักงานเสิร์ฟที่ให้บริการอำนวยความสะดวกแก่ลูกค้า พ่อครัวที่มีหน้าที่ในการทำอาหาร คิดค้นรายการอาหาร สูตรอาหาร รวมไปถึงการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร รวมไปถึงอาหารจานดัง (Signature Dish) ซึ่งพ่อครัวในร้านอาหารแบบเต็มรูปแบบนั้นต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการประกอบอาหารแต่ละจานเพื่อนำเสนอให้แก่ลูกค้า ตัวอย่างของร้านอาหารที่ให้บริการแบบเต็มรูปแบบ เช่น ร้านน้ำ ที่มีการตกแต่งร้านโดยได้แรงบันดาลใจมาจากซากปรักหักพังของอยุธยา ร้านแกกกันที่มีการสร้างสรรค์อาหารใหม่ ๆ จากความคิดสร้างสรรค์ของเชฟ ร้านสระบัว บาย คิน คิน ที่มีการสร้างสรรค์อาหารในสไตล์ Molecular ที่อาหารนั้นสร้างสรรค์มาด้วยความคิดของเชฟที่มีความแปลกใหม่ อย่างเช่น แกงแดงสูตรแช่แข็งเสิร์ฟพร้อมสลัดกุ้งล็อบสเตอร์[27] เป็นต้น

ภาพที่ 2.7: การตกแต่งร้านอาหารของร้านน้ำ

ที่มา: nuntarat. (2555). *ร้านน้ำ (Nahm) ย่านสาทร ติดอันดับ 50 ร้านอาหารที่ดีที่สุดในโลก*. สืบค้นจาก www.news.mthai.com/world-news/164027.html.

[27]Dunston, L., “Top Tables”, **Sawasdee** (June 2013): 40-41.

ภาพที่ 2.8: แกงแดงสูตรแซ่แข็งเสิร์ฟพร้อมสลัดกุ้งล็อบสเตอร์

ที่มา: ToppingDS. (2012). *[CR]...Dinner Set @ Sra Bua by Kiin Kiin, Siam Kenpinski Hotel.* Retrieved from www.topicstock.pantip.com/food/topicstock/2012/05/D12164677/D12164677.html.

ด้วยลักษณะของร้านอาหารแบบเต็มรูปแบบที่มีการแข่งขันสูงและมีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการประกอบอาหารมากจึงควรได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

2.3 ศิลปะในการทำอาหาร

คำว่า “ศิลปะ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2541 ได้ให้ความหมายของศิลปะหมายถึง ผลแห่งพลังความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่แสดงออกมาในรูปลักษณ์ต่าง ๆ ให้ปรากฏซึ่งสุนทรียภาพ ความประทับใจ หรือความสะเทือนอารมณ์ ตามอัจฉริยภาพ พุทธิปัญญา รสนิยมและทักษะของแต่ละคน เพื่อความพอใจ ความรื่นรมย์ หรือเพื่อสนองตอบขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี หรือความเชื่อในลัทธิศาสนา

ศาสตราจารย์ศิลป์ พีระศรี กล่าวว่า ศิลปะคือ งานอันเป็นความพากเพียรของมนุษย์ ที่ต้องใช้ความพยายามด้วยมือและความคิดของศิลปิน

เกอเต กวีชาวเยอรมัน กล่าวว่า ศิลปะเป็นศิลปะได้เพราะว่าศิลปะไม่ใช่ธรรมชาติ

เซอร์ เฮอร์เบิร์ท รีด กวี นักปราชญ์และนักเขียนชาวอังกฤษ กล่าวว่า ศิลปะมีคำจำกัดความที่ง่ายและธรรมดาที่สุด คือ พยายามที่จะสร้างสรรค์รูปลักษณ์ความพึงพอใจขึ้นมา และรูปลักษณ์นั้นก่อให้เกิดอารมณ์ ความรู้สึกในความงามนั้น จะเป็นที่พึงพอใจได้ก็ต่อเมื่อประสาทสัมผัสของเรารู้สึกชื่นชมในเอกภาพหรือความประสานกลมกลืนกันในความสัมพันธ์อันมีระเบียบแบบแผน[28]

จากคำนิยามของศิลปะดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศิลปะคือ งานสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่มีการแสดงออกมา และไม่ใช่สิ่งที่ธรรมชาติสร้างขึ้น

เมื่อกล่าวถึงศิลปะ บุคคลทั่วไปมักจะคิดถึง ศิลปิน นักแสดง นักดนตรี นักเขียน น้อยคนที่จะคิดถึงพ่อครัว ถ้านักเขียนมีวรรณกรรมเป็นงานสร้างสรรค์ซึ่งถือว่าเป็นงานศิลปะ พ่อครัวก็มีรายการอาหารที่คิดขึ้นให้มีชื่อเรียกเฉพาะที่สวยงามอันเปรียบเสมือนงานวรรณกรรมของนักเขียน หากกล่าวถึงศิลปินซึ่งมีงานภาพวาด หรืองานแกะสลักเป็นงานสร้างสรรค์ พ่อครัวก็มีมุมมองในการแสดงผลงานศิลปะของตนผ่านทางรูปลักษณ์ความสวยงามของอาหาร[29] ดังนั้นการทำอาหารจึงถือเป็นงานศิลปะแขนงหนึ่ง พ่อครัวจึงถือว่าเป็นศิลปินเช่นเดียวกัน เนื่องจากพ่อครัวเป็นผู้สร้างสรรค์งานทางด้านศิลปะที่ก่อให้เกิดความประทับใจจากการได้สัมผัสรสชาติ รูปลักษณ์ของอาหารแก่ผู้ที่ได้สัมผัสงานสร้างสรรค์ดังกล่าว และได้มีการแสดงออกมาผ่านทางการทำอาหารแล้ว

การทำอาหารต้องประกอบด้วยศิลปะทางลิ้น คือ อาหารต้องมีรสชาติอร่อย ศิลปะทางตา คือ ความสวยงามของรูปลักษณ์ของอาหาร และการตกแต่งร้านอาหารหรือสถานที่ในการรับประทานอาหารต้องมีความสวยงาม ศิลปะทางจมูก คือ กลิ่นของอาหารที่มีความหอมชวนรับประทาน ศิลปะทางเสียงคือการรับประทานอาหารไปพร้อมกับเสียงเพลง ศิลปะทางกาย คือ การได้รับสารอาหารครบถ้วน และประการสุดท้ายคือ ศิลปะทางใจ คือ การได้รับความสุขจากการรับประทานอาหารของลูกค้าผู้ที่สั่งอาหารจากพ่อครัวนั่นเอง พ่อครัวจึงเปรียบเสมือนศิลปินในด้านอาหาร เนื่องจากในการทำอาหารหนึ่งจานของพ่อครัวนั้น พ่อครัวต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ ทักษะ ประสบการณ์ และศิลปะในการตกแต่งอาหาร กล่าวคือ ในการทำอาหารหนึ่งจาน เช่น การทำต้มยำกุ้งหนึ่งถ้วยนั้น พ่อครัวต้องมีการคิด เครื่องปรุง เครื่องเทศให้มีปริมาณ และความเข้ากันได้ของเครื่องปรุงและเครื่องเทศให้พอดีเพื่อให้ได้รสชาติของต้มยำกุ้งที่อร่อย มีการตกแต่งตัวต้มยำกุ้งให้มีรูปลักษณ์สวยงามแตกต่างจากต้มยำกุ้งธรรมดา และต้องใช้เทคนิคในการปรุงอีกด้วย ถึงแม้ว่าต้มยำกุ้งนั้นจะเป็นอาหารธรรมดาที่บุคคลทั่วไปจะปรุงได้ แต่เมื่อผ่านการปรุงของพ่อครัวที่มีการใส่ความคิดสร้างสรรค์ในการทำอาหารนั้นลงไป ต้มยำกุ้งชามดังกล่าวจึงถือว่า

---

[28]ดนยา เชี่ยววัฒกี, **ความหมายของคำว่า “ศิลปะ” (Art)** [Online], 29 เมษายน 2556. แหล่งที่มา www.danayart103.blogspot.com/2010/06/art.html.

[29]Dornenburg, A., & Page, K., **Culinary artistry**, (Canada: John Wiley & Sons, 1996), 2.

เป็นต้มยำกุ้งที่ไม่เหมือนกับต้มยำกุ้งธรรมดา ผู้นำพ่อครัวของอเมริกากล่าวว่า “ถึงแม้ว่าทุกคนจะทำแฮมเบอร์เกอร์ได้ แต่แฮมเบอร์เกอร์ของพ่อครัวจะไม่เหมือนกับแฮมเบอร์เกอร์โดยทั่วไป เพราะพ่อครัวมีการคิดส่วนประกอบ เครื่องปรุง เครื่องเทศให้ผสมรวมกันอย่างลงตัว รวมไปถึงทักษะ และวิธีการทำแฮมเบอร์เกอร์ที่ไม่เหมือนแฮมเบอร์เกอร์ธรรมดาทั่วไป ซึ่งถือว่าการทำดังกล่าวเป็นความรู้และความคิดในความเป็นผู้เชี่ยวชาญของพ่อครัว”[30]

แบรดลี่ ออเก็น (Bradley Ogden) กล่าวว่า “การทำอาหารต้องใช้ความสามารถทางศิลปะ” โดยการทำอาหารนั้นต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์และต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์นั้น โดยอาหารที่พ่อครัวทำขึ้นนั้นจะสามารถแสดงออกได้ถึงความเป็นตัวเองและแสดงได้ถึงพื้นฐานทางสังคมและการศึกษาของพ่อครัวผู้ทำอาหารได้

การี่ ดันโก้ (Gary Danko) กล่าวว่า การทำอาหารเป็นการผสมผสานที่สมบูรณ์แบบระหว่างศิลปะและวิทยาศาสตร์” การทำอาหารเป็นการใช้ความคิดสร้างสรรค์ภายใต้ความรู้ของเครื่องปรุงและส่วนประกอบต่าง ๆ เช่น ผักบางชนิดต้องแช่ในน้ำกรด เพื่อให้มีสีเป็นสีน้ำตาล การทำเช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ เป็นต้น

ฮิวเบิร์ท เคลเล่อร์ (Hubert Keller) เชื่อว่า ความคิดสร้างสรรค์ในการทำอาหารมีรากฐานมาจากการทำอาหารพื้นฐาน และต้องทำขึ้นด้วยมือก่อนที่จะใส่ความพยายามในด้านศิลปะลงไป โดย ฮิวเบิร์ท เคลเล่อร์ กล่าวว่า หากคุณต้องการเป็นนักร้อง คุณต้องมีพื้นฐานมาจากการฝึกร้องเพลงของผู้อื่นก่อน หากต้องการเป็นนักดนตรีคุณต้องมีพื้นฐานในการฝึกฝนการเล่นดนตรีก่อน การทำอาหารก็เช่นเดียวกัน หากคุณต้องการเป็นพ่อครัว คุณต้องฝึกฝนพื้นฐานของการทำอาหารให้ดีเสียก่อน เมื่อคุณมีประสบการณ์มากพอแล้ว คุณจะสามารถนำส่วนประกอบต่าง ๆ มาผสมผสานกันเพื่อให้เกิดความลงตัวแล้วก่อให้เกิดศิลปะในอาหารได้

เกรย์ คั้นส์ (Gray Kunz) กล่าวว่า “การจะเป็นศิลปินในด้านการทำอาหารได้นั้น จุดสำคัญไม่ได้อยู่ที่คุณจะทำอะไร แต่สำคัญที่ตัวคุณ เมื่อใดที่คุณสามารถนำความรู้สึกและความหยั่งรู้ในจิตใจใส่ลงในอาหารได้ เมื่อนั้นความเป็นศิลปินจะอยู่ในตัวคุณ”[31]

จากความคิดเห็นของพ่อครัวนั้นจะเห็นได้ว่า พ่อครัวถือเป็นศิลปินในการทำอาหาร การทำอาหารของพ่อครัวจะเกิดจากการใช้ความคิดสร้างสรรค์ ประสบการณ์ และทักษะในการทำอาหาร ที่จะใช้เครื่องปรุง เครื่องเทศ และส่วนประกอบของอาหารเพื่อปรุงให้ผสมผสานกันอย่างลงตัวได้รสชาติที่อร่อย และต้องตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารให้มีความสวยงามซึ่งการทำเหล่านี้ล้วนถือว่าเป็นงานศิลปะทั้งสิ้น

---

[30] Ibid.

[31] Ibid, 10.

ดังนั้นอาหารที่ประกอบขึ้นจากฝีมือของพ่อครัวที่ได้มีการคิดค้นสร้างสรรค์ และได้มีการตกแต่งเพื่อให้มีรูปลักษณ์ที่สวยงามเพื่อนำออกเสนอแก่ผู้บริโภคจึงถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ทางด้านศิลปะชนิดหนึ่ง ซึ่งเปรียบเสมือนงานสร้างสรรค์ทางด้านศิลปะประเภทอื่น ตัวอย่างเช่น งานแกะสลัก งานภาพวาด งานภาพเขียน เป็นต้น

2.4 งานสร้างสรรค์ในร้านอาหาร

ในร้านอาหารนั้นประกอบไปด้วยงานสร้างสรรค์หลากหลายประเภท ไม่ว่าจะเป็น รายการอาหาร สูตรอาหาร อาหารที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะของร้าน การตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารและจาน การตกแต่งรูปลักษณ์และบรรยากาศของร้าน รวมไปถึงการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร จึงควรทราบถึงรายละเอียดของงานสร้างสรรค์แต่ละประเภท

2.4.1 การตกแต่งร้านอาหาร ในการตกแต่งร้านอาหารให้มีความแปลก และสวยงามนั้น ผู้ประกอบการร้านอาหารจะต้องมีแนวความคิดก่อนว่าจะตกแต่งร้านให้มีลักษณะใด[32] เช่น หากต้องการให้ร้านอาหารมีบรรยากาศแบบไทย ผู้ประกอบการอาจต้องใช้ลวดลายศิลปะแบบไทยเพื่อให้ได้ลักษณะและบรรยากาศแบบไทย ซึ่งแนวความคิดนี้เองที่ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ แต่การที่ผู้ประกอบการมีแนวคิดเช่นนั้น ทำให้การตกแต่งร้านมีลักษณะที่ผู้บริโภคสามารถเข้าใจได้ว่าการตกแต่งร้านเช่นนี้เป็นร้านของผู้ประกอบการดังกล่าว การตกแต่งร้านในลักษณะนี้ก็อาจได้รับความคุ้มครองได้ เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกามีคดีของ Two Pesos Inc. v Taco Cabana International Inc. ซึ่งบริษัท Taco Cabana ฟ้องร้องบริษัท Two Pesos ว่าเลียนแบบการตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านอาหารของตน โดยการตกแต่งรูปลักษณ์ร้านอาหารของบริษัท Taco Cabana ซึ่งเป็นการตกแต่งร้านในสไตล์แมกซิโก[33]

2.4.2 รายการอาหาร เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นศิลปะและตัวตนของพ่อครัวผู้ทำอาหารชนิดนั้นได้ โดยสามารถดูได้จากการใช้คำในการบรรยายลักษณะของอาหารชนิดนั้น รายการอาหารนั้นสามารถเล่าถึงเรื่องราว ความเป็นศิลปะและประสบการณ์ของพ่อครัวได้ ซึ่งเปรียบเสมือนกับการเขียนวรรณกรรม เช่น การบรรยายถึงเรื่องราวของอาหารผ่านทางส่วนประกอบของอาหาร[34] โดยลักษณะในการเขียนรายการอาหารนั้นพ่อครัวต้องคำนึงถึงการผสมผสานเข้ากันได้ของอาหารแต่ละชนิดที่อยู่ในรายการอาหาร ก่อนที่จะนำอาหารนั้นมาเขียนไว้ในรายการอาหาร

---

[32]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), 32.

[33]Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. (91-971), 505 U.S. 763 (1992). [Online], 2013. Available from www.law.cornell.edu/supct/html/91-971.ZO.html.

[34]Dornenburg, A., & Page, K., **Culinary artistry**, 224.

ลีเดีย เชียร์ (Lydia Shire) กล่าวว่า การเขียนรายการอาหารนั้นต้องใช้เวลาเป็นเวลาหลายสัปดาห์ในการพัฒนาและค้นคว้าส่วนประกอบของอาหาร โดยการอ่าน พูดคุย และทดสอบความคิดเพื่อให้ได้อาหารที่ดีที่สุด เช่นการที่เขียนแกงกะหรี่ให้เป็นอาหารหนึ่งในรายการอาหาร ลีเดียต้องไปยังตลาดของชาวอินเดียเพื่อหาส่วนประกอบมาทำแกงกะหรี่[35]

นอกจากนี้รายการอาหารยังเป็นสิ่งหนึ่งที่ทำให้ลูกค้าในร้านอาหารสามารถจำร้านอาหารนั้นได้ ทำให้ร้านอาหารได้รับความนิยมมากขึ้น เช่น รายการอาหารที่ชื่อว่า “ฝรั่งกอดลาว” ซึ่งก็คือ ไส้กรอกอีสานห่อด้วยเบคอนแล้วนำไปทอด[36] ชื่อรายการอาหารที่มีความแปลกเช่นนี้สามารถทำให้ผู้บริโภคสนใจและจดจำร้านอาหารและพ่อครัวที่ทำอาหารชนิดนี้ได้ ทำให้ร้านอาหารนั้นได้รับความนิยมจากผู้บริโภคมากขึ้น

2.4.3 อาหารจานดัง หรือที่เรียกว่า Signature Dish คือ อาหารที่มีลักษณะเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของพ่อครัวผู้ทำอาหาร โดยสามารถแยกแยะได้ว่าใครเป็นผู้ทำอาหารชนิดนี้ขึ้นมา[37] อาหารจานดังนี้ (Signature Dish) สามารถใช้เป็นตัวแทนของร้านอาหารได้ ซึ่งในปัจจุบันร้านอาหารที่มีชื่อเสียงหนึ่งร้านจะนิยมเปิดร้านอาหารที่เป็นสาขาของตนเองอีกหลาย ๆ ร้าน อาหารจานดัง (Signature Dish) จึงถือว่าเป็นตัวแทนของร้านอาหารที่ทำให้ลูกค้าสามารถทราบได้ว่าร้านอาหารสาขาร้านนี้เป็นร้านอาหารที่ได้รับความนิยม เช่น ร้าน โมโมฟุคุ โค (Momofuku Ko) ของ เดวิด ฉาง (David Chang) เป็นร้านอาหารสไตล์เกาหลี โดยเดวิด มีอาหารจานดัง (Signature Dish) ของร้านคือ ไข่คาเวียร์ในไข่ (Soft-cooked Egg with Caviar)[38] ตามภาพที่ 2.9

---

[35]Ibid, 254.

[36]ระพินทรนาถ, **Eat & drink** [Online], 2551. แหล่งที่มา www.hipthailand.net/content.php?con_id=233&cate_id=17.

[37]Merritt, C., **Definition of signature dish** [Online], 8 April 2013. Available from www.ehow.com/about_7220093_definition-signature-dish.html.

[38]Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-IP industry** [Online], 30 April 2013. Available from www.westlaw.com.

ภาพที่ 2.9: รูปภาพของไข่คาเวียร์ในไข่ (Soft-cooked Egg with Caviar)

ที่มา: momofukufor2.com. (2013). *Soft cooked hen egg with caviar, onions & potato*. Retrieved from www.momofukufor2.com/2010/04/soft-cooked-hen-egg-with-caviar-onions-potato/.

ไข่คาเวียร์ในไข่ (Soft-cooked Egg with Caviar) คือ การนำเอาไข่ไก่มาต้มเป็นเวลา 5 นาที กับอีก 10 วินาที ซึ่งเป็นเวลาพอดีที่ไข่ขาวจะตั้งตัวแต่ไม่แข็งและไข่แดงยังเป็นน้ำอยู่ หลังจากนั้นจะนำขึ้นมาเพื่อใส่เครื่องปรุงรสและไข่ปลาคาเวียร์ลงไปในไข่ไก่ จากนั้นนำเข้าตู้เย็นเป็นเวลา 8 ชั่วโมง และนำออกเสิร์ฟพร้อมกับผักสลัดที่เป็นสมุนไพร 5 ชนิดและโรยด้วยผงเบคอน โดยเดวิด มีแนวคิดมาจากการเดินทางไปท่องเที่ยวทั้งในประเทศญี่ปุ่นและเกาหลี โดยเดวิดมีแรงบันดาลใจในการสร้างสรรค์ไข่ในไข่นี้มาจากการชอบรับประทานไข่ รวมไปถึงวิธีการต้มไข่ของชาวญี่ปุ่นและเกาหลีด้วย[39] อาหารจานดัง (Signature Dish) ของเดวิดนี้ได้รับความนิยมจากผู้บริโภคอย่างมาก โดยเดวิดเปิดร้านอาหารของตนเองหลายร้าน และทุกร้านของเดวิดจะมีรายการอาหารนี้ จะเห็นได้ว่า อาหารจานดัง (Signature Dish) สามารถใช้เป็นตัวแทนของร้านอาหารในฐานะที่เป็นอาหารที่ได้รับความนิยมและรู้จักจากผู้บริโภคได้ อีกทั้งยังเป็นสิ่งที่รับรองแก่ผู้บริโภคที่เข้ามารับประทานอาหารในร้านอาหารว่าจะได้รับคุณภาพและความอร่อยจากร้านอาหารอีกด้วย

2.4.4 สูตรอาหารนั้นจะมีทั้งสูตรอาหารที่ได้แสดงความคิดออกมาในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร ในรูปแบบดิจิตอล เป็นต้น ซึ่งสูตรอาหารนี้สามารถเก็บไว้เป็นความลับหรืออาจเปิดเผยต่อสาธารณะก็ได้ ทั้งนี้สูตรอาหารที่เก็บไว้เป็นความลับนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าได้ แต่สูตรอาหารที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณะในรูปแบบของหนังสือ หรือ

[39]Chang, D., & Meehan, P., **David Chang's signature dish** [Online], 2009. Available from www.bonappetit.com/magazine/2009/09/david_chang_signature_dish.

รูปแบบดิจิตอลต่าง ๆ นั้นเกิดปัญหาว่าจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นด้วยหรือไม่ เช่น การเปิดเผยสูตรอาหารเป็นหนังสือ สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นวรรณกรรมหรือไม่ เนื่องจากสูตรอาหารนั้นจะประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ประการคือ ส่วนที่เป็นส่วนประกอบ เครื่องปรุงของอาหาร และส่วนที่เป็นการบรรยายขั้นตอนของอาหาร โดยส่วนที่เป็นส่วนประกอบ เครื่องปรุงของอาหารนั้นถึงแม้ว่าจะมีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการคิดค้นว่าส่วนประกอบ หรือเครื่องปรุงชนิดใดเมื่อนำมาผสมกันแล้วจะได้รสชาติและสีสันเป็นอย่างใด ซึ่งนับว่าเป็นการใช้ความคิดสร้างสรรค์และทักษะความชำนาญของผู้คิดค้นสูตรอาหารก็ตาม แต่ก็มีปัญหาอยู่ว่าการใช้ส่วนประกอบของอาหารนั้นในบางครั้งก็จะเป็นส่วนประกอบที่มาอยู่แล้วแต่ดั้งเดิม เพียงแต่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้น สูตรอาหารเช่นนี้จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่อย่างไร

ส่วนของสูตรอาหารในส่วนที่เป็นการบรรยายถึงขั้นตอนวิธีพิเศษในการปรุงที่ได้เปิดเผยต่อสาธารณะในรูปแบบของหนังสือนั้น ในปัจจุบันมีปัญหาว่าควรให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วยหรือไม่ เนื่องจากในส่วนของขั้นตอนในการปรุงอาหารนั้น ส่วนใหญ่ก็เป็นขั้นตอนการปรุงอาหารที่เป็นพื้นฐานในการปรุงอาหารที่อยู่แต่เดิมอยู่แล้ว เพียงแต่ถูกนำเอามาเรียบเรียงเป็นตัวหนังสือเพื่อแสดงความคิดออกมาเท่านั้น ซึ่งการแสดงความคิดออกมาเช่นนี้ควรจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่อย่างไร

2.4.5 การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร ในการนำอาหารแต่ละจานมาเสิร์ฟให้แก่ลูกค้านั้น พ่อครัวต้องมีการออกแบบและตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารที่อยู่ในจานอาหารให้สวยงาม เนื่องจากการตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารในจานให้สวยงามนั้นสามารถเพิ่มอรรถรสของลูกค้าในการรับประทานอาหารให้มากขึ้น การตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารในจานอาหารต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการออกแบบมาก ซึ่งไม่แตกต่างจากการออกแบบตกแต่งสถาปัตยกรรมที่ต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการออกแบบ เพื่อให้มีความผสมผสานกันระหว่างประโยชน์ในการใช้งานกับความสวยงาม

การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นทางศิลปะจะเรียกว่า “องค์ประกอบศิลป์แห่งอาหาร” โดยสามารถแยกออกได้เป็น 6 องค์ประกอบ[40] คือ

1) จุด (Point, Dot) จุดนี้ถือเป็นองค์ประกอบที่เล็กที่สุดในการจัดรูปลักษณ์ของจานอาหารแต่ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นในการจัดองค์ประกอบในจานอาหารให้มีความสวยงาม เช่น การนำจุดมาเรียงต่อกันตามตำแหน่งที่เหมาะสมซ้ำ ๆ กัน จะทำให้สามารถมองเห็นได้เป็นรูปร่าง รูปทรง รวมไปถึงลักษณะของผิวและทำให้สามารถเห็นได้ถึงการออกแบบศิลปะบนจานอาหาร เป็นต้น

[40]Aep-baeo, “The art of food stylist”, **Food stylist** 7, 75(มิ.ย.- ก.ค. 2556): 12-31.

2) เส้น (Line) คือ เครื่องหมายแห่งความรู้สึกต่าง ๆ ที่สามารถเห็นได้ทั้งในงานศิลปะ และในรายการอาหารต่าง ๆ ซึ่งลักษณะเส้นจะปรากฏให้เห็นทางด้านกายภาพในด้านของความยาว โดยเส้นยาวนี้จะแสดงให้เห็นถึงความเคลื่อนไหวของความรู้สึก โดยเกิดขึ้นจากจุดที่เรียงร้อยต่อกันเกิดเป็นทิศทางและความยาว จากนั้นนำไปสู่การตีความ รวมถึงการให้ความหมายที่แตกต่างกันไปในลักษณะเส้นนั้น ๆ เช่น เส้นตรง ให้ความรู้สึกทางความสูง สง่า มั่นคง เป็นสัญลักษณ์ของความซื่อตรง เส้นนอน ให้ความรู้สึกสงบนิ่ง ผ่อนคลาย เส้นเฉียง ให้ความรู้สึกถึงการเคลื่อนไหว รวดเร็ว เส้นหยักให้ความรู้สึกถึงความเคลื่อนไหวที่เป็นจังหวะ เส้นโค้งให้ความรู้สึกถึงการเคลื่อนไหวแบบช้า ๆ สวยงามและความรู้สึกสบายเป็นต้น

3) รูปร่างและรูปทรง (Shape and Form) เมื่อจุดกลายเป็นเส้น และเส้นนำสู่ภาพต่าง ๆ แล้ว ภาพเหล่านั้นจะก่อตัวขึ้นเป็นรูปร่างและรูปทรงที่สามารถแบ่งแยกกันทำให้เกิดมิติที่สามารถมองเห็นและสัมผัสได้

4) สีสัน (Color) สีนั้นสามารถบ่งบอกถึงความรู้สึกของอาหารได้จากการมองเห็น โดยสีสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 โทน กล่าวคือ สีโทนเย็นและสีโทนร้อน โดยสีโทนเย็นนั้นจะให้ความรู้สึกเย็นตา สงบสดชื่น สีโทนร้อนจะให้ความรู้สึกตื่นเต้น เร้าใจ กระฉับกระเฉง

5) ที่ว่าง (Space) การจัดรูปลักษณ์ของอาหารควรจัดให้มีที่ว่าง เนื่องจากที่ว่างนั้นจะเป็นการเน้นให้เรื่องราวในอาหารที่ต้องการแสดงออกมาจากการจัดรูปลักษณ์ของอาหารนั้นมีความโดดเด่นมากยิ่งขึ้น

6) พื้นผิว (Texture) ลักษณะของผิวที่มีความหยาบ ขรุขระหรือเรียบเนียนนั้นสามารถเพิ่มอรรถรสและความรู้สึกได้เป็นอย่างดี

ในการจัดรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นนอกจากจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบศิลป์ของอาหารแล้ว พ่อครัวนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักในการจัดรูปลักษณ์ของอาหารด้วย ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของขนาดสัดส่วน (Proportion) ความสมดุล (Balance) ที่จะต้องมีความสัมพันธ์กันอย่างเหมาะสมระหว่างปริมาณของอาหารในการเสิร์ฟให้ต่อคนที่พอเหมาะ กับรูปร่างของภาชนะที่จะต้องมีความพอเหมาะพอดี จังหวะลีลา (Rhythm) และการเน้นหรือจุดเด่น (Emphasis) ที่จะต้องมีการจัดให้เป็นไปในลักษณะเดียวกัน เกิดทิศทาง สร้างความต่อเนื่อง และเป็นผลทำให้อาหารนั้นโดดเด่น เอกภาพ (Unity) คือต้องทำให้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันขององค์ประกอบศิลป์ ทั้งในด้านรูปลักษณะและเนื้อหาเรื่องราวของอาหาร นอกจากจะต้องคำนึงถึงความเป็นเอกภาพ (Unity) ของอาหารแล้ว ในการจัดรูปลักษณ์ของจานยังคงต้องคำนึงถึง ความขัดแย้ง (Contrast) เพื่อทำให้อาหารมีความโดดเด่น และความกลมกลืน (Harmony) เพื่อให้รูปลักษณ์ของอาหารที่จัดในจานนั้นมีความสวยงามโดดเด่นและในขณะเดียวกันก็ให้ความรู้สึกนุ่มนวล กลมกลืน เป็นต้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างภาพการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร[41]

[41]เรื่องเดียวกัน, 7.

ตามภาพที่ 2.10

ภาพที่ 2.10: ภาพการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร

ที่มา: วิชิต มุกุระ. (2556, มิ.ย. - ก.ค.). Fabulous food styling. *Foodstylist, 7*(75), 91.

การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารจึงจำเป็นต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ของพ่อครัวประกอบกับทักษะความชำนาญ และความรู้ในองค์ประกอบศิลป์ของพ่อครัวในการก่อให้เกิดความงามของรูปลักษณ์อาหารในจานอาหารเป็นอย่างมาก ดังที่ Julia Child ได้กล่าวไว้ว่า “อาหารที่รังสรรค์ด้วยความประณีตงดงามและพิถีพิถันคุณจะสัมผัสได้ว่าทุก ๆ ตารางนิ้วของจานล้วนเต็มไปด้วยความใส่ใจ”[42]

2.4.6 การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร ในปัจจุบันร้านอาหารแต่ละร้านจะมีการออกแบบเครื่องแต่งกายของพนักงานภายในร้านให้มีความแตกต่าง และมีจุดเด่นของแต่ละร้านเอง เครื่องแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารนั้นก็ถือเป็นจุดเด่นหนึ่งที่ทำให้ลูกค้าสามารถจดจำร้านอาหารได้ อาจทำให้ร้านอาหารได้รับความนิยมเช่นเดียวกัน เช่น ร้านชื่อ Maidreamin ที่พนักงานภายในร้านจะเป็นผู้หญิงทั้งหมดและแต่งเครื่องแต่งกายเป็นคนรับใช้ทั้งหมด เป็นต้น

เครื่องแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารนั้นในปัจจุบันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรในฐานะที่เป็นสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ แต่เมื่อนำมาใช้ในร้านอาหารมีปัญหาว่าการที่ร้านอาหารหนึ่งใช้เครื่องแต่งกายที่มีลักษณะและรูปแบบเหมือนกับร้านอาหารอีกแห่งหนึ่งนั้นจะถือว่าเป็นการละเมิดร้านอาหารต้นแบบเครื่องแต่งกายนั้นหรือไม่

[42] เรื่องเดียวกัน, 7, 33.

2.5 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันที่เกี่ยวกับธุรกิจร้านอาหาร

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความคิด การใช้และการใช้ประโยชน์จากความคิดหรือจิตใจที่เกิดขึ้นจากแรงงานของบุคคล โดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะถูกอธิบายผ่านทางกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร การออกแบบ เครื่องหมายการค้า และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินที่เกิดจากความคิดซึ่งมีความหมายที่กว้างและครอบคลุม ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางความคิดนั้นอาจเป็นได้ทั้ง วรรณกรรม โปรแกรมคอมพิวเตอร์ รูปวาด ภาพยนตร์ การแสดง ยา การออกแบบเสื้อผ้า หรือแม้กระทั่งการตัดแต่งพันธุกรรมทั้งพืชและสัตว์ เป็นต้น[43]

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Industrial Property) และลิขสิทธิ์ (Copyright)

ทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Industrial Property) หมายถึง ความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสินค้าอุตสาหกรรมต่าง ๆ โดยความคิดสร้างสรรค์นี้ อาจเป็นความคิดในการคิดค้นประดิษฐ์ ซึ่งอาจจะเป็นกระบวนการ หรือเทคนิคในการผลิต ที่ได้ปรับปรุงหรือคิดค้นขึ้นใหม่ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรมที่เป็นองค์ประกอบและรูปร่างของตัวผลิตภัณฑ์ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึง เครื่องหมายการค้าหรือยี่ห้อ ชื่อและถิ่นที่อยู่ทางการค้า รวมถึงแหล่งกำเนิด และการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอีกด้วย จากความหมายของทรัพย์สินอุตสาหกรรม จึงสามารถแบ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นประเภทของทรัพย์สินอุตสาหกรรมได้ดังนี้ กฎหมายสิทธิบัตร สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แบบแผนผังภูมิของวงจรรวม และการคุ้มครองพันธุ์พืช[44]

จากประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้น จึงสามารถแยกกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้เป็น 6 ชนิด[45] กล่าวคือ

ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ริเริ่มโดยใช้สติปัญญา ความรู้ ความสามารถ และความวิริยะอุตสาหะของตนเองในการสร้างสรรค์ผลงาน โดยไม่ลอกเลียนงานของผู้อื่น ซึ่งงานที่สร้างสรรค์ขึ้นมานั้นต้องเป็นงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ สำหรับประเทศไทยจะมีงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองอยู่ 9 ประเภท ได้แก่ งานวรรณกรรม งานศิลปกรรม งานดนตรีกรรม งานนาฏกรรม

---

[43] Benly, L., & Sherman, B., **Intellectual Property law**, 3 rd ed. (New York: Oxford University Press, 2009), 1.

[44] ศูนย์บริหารทรัพย์สินทางปัญญา มหาวิทยาลัยมหิดล, **การสร้างและการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา** [Online], 10 กันยายน 2556. แหล่งที่มา www.ip.mahidol.ac.th/creation_protection.asp.

[45] เรื่องเดียวกัน.

งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และงานอื่นใดในแผนกวรรณคดี วิทยาศาสตร์ หรือศิลปะ

สิทธิบัตร หมายถึง หนังสือสำคัญที่รัฐออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์อรรถประโยชน์ ที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด

เครื่องหมายการค้า หมายถึง เครื่องหมาย สัญลักษณ์ ตราที่ใช้สำหรับสินค้าหรือบริการ โดยเครื่องหมายนั้นมีหน้าที่ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง

ความลับทางการค้า คือ ข้อมูลทางการค้าที่ยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือไม่สามารถเข้าถึงได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว และต้องเป็นข้อมูลที่นำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า และผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้านั้นได้มีมาตรการที่เหมาะสมในการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าว

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ ชื่อหรือสัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่บอกแหล่งผลิตของสินค้า โดยสามารถสื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าสินค้านั้นมีคุณภาพ หรือคุณลักษณะพิเศษแตกต่างจากสินค้าที่ผลิตในแหล่งสินค้าอื่น

แบบแผนผังภูมิวงจรรวม คือ แบบ แผนผัง หรือภาพที่ทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด เพื่อให้เห็นถึงการจัดวางเป็นวงจรรวม

จากประเภทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้น จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารนั้นประกอบไปด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นทรัพย์สินอุตสาหกรรมและลิขสิทธิ์ ดังนั้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันที่เกี่ยวกับธุรกิจร้านอาหารนั้นจึงประกอบด้วย กฎหมายลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร และความลับทางการค้า

2.5.1 กฎหมายลิขสิทธิ์

หลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์โดยเบื้องต้นทั่วโลกนั้นให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น โดยลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิดโดยไม่คุ้มครองแนวความคิด หรือกระบวนการปฏิบัติ ซึ่งในประเทศไทยนั้นกฎหมายได้บัญญัติถึงการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และความหมายของลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนี้

มาตรา 6 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์[46]

โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจร้านอาหารในปัจจุบันคือในส่วนของ สูตรอาหาร และรายการอาหาร โดยสูตรอาหารนั้นถูกมองว่าเป็นส่วนของกระบวนวิธีการผลิตมากกว่าที่จะเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ เว้นแต่จะนำสูตรอาหารนั้นไปเขียนไว้ในหนังสือการประกอบอาหารจึงจะถูกพิจารณาให้ได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ ส่วนของรายการอาหารนั้นถูกพิจารณาว่าไม่ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์[47] เนื่องจาก เป็นงานสร้างสรรค์มีการใช้ทักษะ ความพยายามอุตสาหะ แรงงาน ต้นทุน และความคิดยังไม่เพียงพอ[48] แต่โดยลักษณะของรายการอาหารที่ต้องมีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการคิดชื่อเรียกที่มีความแปลกหรือสวยงาม การใช้ความคิดในการที่จะจัดการให้อาหารในแต่ละชุดของรายการอาหารมีความผสมผสานเข้ากันในการรับประทานอาหารนั้นน่าจะถือเป็นใช้ความคิดสร้างสรรค์ แรงงาน ความพยายามและความใช้ทักษะที่เพียงพอแล้ว[49]

2.5.2 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าให้ความคุ้มครองคำ ชื่อ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือสิ่งอื่นที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมาย[50] ซึ่งใช้ในการจำแนกผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบการค้ารายหนึ่งจากผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบการค้าอีกรายหนึ่ง มีบทบาทในการอำนวยประโยชน์ให้ลูกค้าสามารถใช้แยกแยะผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ของผู้ประกอบการค้า[51]

---

[46]มาตรา 6 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์.

[47]ศูนย์บริหารทรัพย์สินทางปัญญา มหาวิทยาลัยมหิดล, **การสร้างและการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา** [Online].

[48]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 32.

[49]Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-IP industry** [Online].

[50]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 2013. Available from www.westlaw.com.

[51]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 255.

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักกฎหมายที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่รูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการ (Trade dress) ในมาตรา 43 (A) Lanham Act เพื่อใช้ในการให้ความคุ้มครองการเลียนแบบรูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการค้า โดยหลักการให้ความคุ้มครองแก่รูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการนั้นสามารถให้ความคุ้มครองภาพรวมของรูปลักษณ์ของสินค้านั้น ไม่ว่าจะเป็น ฉลาก หีบห่อบรรจุภัณฑ์ รวมทั้งภาพรวมของร้านค้าได้อีกด้วย[52] โดยหลักการของการให้ความคุ้มครองการเลียนแบบรูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการค้าด้วยกันและเป็นการป้องกันการลวงขายสินค้าแก่ผู้บริโภค[53] ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีหลักการให้ความคุ้มครองการเลียนแบบรูปลักษณ์ของสินค้าหรือบริการ แต่มีหลักการในเรื่องของการลวงขายที่ป้องกันผู้บริโภคจากการสับสนหลงผิดในตัวสินค้าของผู้ประกอบการค้าซึ่งอยู่ในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยผู้ประกอบการค้ารายหนึ่งสามารถฟ้องร้องผู้ประกอบการค้าที่ทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในตัวสินค้ารวมไปถึงตัวของหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้า แต่ยังคงไม่มีการให้ความคุ้มครองแก่ตัวของรูปลักษณะโดยรวมของร้านอาหารจึงมีปัญหาว่าการเลียนแบบการตกแต่งร้าน บรรยากาศโดยรวมของร้าน และเครื่องแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้หรือไม่

2.5.3 กฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิบัตรการประดิษฐ์และสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ กฎหมายสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้นให้ความคุ้มครองแก่งานประดิษฐ์ที่มีคุณสมบัติ 3 ประการคือ ต้องมีความใหม่ ต้องมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และต้องสามารถประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมได้[54] ซึ่งเงื่อนไขนี้ได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 โดยให้ความคุ้มครองในระยะเวลาที่จำกัด ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายสิทธิบัตรนั้นให้ความคุ้มครองแก่ธุรกิจร้านอาหารแต่ในส่วนที่เป็นวิธีการพิเศษในการประกอบอาหารเท่านั้น แต่ไม่คุ้มครองอาหารของร้านอาหารที่ผลิตขึ้นมาโดยไม่ได้ใช้วิธีการผลิตที่พิเศษ แต่เป็นการผลิตโดยใช้วิธีการปรุงแบบธรรมดาที่เป็นพื้นฐานแต่ดั้งเดิม แต่เมื่อผลิตออกมาแล้วกลับมีความแปลกไปจากอาหารเดิม ซึ่งอาหารรูปแบบนี้ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้เนื่องจาก ไม่ครบคุณสมบัติในเรื่องของความใหม่ หรือในเรื่องของขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น[55]

---

[52]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 7.

[53]เรื่องเดียวกัน.

[54]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 10.

[55]Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-IP industry** [Online].

ในส่วนของกฎหมายสิทธิบัตรออกแบบผลิตภัณฑ์นั้น มีเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองคือ ต้องมีความใหม่ และต้องสามารถใช้ในทางอุตสาหกรรมได้[56] บัญญัติอยู่ในมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งงานสร้างสรรค์ในธุรกิจร้านอาหารในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์นี้คือ ส่วนของการตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารในจานและการตกแต่งจานอาหาร ซึ่งการออกแบบผลิตภัณฑ์ในด้านของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะหมายถึง การออกแบบผลิตภัณฑ์ให้มีรูปร่างหรือรูปทรงหรือลวดลายสีสันอันมีลักษณะเฉพาะน่าสนใจ เพื่อใช้เป็นแบบสำหรับการผลิตในจำนวนมากซึ่งวัตถุอันเป็นผลิตภัณฑ์ในการใช้สอยต่าง ๆ จึงมีปัญหาว่าการตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารในจานและจานอาหารว่าเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ตามความหมายของการออกแบบตามกฎหมายสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์หรือไม่ เนื่องจากลักษณะในการตกแต่งรูปลักษณ์ของอาหารในจานและจานอาหารนั้นต้องทำการตกแต่งทีละจาน ไม่สามารถตกแต่งได้หลาย ๆ จานในครั้งเดียว และการตกแต่งในแต่ละครั้งจะไม่สามารถทำได้เหมือนกันทุกจาน สามารถทำได้เพียงคล้าย ๆ กันเท่านั้น อีกทั้งการสั่งอาหารของลูกค้าก็ไม่ได้สั่งคราวเดียวมาก ๆ แต่สั่งครั้งละจานเท่านั้น

2.5.4 กฎหมายความลับทางการค้า

กฎหมายความลับทางการค้าให้ความคุ้มครองข้อมูลทางการค้าในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูล ความรู้ เรื่องราว ข้อเท็จจริง รวมทั้งที่อยู่ในรูปของสูตร รูปแบบ โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีใด ๆ อันเกิดจากการรวบรวม คิดค้น สร้างสรรค์ หรือค้นพบด้วยภูมิปัญญา ความพยายามอุตสาหะ และอาจต้องใช้เงินทุนเพื่อจัดการหรือให้ได้ข้อมูลมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้ผู้ครอบครองความลับทางการค้าได้รับประโยชน์เหนือคู่แข่งขัน โดยไม่จำกัดเวลาการให้ความคุ้มครอง[57] โดยผู้ครอบครองความลับทางการค้านั้นจะต้องมีวิธีในการเก็บข้อมูลความลับเหล่านั้นให้เป็นความลับทางการค้าให้ยากแก่การเข้าถึงได้โดยวิธีธรรมดาทั่วไปด้วย ความลับทางการค้านี้ผู้ที่ต้องการความลับทางการค้าจากเจ้าของความลับทางการค้านั้นสามารถทำได้ 2 วิธีเพื่อให้ได้ความลับทางการค้านั้นมาโดยชอบ คือ 1) การตกลงกับเจ้าของความลับทางการค้าเพื่อที่จะได้รับอนุญาตให้ใช้ความลับทางการค้านั้น และ 2) การนำผลิตภัณฑ์ที่มีความลับทางการค้านั้นประกอบอยู่มาทำการวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อให้ได้ข้อมูลความลับทางการค้านั้นออกมา

งานสร้างสรรค์ในธุรกิจร้านอาหารที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าคือสูตรของอาหาร แต่เนื่องจากตัวกฎหมายความลับทางการค้าที่สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับได้ และต้องมีวิธีในการเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับทางการค้า เป็นการขัดแย้งกับสภาพของสูตรอาหาร เพราะพ่อครัวในร้านอาหารนั้นจะมีการสอนให้พ่อครัวฝึกหัดภายในร้านประกอบอาหารที่เป็นสูตรลับทางอาหาร

---

[56]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 188.

[57]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 382.

ของร้านเพื่อประกอบอาหารเสิร์ฟให้แก่ลูกค้า โดยพ่อครัวนิยมที่จะไม่ให้พ่อครัวฝึกหัดหรือลูกมือพ่อครัวในครัวในร้านอาหารทำสัญญาความลับทางการค้าไว้ จึงก่อให้เกิดปัญหาความลับทางการค้ารั่วไหล และเป็นเหตุให้เกิดการเลียนแบบอาหารของร้านอาหารเกิดขึ้น[58]

BANGKOK UNIVERSITY FOUNDED 1962

[58]Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-IP industry** [Online].

บทที่ 3
การให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย แก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร

ในบทที่ 3 นี้จะกล่าวถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยที่มีลักษณะในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 หัวข้อ กล่าวคือ 3.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ 3.2 กฎหมายสิทธิบัตร 3.3 กฎหมายเครื่องหมายการค้า และ 3.4 กฎหมายความลับทางการค้า

ปัจจุบันประเทศไทยได้ประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 11 ซึ่งได้กำหนดแนวนโยบายโดยมุ่งเน้นให้ประเทศไทยพัฒนาเศรษฐกิจแบบสร้างสรรค์ เศรษฐกิจแบบสร้างสรรค์ คือ กระบวนการหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ใช้พื้นฐานของสินทรัพย์ทางวัฒนธรรม (Cultural Asset-Based) ร่วมกับความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) นวัตกรรม (Innovation) หรือเทคโนโลยี ในการสร้างสรรค์สินค้าและบริการที่สามารถสร้างมูลค่าเพิ่มในเชิงพาณิชย์ (Commercialization) หรือคุณค่าเพิ่มทางสังคม[1] โดยเน้นให้มีการใช้นวัตกรรม ความคิดสร้างสรรค์ ต่อยอดองค์ความรู้ เพื่อสร้างมูลค่าตลอดห่วงโซ่อุปทาน เป็นปัจจัยในการขับเคลื่อนหลักสู่เศรษฐกิจสมดุลและยั่งยืน อีกทั้งรัฐบาลยังได้ตั้งเป้าในการพัฒนาประเทศไทยให้เป็นศูนย์กลางอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ในภูมิภาคอาเซียน[2] การที่ประเทศไทยให้การสนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจสร้างสรรค์ดังกล่าวย่อมเป็นผลดีต่อการพัฒนากลุ่มอุตสาหกรรมให้บริการอาหารด้วย เนื่องจากกลุ่มอุตสาหกรรมให้บริการอาหารนั้นเป็นกลุ่มอุตสาหกรรมหนึ่งของเศรษฐกิจสร้างสรรค์ โดยจัดอยู่ในกลุ่มของมรดกทางวัฒนธรรมและธรรมชาติ (Cultural Heritage & Nature)[3]

อุตสาหกรรมให้บริการอาหารของประเทศไทยนั้นได้รับความนิยมจากผู้บริโภคเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากมูลค่าทางเศรษฐกิจของกลุ่มอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่มีมูลค่าสูงถึง 194,000 ล้านบาท[4] และพฤติกรรมในการบริโภคอาหารนอกบ้านของคนไทยก็มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นดังจะเห็นได้จากผล

---

[1]สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **อุตสาหกรรมสร้างสรรค์** [Online], 17 มีนาคม 2556. แหล่งที่มา www.ce.nesdb.go.th/?mod=welcome.

[2]อาคม เติมพิทยาไพสิฐ, **เศรษฐกิจสร้างสรรค์ของไทย** [Online], 28 มีนาคม 2554. แหล่งที่มา www.thaiembassy.org/seoul/contents/files/business-20130905-090903-755759.pdf.

[3]เรื่องเดียวกัน.

[4]จิต ผลิญ, **อาหารไทยติดโหวตอันดับหนึ่งของโลก โอกาสของผู้ประกอบการทั้งในและต่างประเทศ** [Online], 14 กุมภาพันธ์ 2556. แหล่งที่มา www.e-journal.dip.go.th/LinkClick.aspx? fileticket= 7q% 2bRkRlfSFs%3d&tabid=152.

สำรวจที่พบว่าคนไทยนิยมบริโภคอาหารนอกบ้านมากขึ้นถึงร้อยละ 58[5] จากพฤติกรรมของคนไทยที่นิยมบริโภคอาหารนอกบ้านมากขึ้นนี้เองที่ส่งผลให้ธุรกิจในกลุ่มอุตสาหกรรมให้บริการอาหารมีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง ผู้ประกอบการจึงมีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจสูงขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการสร้างจุดเด่นในร้านอาหารของตนเองทั้งในด้านของรสชาติอาหาร การตกแต่งร้าน การตกแต่งจานอาหาร รวมไปถึงการให้บริการของพนักงานที่อยู่ภายในร้าน ซึ่งการที่จะสร้างจุดเด่นในร้านของตนขึ้นมานั้นจำเป็นต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการทำ

จากการที่ธุรกิจให้บริการอาหารนั้นมีการแข่งขันสูง กลุ่มธุรกิจนี้จึงจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้ประกอบการตามกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ หากแต่ต้องพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารในประเทศไทยชนิดใดจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใด

องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้ความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาว่าหมายความรวมถึง “สิทธิที่เกี่ยวกับงานวรรณกรรม ศิลปกรรม วิทยาศาสตร์ การแสดงของศิลปินนักแสดง การดำเนินการบันทึกและแพร่เสียงแพร่ภาพการแสดงนั้น ประดิษฐ์กรรมทุกประเภทที่เกิดจากความอุตสาหะของมนุษย์ การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ ชื่อหรือสิ่งกำหนดอันเกี่ยวกับการค้า การป้องกันการกระทำอันเป็นการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ตลอดจนสิทธิอื่น ๆ อันเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์ โดยใช้ปัญญาในสาขาทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม”[6] จากความหมายของคำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” ตามที่องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้ความหมายไว้นั้นจึงสามารถแบ่งทรัพย์สินทางปัญญาออกได้เป็นสองประเภท กล่าวคือ ลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม โดยลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับศิลปะ โดยหมายความถึง งานศิลปกรรม วรรณกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม ภาพยนตร์ ภาพถ่าย โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และงานศิลปประยุกต์ ส่วนงานในประเภททรัพย์สินอุตสาหกรรมนั้นจะเป็นงานที่เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า อุตสาหกรรมมากกว่าวัตถุประสงค์ในการใช้เพื่อความงดงาม ซึ่งได้แก่ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ เป็นต้น[7]

---

[5]Marketing Oop!, **พฤติกรรมทานข้าวนอกบ้านของคนไทย** [Online], 7 มิถุนายน 2553. แหล่งที่มา www.marketingoops.com/reports/behaviors/eat-out-behavior/.

[6]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 12.

[7]เรื่องเดียวกัน, 13-14.

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีหลายประเภท ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และแผนภูมิวงจรรวม ซึ่งในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารมีงานสร้างสรรค์หลายประเภท ได้แก่ รายการอาหาร สูตรอาหาร อาหารจานดัง (Signature dish) การตกแต่งรูปลักษณ์ของร้าน การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร การแต่งกายของพนักงานในร้าน ซึ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมให้บริการอาหารประกอบด้วย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะส่วนของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหารเท่านั้น จึงขอกล่าวแต่เพียงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้นเท่านั้น

3.1 กฎหมายลิขสิทธิ์

งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์นี้มี 3 ประเภท คือ การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร รายการอาหาร และสูตรอาหาร โดยจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงความหมาย และขอบเขตในการให้ความคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ทั้ง 3 ประเภทหรือไม่อย่างไร

กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นเกิดมาจากแนวคิดที่ต้องการให้มีความคุ้มครองแก่ผู้ที่สร้างสรรค์สิ่งใหม่ขึ้นมาด้วยความวิริยะอุตสาหะของตนเองได้รับประโยชน์จากความคิดของตนเอง และเพื่อป้องกันการขโมยประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์[8] แต่ในขณะเดียวกันลิขสิทธิ์นั้นต้องไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะมากเกินไป

จากแนวคิดดังกล่าวจึงทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นด้วยความคิดริเริ่มของตนเองดังจะเห็นได้จากความหมายของลิขสิทธิ์ที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4[9] โดยหมายถึง สิทธิในการใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์กำหนดไว้เช่นนี้ เพื่อสนองหน้าที่หลักในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จากการหาประโยชน์โดยมิชอบโดยบุคคลอื่น

---

[8]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 2013. Available from www.westlaw.com.

[9]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"ลิขสิทธิ์ หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำการใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น".

เพื่อให้ผู้ที่สร้างสรรค์งานได้รับประโยชน์อันเกิดจากงานสร้างสรรค์ของตนเองอย่างเต็มที่ เพราะงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์นั้นได้ใช้ปัญญา กำลังแรงงาน ทักษะและความอุตสาหะตลอดจนระยะเวลาในการสร้างสรรค์งานรูปแบบต่าง ๆ ขึ้นมา[10] ทั้งนี้ลิขสิทธิ์นั้นจะไม่ให้ความคุ้มครองความคิด ขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 วรรคสองที่ว่า “...การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์”

จากบทบัญญัติในมาตรา 6 และมาตรา 4 ที่กฎหมายลิขสิทธิ์มีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์งานด้วยปัญญา กำลังแรงงาน ทักษะและความอุตสาหะตลอดจนระยะเวลาในการสร้างสรรค์งานรูปแบบต่างๆ นี้เองที่ทำให้งานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้ต้องประกอบไปด้วยลักษณะ 4 ประการกล่าวคือ

3.1.1 ลักษณะของงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

1) ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์

งานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้นั้น ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยความคิดริเริ่ม (Originality) ของผู้สร้างสรรค์เอง ตามที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4[11] ได้ให้นิยามของคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ว่าคือ ผู้ที่ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ที่อยู่ในขอบเขตของงานตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ โดยงานที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่มีคุณค่า และต้องเกิดขึ้นด้วยความคิดริเริ่ม (Originality) ของตนเอง ทั้งนี้ความคิดริเริ่มนั้นไม่จำเป็นต้องใหม่ (Novelty) เช่นอย่างกฎหมายสิทธิบัตร เพียงแต่ผู้สร้างสรรค์งานนั้นได้สร้างสรรค์งานขึ้นโดยมิได้คัดลอกซึ่งกันและกันก็ถือว่าเป็นความคิดริเริ่ม (Originality) ของตนเองแล้ว[12] โดยจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537[13] ที่อธิบายถึงความหมายของ “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ โดยมีใจความว่า “ “ผู้สร้างสรรค์” ตามนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญของงานนั้นไม่ได้อยู่ที่ว่าเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ที่ว่าบุคคลผู้นั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยได้ใช้ความวิริยะ อุตสาหะในการสร้างสรรค์และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลผู้นั้น โดยบุคคลผู้นั้นมิได้คัดลอกหรือทำซ้ำ

---

[10]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 49.

[11]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้.

[12]พิศวาท สุคนธพันธุ์, **ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2552), 39.

[13]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537.

หรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น...” และในคำพิพากษาฎีกาที่ 973/2551[14] ซึ่งได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ตามนิยามในมาตรา 4 ไว้ว่า “...งานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงปรากฏว่าเป็นงานที่เกิดจากการสร้าง สรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยผู้ใช้ความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญระดับหนึ่งในงานนั้น และมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน...” จากคำพิพากษาฎีกาทั้งสองคดีนี้เองที่ทำให้ทราบได้ว่างานที่สามารถจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นงานที่ประกอบด้วยความคิดริเริ่มของตัวผู้สร้างสรรค์ผลงานเอง โดยไม่จำเป็นว่างานชนิดนั้นต้องเป็นงานที่มีความใหม่

จากที่กล่าวไปข้างต้นความคิดริเริ่ม (Originality) จึงหมายถึง ความเชื่อมโยงอันเกิดขึ้นระหว่างความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์กับงานซึ่งเกิดมาจากน้ำมือของผู้สร้างสรรค์นั้น[15] โดยความคิดริเริ่มนั้นนอกจากจะต้องสร้างสรรค์งานด้วยความคิดริเริ่มของตนเองแล้ว งานที่สร้างสรรค์ดังกล่าวจำเป็นต้องใช้ทักษะ ความรู้ความชำนาญ สติปัญญาของผู้สร้างสรรค์ลงไปพอสมควรด้วย[16] โดยสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์ในการวัดระดับของความคิดริเริ่ม (Originality) ได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537[17] ที่ตัดสินเรื่องระดับของความคิดริเริ่มไว้ดังนี้ “การที่โจทก์ได้จัดทำพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 จะเป็นการจัดทำพจนานุกรมแบบเดียวกับวิธีที่มีการจัดทำมาแต่โบราณ โจทก์ก็สามารถเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นผู้สร้างสรรค์ในพจนานุกรมได้ หากโจทก์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ด้วยการให้บทนิยามหรือความหมายของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบความหมายของคำบางคำโดยการแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มตามลีลา ของโจทก์เองและโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดย มิได้รับอนุญาต” และคำพิพากษาฎีกาที่ 4486/2539[18] ที่ได้ตัดสินในเรื่องระดับความคิดเริ่มที่ต้องมีมากพอสมควรไว้ดังนี้ “การที่โจทก์นำแผนที่กรมทางหลวงที่มีอยู่เดิมแล้วมาจัดพิมพ์ใหม่ โดยปรับปรุงเพิ่มเติมเพื่อความสวยงาม และสะดวกในการใช้ โดยมิได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญจากแผนที่เดิมแต่อย่างใด การปรับปรุงของโจทก์จึงถือว่าเป็นการปรับปรุงเล็กน้อยโดยลอกเลียนมา จากของเดิมที่มีอยู่แล้วและใช้กันทั่วไปโจทก์ไม่ใช่ผู้คิดค้นหรือสร้างสรรค์ ขึ้นโดยความคิดริเริ่มของโจทก์เอง โจทก์จึงไม่ ได้ลิขสิทธิ์ในรูปแผนที่ทางหลวงในประเทศไทย” และคำพิพากษาฎีกาที่

---

[14]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 973/2551.

[15]เรื่องเดียวกัน.

[16]นินนาท บุญยะเดช, **หลักเกี่ยวกับ Originality และขนาดความวิริยะอุตสาหะที่ลงในการสร้างสรรค์งานกับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: ศึกษาเทียบเคียงกับกฎหมายอเมริกา** [Online], 24 กันยายน 2556. แหล่งที่มา www.gotoknow.org/posts/64047.

[17]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537.

[18]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 4486/2539.

6528/2546[19] ที่ได้ตัดสินในเรื่องระดับของความคิดริเริ่มที่ต้องมีมากพอสมควรไว้ดังนี้ “การที่โจทก์ได้จัดทำเอกสารเพื่อประกอบการเสนอราคารถยนต์ปฏิบัติการตรวจเก็บกู้ระเบิดต่อสำนักงานตำรวจแห่งชาติ โดยโจทก์ได้เลียนแบบแคตตาล็อกเดิมของบริษัท พ. ทั้งหมด เพียงแต่จัดเรียงองค์ประกอบให้สวยงามขึ้นเท่านั้นโจทก์มิได้ใช้ความริเริ่มของตนเองเพียงพอจนเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดงานรวบรวมขึ้นจึงไม่ได้ลิขสิทธิ์” จากคำพิพากษาฎีกาที่กล่าวไปข้างต้น จะเห็นได้ว่า งานสร้างสรรค์ที่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นงานที่มีระดับความคิดริเริ่มที่มากอยู่พอสมควร แม้ว่างานดังกล่าวนั้นจะเป็นงานที่มีอยู่แต่ดั้งเดิมอยู่แล้ว ผู้สร้างสรรค์งานที่มีอยู่ดั้งเดิมนั้นก็สามารถเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวได้ หากได้ใช้ระดับความคิดริเริ่มในระดับที่มากพอสมควร ดังเช่น การจัดทำแผนที่ หรือ พจนานุกรมซึ่งเป็นงานรวบรวมที่มีอยู่แต่เดิมแล้ว หากผู้สร้างสรรค์นั้นได้มีการเพิ่มเติมความคิดริเริ่มของตนเองลงไป โดยเป็นการเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน เช่น มีการอธิบายในส่วนของแผนที่หรือความหมายของคำที่อยู่ในพจนานุกรมด้วยลีลา หรือความรู้ความชำนาญของตนเองลงไป มิใช่เป็นแต่เพียงการปรับปรุงในเรื่องของความสวยงามภายนอกเพียงเล็กน้อย ผู้สร้างสรรค์งานรวบรวมนั้นก็สามารถเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานรวบรวมดังกล่าวได้ ทั้งนี้ระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่ามากพอสมควรนั้นสามารถพิจารณาได้จากทักษะการตัดสินใจในการสร้างสรรค์และแรงงาน หรือการเลือกสรร การตัดสินใจและประสบการณ์หรือแรงงาน ทักษะและเงินทุนซึ่งได้ใช้ไปโดยผู้สร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์งานนั้น[20]

การที่งานรวบรวมที่เป็นงานที่มีอยู่แล้วแต่ดั้งเดิม แต่มีการเพิ่มเติมความคิด หรือทักษะความรู้ความชำนาญของผู้สร้างสรรค์ลงไปมากพอสมควรนั้นสามารถเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ เช่น งานแผนที่หรือพจนานุกรม จึงมีปัญหาในประเด็นนี้ว่าสูตรอาหารที่เกิดจากการคิดค้นของพ่อครัวซึ่งเป็นสูตรอาหารที่อาจมีมาแต่ดั้งเดิม เช่น ผัดไทที่มีการใส่เครื่องปรุงหรือส่วนประกอบของผัดไทที่แปลกแตกต่างไปจากเดิมซึ่งมีที่มาจากความรู้ การคิดค้น การลงทุนลงแรงของพ่อครัวนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้หรือไม่อย่างไร ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

2) ต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ

งานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นนอกจากจะต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์แล้ว งานดังกล่าวจะต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏด้วย ดังจะเห็นได้จากความในบทบัญญัติมาตรา 6 ที่ว่า “...ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด” จากความในมาตรานี้สามารถตีความหมายได้ว่างานที่สามารถได้รับความคุ้มครองนั้นต้องมีการแสดงออกมาซึ่งความคิดของผู้สร้างสรรค์งาน หรือที่นิยมเรียกกันว่า

---

[19] ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 6528/2546.

[20] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 53.

“หลักการการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea)” โดยหลักการนี้ใช้ในการแบ่งแยกระหว่างความคิดและการแสดงออก[21]

กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ไม่ให้ความคุ้มครองความคิด (Idea) ดังจะเห็นได้จากความในบทบัญญัติมาตรา 6 วรรคสองที่ว่า “...การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์” จากบทบัญญัติในมาตรา 6 วรรคสองนี้เองที่ทำให้สามารถแบ่งแยกความคิดได้ออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

2.1) ความคิดที่หมายถึงความคิดทั่วไป หรือแนวความคิดพื้นฐานของงาน ความคิดประเภทนี้เกิดขึ้นภายในจิตใจของผู้สร้างสรรค์งาน เช่น การที่บุคคลหนึ่งคิดสูตรการทำผัดไทขึ้นมาว่าในการทำผัดไทให้อร่อยนั้นต้องประกอบด้วยส่วนประกอบใดบ้าง ปรุงรสอย่างไร ความคิดเช่นนี้ถือว่าเป็นความคิดที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคลนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่ความคิดที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคลนี้ เนื่องจากยังไม่มีลักษณะที่เรียกว่าเป็นงาน (Work) แต่เป็นเพียงนามธรรมเท่านั้น

2.2) ความคิดที่ผู้สร้างสรรค์ได้ถ่ายทอดแนวความคิดพื้นฐานจากความคิดในข้อ 2.1 ให้กลายเป็นสิ่งที่เป็นรูปธรรม โดยการตกแต่ง เพิ่มเติมรูปแบบ รูปร่าง รายละเอียด ลักษณะ และส่วนประกอบอื่น ๆ ลงไปในความคิดนั้น โดยไม่จำเป็นว่าการแสดงออกซึ่งความคิดพื้นฐานในข้อ 2.1 นั้นจะต้องสามารถจับต้องได้ เพียงแต่เป็นการแสดงความคิดที่อยู่ในจิตใจออกมา รูปแบบการแสดงออกซึ่งความคิดดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์[22]

ซึ่งหลักการพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) สามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 54/2542[23] ที่ได้อธิบายถึงการให้ความคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) โดยไม่ให้ความคุ้มครองแก่ตัวของความคิด ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินในตอนหนึ่งที่มีใจความว่า “...เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 แล้ว คำว่า “ผู้สร้างสรรค์” และคำว่า “งาน” ตามมาตรา 4 จะเห็นได้ว่างานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยความคิดริเริ่มของตนเอง แสดงให้เห็นว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นงานที่ได้ “แสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) แล้ว

---

[21]เรื่องเดียวกัน.

[22]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 87-88, อ้างถึงใน พิศวาท สุคนธพันธุ์, **ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2552), 39.

[23]ดูคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศหมายเลขแดงที่ ทป. 54/2542.

ตัวความคิดไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ทฤษฎีทางคณิตศาสตร์เป็นเพียงแนวความคิดหนึ่งที่ใช้ในการคำนวณเท่านั้น ไม่ใช่การแสดงออกซึ่งความคิดที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์...”

ทั้งนี้การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) นี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นงานที่มีการแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป การแสดงออกโดยรูปแบบอื่นไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกด้วยวาจา รหัส หรือลักษณะอื่นใดที่สามารถทำให้มีรูปร่างปรากฏและเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดที่ทำให้บุคคลอื่นสามารถเข้าใจได้ถึงความคิดที่แสดงออกมาได้ ก็ถือได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว

3) ต้องเป็นงานที่กฎหมายกำหนด

งานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นนอกจากจะต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ และต้องเป็นงานที่มีการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว งานดังกล่าวจะต้องเป็นงานอยู่ในขอบเขตของงาน 9 ประเภทตามที่มาตรา 6[24] ได้บัญญัติไว้ คือ งานวรรณกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะงานด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะเท่านั้น ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อขอบเขตของงานที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่เกี่ยวของกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหาร

4) ต้องเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมาย

งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักการนั้นเกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทย ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 3705/2530 ที่ได้พิพากษาว่างานสร้างสรรค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้จากใจความต่อไปนี้ “ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าวิดีโอเทปของกลาง 1 ที่โจทก์อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงและชายบางตอนอันเป็นภาพลามกซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โจทก์จึงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์”

---

[24]มาตรา 6 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์.

เมื่องานสร้างสรรค์นั้นมีองค์ประกอบครบทั้ง 4 ข้อข้างต้นแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นก็จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยต่อไปนี้จะอธิบายถึงขอบเขตของงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เป็นงาน 9 ประเภท

3.1.2 ขอบเขตของงานที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหาร

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ 9 ประเภทดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 6[25] ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด จากบทบัญญัติมาตรา 6 จะเห็นได้ว่างานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นงานที่อยู่ในงานสร้างสรรค์ 9 ประเภทเท่านั้น โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกล่าวถึงงานวรรณกรรม งานศิลปกรรมและงานอื่นใดในแผนกศิลปกรรมซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหาร ในส่วนของสูตรอาหาร รายการอาหาร และการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารเท่านั้น

1) งานวรรณกรรม

งานวรรณกรรมนั้นพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4[26] ได้ให้ความหมายของคำว่า “งานวรรณกรรม” ไว้ว่าคือ งานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย จากความหมายของงงานวรรณกรรมในมาตรา 4 งานวรรณกรรมจึงหมายความถึง งานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2535 นั้นได้ให้ความหมายของคำว่า “งานนิพนธ์” ไว้โดยหากใช้เป็นคำนามจะหมายถึง เรื่องที่แต่งขึ้น แต่ถ้าหากใช้เป็นกริยาจะหมายถึง ร้อยกรองถ้อยคำแต่งหนังสือ[27] จากความหมายในพจนานุกรมของคำว่า “งานนิพนธ์” นี้เอง งานวรรณกรรมจึงหมายถึง

---

[25]มาตรา 6 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด.

[26]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“วรรณกรรม” หมายความว่า งานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย.

[27]ปริญญา ดีผดุง, “กฎหมายลิขสิทธิ์”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), 165.

งานที่เกี่ยวกับการประพันธ์ทางลายลักษณ์อักษรทุกชนิดที่ได้ทำขึ้น ไม่ว่างานประพันธ์ดังกล่าวจะเป็นภาษาใด อีกทั้งในมาตรา 6 นั้นได้บัญญัติถึงรูปแบบการแสดงออกของงานวรรณกรรมไว้อย่างกว้างจากประโยคที่ว่า “...ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด” จากประโยคนี้เองงานนิพนธ์จึงสามารถแสดงออกให้ปรากฏได้หลายรูปแบบ เช่น รหัสต่าง ๆ ที่สามารถสื่อความหมายได้ รูปภาพการ์ตูน เป็นต้น[28] จึงทำให้ “งานวรรณกรรม” ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 6 นี้ต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่เป็นงานที่แต่งขึ้นทุกชนิด โดยไม่ต้องคำนึงว่างานสร้างสรรค์นั้นจะมีการแสดงออกโดยรูปแบบอย่างใด ขอเพียงได้มีการแสดงออกซึ่งงานที่ได้แต่งขึ้นแล้วเท่านั้น

2) งานศิลปกรรม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4[29] ได้ให้ความหมายของคำว่า “งานศิลปกรรม” ไว้ว่าคือ งานจิตรกรรม งานประติมากรรม งานภาพพิมพ์ งานสถาปัตยกรรม งานภาพถ่าย งานภาพประกอบ งานศิลปประยุกต์ โดยสามารถอธิบายความหมายของงานศิลปกรรมแต่ละประเภทได้ดังนี้

---

[28]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), 48.

[29]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“ศิลปกรรม หมายความว่า งานอันมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

(1) งานจิตรกรรม ได้แก่ งานสร้างสรรค์รูปทรงที่ประกอบด้วยเส้น แสง สี หรือสิ่งอื่น อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน ลงบนวัสดุอย่างเดียวหรือหลายอย่าง

(2) งานประติมากรรม ได้แก่ งานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้

(3) งานภาพพิมพ์ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพด้วยกรรมวิธีทางการพิมพ์ และหมายความรวมถึงแม่พิมพ์หรือแบบพิมพ์ที่ใช้ในการพิมพ์ด้วย

(4) งานสถาปัตยกรรม ได้แก่ งานออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง งานออกแบบตกแต่งภายในหรือภายนอก ตลอดจนบริเวณของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง หรือการสร้างสรรค์หุ่นจำลองของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง

(5) งานภาพถ่าย ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพที่เกิดจากการใช้เครื่องมือบันทึกภาพโดยให้แสงผ่านเลนซ์ไปยังฟิล์มหรือกระจกและล้างด้วยน้ำยาซึ่งมีสูตรเฉพาะ หรือด้วยกรรมวิธีใด ๆ อันทำให้เกิดภาพขึ้น หรือการบันทึกภาพโดยเครื่องมือหรือวิธีการอย่างอื่น

(6) งานภาพประกอบ แผนที่ โครงสร้าง ภาพร่าง หรืองานสร้างสรรค์รูปทรงสามมิติอันเกี่ยวกับภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศหรือวิทยาศาสตร์

(7) งานศิลปประยุกต์ ได้แก่ งานที่นำเอางานตาม (1) ถึง (6) อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันไปใช้ประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากการชื่นชมในคุณค่าของตัวงานดังกล่าวนั้น เช่น นำไปใช้สอย นำไปตกแต่งวัสดุหรือสิ่งของอันเป็นเครื่องใช้หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า

ทั้งนี้ ไม่ว่างานตาม (1) หรือ (7) จะมีคุณค่าทางศิลปหรือไม่และให้หมายความรวมถึงภาพถ่ายและแผนผังของงานดังกล่าวด้วย.

ความหมายของงานศิลปกรรม

(1) “งานจิตรกรรมที่ได้รับความคุ้มครองนั้นสามารถทำลงบนวัสดุใด ๆ ก็ได้ ไม่ว่าจะเป็น กระดาษ ผ้า ไม้ อิฐ หิน ดิน ทราย อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างก็ได้

(2) งานประติมากรรม ต้องเป็นงานที่มีรูปทรง มีส่วนลึก นูน และมีปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้ เช่น การแกะสลัก” [30]

(3) งานภาพพิมพ์ คือ งานที่มีลักษณะเป็นภาพสองมิติ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการพิมพ์และเป็นการวาดหรือเขียนลงบนวัสดุจากการพิมพ์ด้วยหมึก[31]

(4) งานสถาปัตยกรรม ในกฎหมายลิขสิทธิ์นี้หมายถึง การออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง แบบในที่นี้ต้องเป็นแบบที่สามารถนำไปใช้ในการก่อสร้างได้หรืออยู่ในขั้นของการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว หากเป็นเพียงการร่างภาพ ก็ไม่อาจถือว่าเป็นแบบได้เนื่องจากยังคงเป็นขั้นตอนของความคิดเท่านั้น[32]

(5) “งานภาพถ่าย งานภาพถ่ายนี้ไม่คำนึงถึงสิ่งที่ถูกถ่าย และหมายความรวมถึงวิธีการแบบใหม่ ๆ ด้วย เช่น การถ่ายภาพโดยกล้องโพลาลอยด์ หรือกล้องดิจิตอลที่ไม่ต้องใช้น้ำยาซึ่งมีสูตรเฉพาะในการล้างภาพ

(6) งานภาพประกอบ กฎหมายไม่ได้อธิบายรายละเอียดไว้ เนื่องจากงานภาพประกอบ เช่น งานแผนที่ ภาพร่าง รูปทรงสามมิติเหล่านี้สามารถเข้าใจได้ด้วยตัวเองแล้ว”[33]

(7) งานศิลปประยุกต์ เป็นการนำเอางานทั้งหมดใน (1) – (6) ไม่ว่าอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งหมดข้างต้นมารวมกัน โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณค่าในตัวงานดังกล่าวนั้น โดยจุดประสงค์เพื่อนำเอางานดังกล่าวไปใช้ในทางการค้า หรือนำไปใช้ประโยชน์ก็ตาม

จากความหมายของ “งานศิลปกรรม” ตามมาตรา 4 นั้นจะเห็นได้ว่างานศิลปกรรมที่สามารถได้รับความคุ้มครองนั้นต้องเป็นงานศิลปกรรมที่อยู่ในขอบเขตประเภทของงานศิลปกรรมตามที่มาตรา 4 บัญญัติไว้เท่านั้น จากคำว่า “ศิลปกรรม หมายความว่า งานอันมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้...” ทั้งนี้งานศิลปกรรมที่เข้าอยู่ในขอบเขตประเภทของงานศิลปกรรมนั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าความงามทางด้านศิลปะแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 6379/2537[34] ที่วินิจฉัยว่า “แบบปากกาเป็นงานสร้างสรรค์ อันเกิดจากการนำเอาการสร้างแบบพิมพ์รูปลักษณะของปากกาและแม่พิมพ์ ซึ่งเขียนด้วยลายเส้นประกอบเป็นรูปทรง อันเข้าลักษณะศิลปกรรมประเภทจิตรกรรม และการ

---

[30]ปริญญา ดีผดุง, “กฎหมายลิขสิทธิ์”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 185.

[31]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 64.

[32]ปริญญา ดีผดุง, “กฎหมายลิขสิทธิ์”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 186.

[33]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 64-65.

[34]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 6379/2537.

สร้างแม่พิมพ์กับหุ่นจำลองของปากกาดังกล่าว ซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้ อันเข้าลักษณะศิลปกรรมประเภทงานประติมากรรมมาประกอบเข้าด้วยกัน และสร้างขึ้นเป็นปากกาเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในการขีดเขียน และเพื่อประโยชน์ทางการค้าอันเป็นประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากการชื่นชมในคุณค่าของตัวงานจิตรกรรมและประติมากรรมดังกล่าว งานสร้างสรรค์แบบปากกาจึงเป็นงานศิลปประยุกต์ อันอาจได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 (7) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีคุณค่าทางศิลปหรือไม่"

งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 6 ได้กำหนดงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้อย่างกว้าง ๆ ด้วยดังจะเห็นได้จากมาตรา 6 ที่ว่า "...หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ..." ด้วยประโยคดังกล่าวนี้จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีจุดประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ที่อยู่ในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งงานดังกล่าวน่าจะต้องมีลักษณะในทำนองเดียวกันกับงานทั้ง 8 ประเภทที่กล่าวมาข้างต้น แต่ไม่ครอบคลุมถึงงานทุกประเภทที่อยู่ในแผนกดังกล่าวแล้วจะได้รับความคุ้มครองทั้งหมด ซึ่งต้องพิจารณาจากงานสร้างสรรค์แต่ละประเภทไป ตัวอย่างงานสร้างสรรค์ในแผนกอื่นใดในปัจจุบัน เช่น การสักลวดลายต่าง ๆ ลงบนร่างกายมนุษย์ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นงานในแผนกศิลปะที่เป็นงานจิตรกรรม เป็นต้น[35]

กล่าวโดยสรุปแล้วงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้นั้นจะต้องเป็นงานที่อยู่ในงาน 9 ประเภทตามที่มาตรา 6 ได้บัญญัติไว้ ซึ่งได้แก่ งานวรรณกรรม ศิลปกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ โดยงาน 9 ประเภทดังกล่าวจะต้องเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ เป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ และเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้

จากปัจจัยในการพิจารณาว่างานใดเป็นงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ดังที่กล่าวไปข้างต้นทำให้สามารถพิจารณาถึงงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ 3 ประเภทคือ สูตรอาหาร รายการอาหาร และการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร โดยจะแยกพิจารณาเป็น 3 ประเภทดังต่อไปนี้

1) สูตรอาหาร สูตรอาหารนั้นจะมีทั้งในแบบที่เปิดเผยต่อสาธารณะและแบบที่ปิดไว้เป็นความลับ ซึ่งสูตรอาหารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์จะเป็นสูตรอาหารในส่วนที่เปิดเผยต่อสาธารณะทั้ง

[35]ปริญญา ดีผดุง, "กฎหมายลิขสิทธิ์", ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 196-197.

ในรูปแบบที่เป็นหนังสือ วาจา หรือแบบดิจิตอล เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วสูตรอาหารที่แสดงรูปแบบความคิดออกมาเป็นหนังสือนั้นจะสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

2) รายการอาหาร รายการอาหารนั้นมีลักษณะที่เกิดมาจากความคิดสร้างสรรค์ของพ่อครัวผู้สร้างสรรค์รายการอาหารนั้น โดยรายการอาหารอาหารนั้นสามารถบรรยายให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจถึงเรื่องราวที่พ่อครัวตั้งใจสื่อสารให้ผู้อ่านได้รับทราบได้ จากลักษณะของความคิดสร้างสรรค์ที่พ่อครัวใช้ในการคิดสร้างสรรค์รายการอาหารนี้เองที่ทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่า รายการอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

3) การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้น พ่อครัวต้องใช้ศิลปะ และความคิดในการสร้างสรรค์ผลงาน โดยพ่อครัวต้องนำเอาความงามตามธรรมชาติของอาหารมาใช้ในการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารให้มีความสวยงาม เพื่อใช้เป็นการเพิ่มอรรถรสในการทานอาหารของผู้บริโภค ซึ่งการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นต้องใช้ทักษะ ประสบการณ์ ความรู้ และความคิดสร้างสรรค์ของพ่อครัวเป็นอย่างมาก จึงมีปัญหาว่าการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานศิลปกรรมหรือไม่ และหากไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานศิลปกรรมจะสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะได้หรือไม่อย่างไร โดยจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

3.2 กฎหมายสิทธิบัตร

งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสิทธิบัตรนั้นมี 2 ประเภท คือ สูตรอาหารในส่วนที่เป็นกรรมวิธีในการผลิตอาหาร ที่อาจถือเป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้ และการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร ในส่วนที่เป็นสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะศึกษาพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แค่เพียงในส่วนขอสิทธิบัตรการประดิษฐ์และสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์เท่านั้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องทราบถึงความหมาย หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นงานที่สามารถขอรับสิทธิบัตร และเงื่อนไขในการขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภททรัพย์สินอุตสาหกรรม โดยมีแนวคิดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิตามธรรมชาติของผู้ประดิษฐ์ เพื่อเป็นการตอบแทนต่อการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาจากต่างประเทศ เป็นเครื่องจูงใจให้มีการทำวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีและส่งเสริมให้มีการเผยแพร่ข้อมูลความรู้และรายละเอียดของการประดิษฐ์แก่สาธารณชน[36]

---

[36]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 36.

สิทธิบัตร คือ เอกสารสิทธิที่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ และรวมถึงการให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบทางอุตสาหกรรมหรือการออกแบบผลิตภัณฑ์[37] มีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดที่จะปกป้องผู้ทรงสิทธิจากการแข่งขันของบุคคลอื่น หรือของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำละเมิดมีเจตนาที่จะกระทำละเมิดสิทธิบัตรหรือไม่[38]

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3[39] ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิบัตร” ไว้ว่า คือ หนังสือที่รัฐออกให้เพื่อใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ จากความหมายของสิทธิบัตรในมาตรา 3 นี้เองที่ทำให้ทราบได้ว่าในประเทศไทยนั้นกฎหมายสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ จึงสามารถแบ่งประเภทของสิทธิบัตรในประเทศไทยได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

3.2.1 สิทธิบัตรการประดิษฐ์

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3[40] ได้ให้ความหมายของการประดิษฐ์ไว้ว่า หมายถึง แนวทางแก้ไขปัญหาทางเทคนิคอย่างหนึ่งซึ่งแนวทางแก้ปัญหานั้นอาจเกิดจากการนำความรู้ต่าง ๆ ที่มีอยู่ ซึ่งรวมถึงความรู้ที่ได้จากการค้นพบด้วย (แต่สิทธิบัตรไม่คุ้มครองความรู้ที่ได้จากการค้นพบ) ไปประยุกต์ให้เกิดเป็นผลอย่างหนึ่งอย่างใดในทางปฏิบัติ การประดิษฐ์นั้นนอกจากเป็นสิ่งที่เกิดจากการพัฒนาคิดค้นทางปัญญาของบุคคลแล้ว ก็ยังต้องมีคุณสมบัติที่อาจนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรมได้อีกด้วย[41] การประดิษฐ์จึงเป็นการคิดค้นหรือคิดวิธีโดยใช้ความรู้และความอุตสาหะของผู้ประดิษฐ์ที่จะทำให้ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในการผลิตแบบเดิมที่มีอยู่แล้วนั้นดีขึ้น หรือได้กรรมวิธีหรือผลิตภัณฑ์ขึ้นใหม่ โดยสิทธิบัตรไม่ให้ความคุ้มครองแก่ตัวความรู้ที่ได้ค้นพบ แต่ให้ความคุ้มครองแก่การใช้ความรู้ที่ได้จากการค้นพบดังกล่าวไปพัฒนากรรมวิธีหรือวิธีคิดค้นเพื่อให้ได้ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในการผลิตขึ้นใหม่

---

[37]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 144.

[38]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “สิทธิบัตร”, ใน **ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** (กรุงเทพฯ: ด่านสุทธาการพิมพ์, 2555, 89.

[39]มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“สิทธิบัตร” หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ตามที่กำหนดในหมวด 2 และหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้.

[40]มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“การประดิษฐ์” หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดขึ้นใหม่ หรือกระทำการใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี.

[41]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “สิทธิบัตร”, ใน **ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 90.

จากความหมายของการประดิษฐ์ในมาตรา 3 นี้เองที่ทำให้สามารถแยกปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการคิดค้นประดิษฐ์ตามกฎหมายได้ดังนี้

3.2.1.1 ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการคิดค้นประดิษฐ์ตามกฎหมาย

1) ต้องเป็นความคิดสร้างสรรค์ในการผลิต สิทธิบัตรไม่ให้ความคุ้มครองแก่ตัววัตถุที่เกิดขึ้นจากการคิดค้นสร้างสรรค์ แต่ให้ความคุ้มครองแก่ความคิดสร้างสรรค์ที่ก่อให้เกิดการผลิต ไม่ว่าจะเป็นความคิดที่เกี่ยวกับวิธีการใหม่ ๆ ที่ก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่ โดยต้องแยกต่างหากจากสิ่งที่เป็นผลิตผลจากความคิดสร้างสรรค์[42]

2) ต้องเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ เนื่องจากสิทธิบัตรเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้นสิ่งที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้จะต้องเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น และจากความหมายของคำว่า “การประดิษฐ์” เองก็มีความหมายบ่งบอกให้เห็นถึงการสร้างขึ้นโดยมนุษย์อยู่เองแล้ว ดังนั้นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติย่อมไม่ใช่สิ่งที่เกิดจากการประดิษฐ์[43]

3) ต้องเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตผลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังจะเห็นได้จากในตัวบทบัญญัติของมาตรา 3 ที่กำหนดไว้ว่าการประดิษฐ์นั้นต้องเป็นผลให้เกิดผลิตภัณฑ์ กรรมวิธี หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีซึ่งมีการพัฒนาที่ดีขึ้นต่อไปได้[44] โดยสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้นจะให้ความคุ้มครองแก่ตัวผลิตภัณฑ์ กับกรรมวิธี แยกต่างหากออกจากกัน ทั้งนี้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3[45] ก็ได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “กรรมวิธี” เอาไว้ โดยไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า “ผลิตภัณฑ์” เอาไว้ แต่ก็สามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ผลิตภัณฑ์” ได้

คำว่า “ผลิตภัณฑ์” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง สิ่งที่ทำขึ้นจากความหมายตามพจนานุกรม “ผลิตภัณฑ์” จึงเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น มิใช่เป็นสิ่งที่เกิดจากธรรมชาติ ดังนั้นสิ่งที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรได้จึงต้องเป็นสิ่งที่มนุษย์เป็นผู้สร้างขึ้น ไม่ใช่เป็นการค้นพบที่ได้จากธรรมชาติ หรือเป็นสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เช่น เครื่องจักร อุปกรณ์ เป็นต้น

คำว่า “กรรมวิธี” จากคำนิยามตามมาตรา 3 นั้น “กรรมวิธี” จึงคือ วิธีที่ใช้ในการทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ ซึ่งอาจจะมีขั้นตอนเดียวหรือหลายขั้นต้อนก็ได้

---

[42]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 158.

[43]ยรรยง พวงราช, “กฎหมายสิทธิบัตร”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 254.

[44]เรื่องเดียวกัน.

[45]มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“กรรมวิธี” หมายความว่า วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิตหรือการเก็บรักษาให้คงสภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือการปรับสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์และรวมถึงการใช้กรรมวิธีนั้น ๆ ด้วย.

เมื่อสิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรนั้นเป็นสิ่งประดิษฐ์แล้ว สิ่งนั้นจะต้องเข้าตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดไว้ด้วยดังต่อไปนี้

3.2.1.2 เงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์

สิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้นนอกจากจะต้องเป็นการประดิษฐ์แล้ว สิ่งนั้นจะต้องเข้าตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 5[46] ได้บัญญัติกำหนดเอาไว้ด้วย ดังต่อไปนี้

1) ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่

กล่าวคือ สิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้นั้นต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ โดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 6[47] ได้ให้ความหมายของการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ไว้ว่า คือ สิ่งใหม่ที่ไม่เคยปรากฏต่อสาธารณชนมาก่อน โดยงานที่จะถือว่าเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่นั้นจะต้องไม่เป็นส่วนหนึ่งของ “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว” โดยถ้าการประดิษฐ์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏเผยแพร่ต่อสาธารณชนอยู่แล้วในวันที่มีการยื่นขอรับสิทธิบัตร ถือว่าการ

---

[46]มาตรา 5 ภายใต้บังคับมาตรา 9 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่

(2) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ

(3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม.

[47]มาตรา 6 การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ได้แก่ การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว

งานที่ปรากฏอยู่แล้ว ให้หมายความถึงการประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) การประดิษฐ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่แล้วในราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

(2) การประดิษฐ์ที่ได้มีการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดในเอกสารหรือสิ่งพิมพ์ที่ได้เผยแพร่อยู่แล้ว ไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร และไม่ว่าการเปิดเผยนั้นจะกระทำโดยเอกสาร สิ่งพิมพ์ การนำออกแสดง หรือการเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยประการใด ๆ

(3) การประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

(4) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้วนอกราชอาณาจักรเป็นเวลาเกินสิบแปดเดือนก่อนวันขอรับสิทธิบัตรแต่ยังมิได้มีการออกสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรให้

(5) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรและได้ประกาศโฆษณาแล้วก่อนวันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร

การเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดที่เกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดโดยผู้ประดิษฐ์ รวมทั้งการแสดงผลงานของผู้ประดิษฐ์ในงานแสดงสินค้าระหว่างประเทศ หรือในงานแสดงต่อสาธารณชนของทางราชการ และการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดดังกล่าวได้กระทำภายในสิบสองเดือนก่อนที่จะมีการขอรับสิทธิบัตร มิให้ถือว่าเป็นการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดตาม (2).

ประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่ ไม่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า การเปิดเผยนั้นได้กระทำโดยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวิธีอื่นใด[48] ทั้งนี้ “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว” นั้นมีความหมายครอบคลุมถึงทั้งสิ่งที่เป็นนามธรรมและรูปธรรม[49] และยังต้องคำนึงถึงว่างานประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรนั้นมีความแตกต่างจากงานประดิษฐ์ที่ได้ปรากฏอยู่แล้วหรือไม่เพียงใด[50]โดยประเทศไทยนั้นใช้หลักเกณฑ์ในการดูว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นเป็นการประดิษฐ์ใหม่หรือไม่จากสิ่งตีพิมพ์จากงานที่ปรากฏอยู่แล้วทั่วโลก[51] ซึ่งสามารถพิจารณาประเด็นเรื่องความใหม่ได้จากคำพิพากษาฎีกา ที่ 2523/2537[52] ซึ่งเป็นเรื่องที่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยว่ากระทำละเมิดสิทธิบัตรการประดิษฐ์ลูกตะกร้อของโจทก์ โดยสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของโจทก์เป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ประเภทผลิตภัณฑ์ ซึ่งสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์นี้การพิจารณาความใหม่จะพิจารณาที่ตัวของผลิตภัณฑ์เป็นหลัก แม้ว่ากรรมวิธีที่ใช้ในการผลิตลูกตะกร้อของจำเลยจะมีความแตกต่างไปจากกรรมวิธีการผลิตที่โจทก์ใช้ก็ตาม หากตัวของผลิตภัณฑ์ของจำเลยนั้นเป็นผลิตภัณฑ์ที่เหมือนหรือเป็นชนิดเดียวกันกับผลิตภัณฑ์ของโจทก์ ย่อมถือได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดโจทก์ ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินที่มีใจความว่า “สิทธิบัตรที่โจทก์ร่วมได้รับเป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ลูกตะกร้อพลาสติกไม่ใช่การประดิษฐ์ที่ได้มาซึ่งกรรมวิธีใหม่ การวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้ผลิตรายใดจะเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของโจทก์ร่วมหรือไม่จะต้องพิจารณาที่ผลิตภัณฑ์เป็นหลัก มิใช่พิจารณาที่กรรมวิธีการผลิต ดังนั้นไม่ว่าผู้ผลิตรายใดซึ่งผลิตตะกร้อพลาสติกจะพัฒนาวิธีการสานตะกร้อพลาสติกให้ดีกว่าหรือต่างไปจากวิธีการสานของโจทก์ร่วมเพียงใดก็ตาม หากลูกตะกร้อพลาสติกที่ผลิตออกมามีรูปร่างลักษณะเหมือนกับโจทก์ร่วมแล้ว ถือว่าผลิตภัณฑ์นั้นผลิตโดยละเมิดข้อถือสิทธิตามสิทธิบัตรของโจทก์ร่วม”

2) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 7[53] ได้ให้ความหมายของคำว่า “ขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” ไว้ว่า คือการประดิษฐ์ที่มีเทคนิค หรือขั้นตอนที่ใช้ในการประดิษฐ์ที่บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพในวิทยาการแขนงนั้นที่มีความชำนาญในระดับสามัญไม่สามารถที่จะรู้ได้โดยง่าย จากความหมายในมาตรา 7 นั้นสามารถแยกพิจารณาขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นได้เป็น 2 ส่วน กล่าวคือ

---

[48]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “สิทธิบัตร”, ใน **ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 91-92.

[49]เรื่องเดียวกัน.

[50]คมน์ทะนงชัย ฉายไพโรจน์, **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับสมบูรณ์**, (กรุงเทพฯ: บานานา สวีท, 2555), 353.

[51]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “สิทธิบัตร”, ใน **ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, 93.

[52]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2523/2537

[53]มาตรา 7 การประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ได้แก่ การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น.

2.1) ต้องไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย คือ เป็นการนำเอาการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรนั้นมาเปรียบเทียบในรายละเอียดทางด้านของลักษณะทางเทคนิค (Technical Feature) ลักษณะการทำงาน (Function) และผลที่ได้รับ (Results or Utility) กับงานประดิษฐ์ที่ได้ขอรับสิทธิบัตรหรือได้ถูกเปิดเผยอยู่ก่อนแล้วว่ามีความแตกต่างกันมากน้อยเพียงใด โดยเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่างานประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่ายหรือไม่ให้พิจารณาจากว่างานประดิษฐ์ดังกล่าวนั้นบุคคลผู้มีความชำนาญในระดับสามัญสามารถคิดหรือประดิษฐ์งานดังกล่าวได้โดยง่ายหรือไม่[54]

งานประดิษฐ์ที่บุคคลผู้มีความรู้ความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น กล่าวคือ บุคคลผู้ที่เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่างานประดิษฐ์นั้นมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหรือไม่นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีความชำนาญในระดับพิเศษ หรือเชี่ยวชาญ หากแต่เพียงเป็นบุคคลผู้ที่มีความชำนาญในวิทยาการแขนงเดียวกันกับงานประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรนั้นในระดับปานกลางหรือระดับเฉลี่ย (Average) เท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่จะใช้ในการพิจารณาว่างานประดิษฐ์นั้นมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหรือไม่ แต่ไม่ถึงขนาดที่ว่าเป็นบุคคลที่อยู่นอกสาขาวิทยาการหรือเป็นเพียงแค่คนงานทั่วไป[55]

2.2) ต้องเป็นงานประดิษฐ์ที่มีประสิทธิภาพในการใช้งานที่ดีขึ้นกว่างานประดิษฐ์เดิมที่มีอยู่ หรือต้องสามารถใช้ในการแก้ไขข้อบกพร่องของสิ่งประดิษฐ์เดิมได้[56] กล่าวคือ งานประดิษฐ์นั้นต้องเป็นงานประดิษฐ์ที่สร้างขึ้นมาแล้วมีคุณภาพและประสิทธิภาพในการใช้งานได้ดีกว่าเดิม หรือเพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ในสิ่งประดิษฐ์เดิม เช่น การสร้างเครื่องมือปั๊มหัวใจของผู้ป่วยนั้นเป็นการสร้างเพื่อพัฒนาให้มีประสิทธิภาพให้สามารถปั๊มหัวใจของผู้ป่วยให้กลับมาเต้นได้เร็วกว่าเครื่องปั๊มหัวใจเดิม เช่นนี้ก็จะถือว่าเครื่องปั๊มหัวใจเครื่องใหม่นั้นมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นได้ เพราะมีประสิทธิภาพในการทำงานที่ดีกว่าเดิม ซึ่งสามารถพิจารณาประเด็นเรื่องขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นนี้ได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 7732/2538[57] ที่ได้อธิบายถึงการพิจารณาสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้นั้นต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีขั้นของการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น โดยต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีประสิทธิภาพในการใช้งานที่ดีขึ้น หรือต้องสามารถแก้ไขข้อบกพร่องของสิ่งประดิษฐ์เดิมได้ ดังจะเห็นได้จากคำตัดสินดังนี้ “ในขณะที่โจทก์ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในม่านเหล็กบังตานั้น ที่ประเทศอังกฤษได้มีการออกสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในม่านเหล็กบังตาไว้อยู่แล้ว โดยสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของโจทก์นั้นมีความแตกต่างจากสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่ได้ออกไว้ที่ประเทศอังกฤษเพียงแค่ขอบมุมของใบม่านทั้งสองด้าน

---

[54]รัชพงษ์ ทองดีแท้, **การคุ้มครองสิทธิบัตรตามสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางด้านสิทธิบัตรขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก** (สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), 7.

[55]เรื่องเดียวกัน.

[56]คมน์ทะนงชัย ฉายไพโรจน์, **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับสมบูรณ์**, 357.

[57]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 7732/2538.

เท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นข้อแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยเท่านั้น สิทธิบัตรการประดิษฐ์ของโจทก์จึงไม่ถือว่าเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” และคำพิพากษาฎีกาที่ 4131/2536[58] ก็ได้ตัดสินในเรื่องของขั้นการประดิษฐ์ในทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาที่ 7732/2538 โดยคำพิพากษาฎีกาที่ 4131/2536 นี้มีใจความว่า “การยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในเครื่องกรองน้ำชนิดใช้สารกรองของจำเลยนั้นไม่ปรากฏว่า เครื่องกรองน้ำโดยใช้สารกรองของจำเลยมีประสิทธิภาพในการกรองน้ำดีขึ้นกว่าสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในเครื่องกรองน้ำของโจทก์ จึงทำให้เครื่องกรองน้ำของจำเลยขาดคุณสมบัติในเรื่องของขั้นตอนการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น จึงไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้”

3) ต้องสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 8[59] ได้บัญญัติอธิบายถึงการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมไว้ โดยในประเทศไทยได้ให้หมายความรวมไปถึง หัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชยกรรมด้วย โดยงานประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้นั้นต้องเป็นงานประดิษฐ์ที่สามารถใช้ประโยชน์ในทางปฏิบัติได้ ไม่ได้เป็นแค่เพียงแต่แนวคิด ทฤษฎี หรือกฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นไปตามความหมายที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้ความหมายในเรื่องของ”การประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม” ไว้ว่าหมายถึง การประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ หรือผลิต ในทางอุตสาหกรรมชนิดใดก็ได้ หรือเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่สามารถทำให้เกิดขึ้นได้จริง และสามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสมไม่ใช่เป็นเพียงแค่ทฤษฎีเท่านั้น และให้ความหมายของคำว่า “อุตสาหกรรม” ไว้ให้ครอบคลุมถึงการหัตถกรรม เกษตรกรรม ประมง และการบริการด้วย[60]

จากที่กล่าวไปข้างต้นแล้วสามารถสรุปได้ว่างานที่สามารถขอรับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้นั้นจะต้องเป็นงานดังต่อไปนี้

1) งานนั้นต้องมีองค์ประกอบเป็นงานประดิษฐ์
2) งานนั้นต้องเป็นการประดิษฐ์ใหม่
3) งานนั้นต้องเป็นงานที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นและ
4) งานนั้นต้องสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้

---

[58]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 4131/2536.

[59]มาตรา 8 การประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้แก่ การประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม รวมทั้งหัตถกรรม เกษตรกรรมและพาณิชยกรรม.

[60]รัชพงษ์ ทองดีแท้, **การคุ้มครองสิทธิบัตรตามสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางด้านสิทธิบัตรขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก**, 8.

3.2.2 สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

การออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นในมาตรา 3[61] ได้ให้ความหมายของการออกแบบผลิตภัณฑ์ไว้ โดยศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ออกแบบผลิตภัณฑ์” ไว้ว่าหมายถึง การออกแบบอันทำให้เกิดการผลิตผลิตภัณฑ์ทางด้านอุตสาหกรรม คือ การออกแบบผลิตภัณฑ์ให้มีรูปร่างหรือรูปทรงหรือลวดลายสีสรร อันมีลักษณะเฉพาะน่าสนใจ เพื่อใช้เป็นแบบสำหรับการผลิตในจำนวนมากซึ่งวัตถุอันเป็นผลิตภัณฑ์ในการใช้สอยต่าง ๆ การออกแบบจึงเกี่ยวกับลักษณะพิเศษจำเพาะของวัตถุใด ๆ อันเป็นรูปแบบทางมัณฑนศิลป แต่มิใช่เกี่ยวกับการผลิตตัววัตถุนั้นโดยตรง[62]

จากนิยามในมาตรา 3 และความหมายของศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ “การออกแบบผลิตภัณฑ์” จึงหมายความถึง การสร้างสรรค์รูปร่างของผลิตภัณฑ์หรือองค์ประกอบของลวดลาย หรือสีของผลิตภัณฑ์ซึ่งการออกแบบนั้นต้องมีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์นั้น และต้องสามารถใช้เป็นแบบสำหรับผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมรวมถึงหัตถกรรมได้ โดยการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นต้องเป็นการออกแบบโดยผู้สร้างสรรค์เอง

จากความหมายของการออกแบบผลิตภัณฑ์จากมาตรา 3 นี้จึงสามารถแยกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการออกแบบนั้นเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ได้ดังนี้

3.2.2.1 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการออกแบบผลิตภัณฑ์

1) ต้องเป็นการสร้างสรรค์ด้วยการออกแบบ การออกแบบนี้ต้องเป็นการออกแบบที่เกี่ยวข้องกับรูปร่างของผลิตภัณฑ์หรือองค์ประกอบของลวดลายหรือสีของผลิตภัณฑ์ เนื่องจากการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นเป็นการสร้างสรรค์ซึ่งเน้นด้านความสวยงามของวัตถุเป็นหลัก อันได้แก่รูปร่าง รูปทรง หรือสีสันของวัตถุ และจากนิยามในมาตรา 3 นี้เองที่ทำให้การออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นต้องเป็นการออกแบบที่เกี่ยวข้องกับความสวยงามภายนอกของวัตถุที่สามารถปรากฏแก่สายตาของผู้ชม เพื่อใช้ในการดึงดูดความสนใจ พอใจอันทำให้ลูกค้าตกลงใจซื้อผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการออกแบบดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักของการออกแบบผลิตภัณฑ์[63]

---

[61]มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“แบบผลิตภัณฑ์” หมายความว่า รูปร่างของผลิตภัณฑ์ หรือองค์ประกอบของลวดลาย หรือสีของผลิตภัณฑ์ อันมีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ซึ่งสามารถใช้เป็นแบบสำหรับผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมรวมทั้งหัตถกรรมได้.

[62]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 214.

[63]เรื่องเดียวกัน.

2) ต้องเป็นการออกแบบที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ ต้องเป็นการออกแบบซึ่งทำให้ผลิตภัณฑ์มีรูปร่าง รูปทรง ลวดลาย หรือสีสรรที่แตกต่างไปจากผลิตภัณฑ์อื่นที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่แล้ว[64]

3) เพื่อใช้เป็นแบบในการผลิต กล่าวคือ ต้องเป็นการออกแบบเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะใช้เป็นแบบในการผลิตผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม และหัตถกรรมที่ใช้ในการพาณิชย์ โดยหากขาดวัตถุประสงค์ที่จะใช้ในทางพาณิชย์ไปนั้นจะทำให้งานดังกล่าวอาจเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นงานศิลปกรรมได้ เนื่องจากเป็นงานด้านศิลปกรรมนั้นเป็นการผลิตขึ้นมาโดยไม่มีจุดประสงค์ที่จะใช้ในทางพาณิชย์ แต่เป็นการผลิตตามคุณค่าทางจิตใจของผู้สร้างสรรค์เองเท่านั้น[65]

เมื่อการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นมีลักษณะครบตามหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ข้อดังกล่าวข้างต้นแล้ว ก็ต้องมาพิจารณาเงื่อนไขของสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ว่าการออกแบบดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ดังต่อไปนี้

3.2.2.2 เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 56[66] ได้บัญญัติเงื่อนไขของการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถขอรับความคุ้มครองไว้ดังนี้

1) ต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่

งานออกแบบที่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ได้นั้น นอกจากจะต้องมีลักษณะเป็นการออกแบบดังที่กล่าวไปในหัวข้อที่ 3.2.2.1 แล้ว การออกแบบดังกล่าวจะต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ด้วย โดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 57[67] ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่” ไว้โดยตรง แต่ได้บัญญัติว่างาน

---

[64]เรื่องเดียวกัน, 215.

[65]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 218.

[66]มาตรา 56 การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่เพื่ออุตสาหกรรมรวมทั้งหัตถกรรม.

[67]มาตรา 57 การออกแบบผลิตภัณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่

(1) แบบผลิตภัณฑ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่แล้วในราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

(2) แบบผลิตภัณฑ์ที่ได้มีการเปิดเผยภาพ สาระสำคัญ หรือรายละเอียดในเอกสารหรือสิ่งพิมพ์ที่ได้เผยแพร่อยู่แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

(3) แบบผลิตภัณฑ์ที่เคยมีประกาศโฆษณาตามมาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 28 มาแล้วก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

(4) แบบผลิตภัณฑ์ที่คล้ายกับแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวใน (1) (2) หรือ (3) จนเห็นได้ว่าเป็นการเลียนแบบ.

ออกแบบแบบใดที่ไม่ถือว่าเป็นงานออกแบบใหม่ จึงสามารถพิจารณาได้ว่างานออกแบบใดเป็นงานออกแบบใหม่โดยงานออกแบบนั้นต้องเป็นงานออกแบบใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน[68] กล่าวคือ ต้องไม่เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว เช่นเดียวกับความใหม่ในสิทธิบัตรการประดิษฐ์ โดยสามารถพิจารณาเรื่องความใหม่ได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 5341/2533[69], 1822/2543[70] และ 8170/2549[71] ซึ่งเป็นคำพิพากษาฎีกาที่อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในเรื่อง “ความใหม่ (Novelty)” ของแบบผลิตภัณฑ์เอาไว้ โดยต้องพิจารณาความใหม่ (Novelty) จากรูปทรงหรือแบบที่ปรากฏให้เห็นภายนอกซึ่งเป็นภาพรวมทั้งหมดของแบบผลิตภัณฑ์ที่ใช้เป็นหน้าที่ในการดึงดูดความสนใจของบุคคลผู้พบเห็นแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจากภายนอกว่ามีความแตกต่างกับแบบผลิตภัณฑ์อื่นมากเพียงใด ซึ่งการพิจารณานั้นจะไม่พิจารณาแต่เพียงตัวโครงสร้างของแบบผลิตภัณฑ์เท่านั้น

2) ต้องเป็นการออกแบบเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมและหัตถกรรม

กล่าวคือ งานออกแบบนั้นนอกจากจะต้องมีความใหม่เช่นเดียวกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์แล้ว งานออกแบบดังกล่าวจะต้องสามารถใช้ในทางอุตสาหกรรมและหัตถกรรมได้ เพื่อจุดประสงค์ในทางพาณิชย์ ตามที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 56[72] ได้บัญญัติไว้ การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อที่จะเป็นการแยกความแตกต่างในการให้ความคุ้มครองระหว่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีที่งานชิ้นเดียวสามารถได้รับความคุ้มครองได้หลายกฎหมาย โดยหากงาน

---

[68] คมน์ทะนงชัย ฉายไพโรจน์, **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับสมบูรณ์**, 395.

[69] คำพิพากษาฎีกาที่ 5341/2533 “แบบผลิตภัณฑ์เหยือกน้ำของโจทก์มีรูปแบบทรงกระบอก พวยรินน้ำเป็นร่องสี่เหลี่ยม ด้ามถือเป็นร่องมีขอบไม่ยาวถึงก้นเหยือก แบบผลิตภัณฑ์เหยือกน้ำของผู้อื่นมีรูปแบบทรงกระบอก พวยรินน้ำเป็นรูปโค้งแหลมมน ด้ามถือไม่ยาวถึงก้นเหยือก แบบผลิตภัณฑ์เหยือกน้ำและมีรูปแบบทรงกระบอก พวยรินน้ำถ้ามองทางด้านหน้าเป็นร่องสี่เหลี่ยม แต่ถ้ามองทางด้านข้างเป็นรูปสามเหลี่ยมลักษณะตัดเฉียง ด้ามถือช่วงล่างลาดลงสู่ก้นเหยือก เมื่อพิจารณาทั้งแบบผลิตภัณฑ์แล้วเห็นได้ชัดว่า แบบผลิตภัณฑ์เหยือกน้ำของโจทก์คล้ายกับแบบผลิตภัณฑ์เหยือกน้ำของผู้อื่นทั้งสองแบบที่มีแพร่หลายอยู่แล้วในราชอาณาจักรก่อนวันยื่นขอรับสิทธิบัตรจนเห็นได้ว่าเป็นการเลียนแบบการออกแบบผลิตภัณฑ์ เหยือกน้ำของโจทก์ไม่ถือว่าเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ตามมาตรา 56 และมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522”.

[70] คำพิพากษาฎีกาที่ 1822/2543 “การพิจารณาว่าแบบผลิตภัณฑ์หนึ่งแตกต่างจากแบบผลิตภัณฑ์ซึ่งเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้วก่อนหรือไม่ ชอบที่จะพิจารณาจากภาพรวมของแบบผลิตภัณฑ์ซึ่งรวมถึงรายละเอียดของแบบผลิตภัณฑ์ที่นำมาเปรียบเทียบกัน มิใช่พิจารณาแต่เพียงโครงสร้างหลักของแบบผลิตภัณฑ์...”.

[71] คำพิพากษาฎีกาที่ 8170/2549 “...การพิจารณาความใหม่ของแบบผลิตภัณฑ์วัตถุมุ่งเน้นที่รูปทรงหรือแบบที่ปรากฏให้เห็นภายนอก โดยไม่คำนึงถึงวิธีการใช้หรือเทคนิคการใช้งานของวัตถุ ซึ่งแบบผลิตภัณฑ์วัตถุที่จะถือว่ามีความใหม่นั้นต้องมีความแตกต่างชัดเจนมากเพียงพอที่จะดึงดูดความสนใจของประชาชนได้”.

[72] มาตรา 56 การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่เพื่ออุตสาหกรรมรวมทั้งหัตถกรรม.

ออกแบบนี้ขาดวัตถุประสงค์ในการใช้ในทางอุตสาหกรรมไป งานออกแบบนี้อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

จากที่กล่าวไปข้างต้นทั้งหมดจึงสามารถสรุปได้ว่างานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ได้นั้นต้องประกอบไปด้วยปัจจัยดังต่อไปนี้

1) ต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ครบตามองค์ประกอบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่างานนั้นเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์

2) ต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่มีความใหม่ โดยใช้หลักการในเรื่องของความใหม่เช่นเดียวกันกับความใหม่ของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ และ

3) การออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นต้องเป็นการออกแบบเพื่อใช้ในทางอุตสาหกรรมและหัตถกรรม

กล่าวโดยสรุปแล้วสิทธิบัตรในประเทศไทยนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือ สิทธิบัตรการประดิษฐ์ สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์และอนุสิทธิบัตร โดยสิทธิบัตรการประดิษฐ์นั้นเป็นสิทธิบัตรที่รัฐออกให้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์หรือกรรมวิธีที่ใช้ในการประดิษฐ์ โดยต้องมีเงื่อนไขตามที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 5 กำหนดไว้คือ ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ ส่วนสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นเป็นสิทธิบัตรที่รัฐออกให้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบผลิตภัณฑ์ โดยการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ต้องมีความใหม่และสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ ส่วนอนุสิทธิบัตรนี้คือ หนังสือที่รัฐออกให้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ โดยมีเงื่อนไขในการขอรับความคุ้มครองน้อยกว่าสิทธิบัตรการประดิษฐ์ กล่าวคือมีเงื่อนไขแค่เพียงว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นต้องมีความใหม่และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้เท่านั้น

จากหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์จะขอรับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรการประดิษฐ์หรือสิทธิการออกแบบผลิตภัณฑ์ดังที่กล่าวไปข้างต้น จึงทำให้เกิดปัญหาในงานสร้างสรรค์ของอุตสาหกรรมให้บริการอาหารในส่วนที่เป็นสูตรอาหารและการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร โดยสามารถแยกได้เป็น 2 ปัญหาคือ

1) สูตรอาหาร สูตรอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรในฐานะที่เป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้หรือไม่ เนื่องจากเหตุผลทางด้านลักษณะของสูตรอาหารเองที่เป็นการคิดค้นมาจากสูตรอาหารดั้งเดิม แต่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เกิดความแตกต่างนั้นจะถือว่ามีความใหม่ และมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหรือไม่เพียงใด ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5 และ

2) การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร การตกแต่งนี้สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรในฐานะที่เป็นสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ได้หรือไม่ จากลักษณะที่ผู้สร้างสรรค์นั้น

ต้องใช้ความคิดของตนเอง รวมทั้งทักษะความรู้ของตนในการคิดตกแต่ง และจะถือว่าการตกแต่งนั้นมีความใหม่ และสามารถใช้ในทางอุตสาหกรรมได้หรือไม่อย่างไร ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

3.3 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้ามีอยู่ 3 ประเภท คือ การตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านอาหาร การแต่งกายของพนักงานในร้าน และอาหารจานดัง (Signature Dish) โดยวิเคราะห์ถึงความหมาย ขอบเขตและเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองของกฎหมายเครื่องหมายการค้า เพื่อวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5 ว่างานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารทั้ง 3 ประเภทนั้นจะสามารถได้รับความคุ้มครองได้หรือไม่

กฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภททรัพย์สินอุตสาหกรรม มีบทบาทสำคัญในการป้องกันการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า โดยกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ได้ห้ามการลอกเลียนหรือการปลอมแปลงสินค้า และไม่ได้คุ้มครองชื่อหรือสัญลักษณ์ที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้า รวมทั้งไม่ได้คุ้มครองสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า แต่กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีบทบาทในการควบคุมการแสดงแหล่งกำเนิดของสินค้า โดยแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวโยงกันระหว่างสินค้ากับผู้ผลิตสินค้า ตราบใดที่การเชื่อมโยงกันระหว่างสินค้ากับผู้ผลิตที่แท้จริงยังคงมีอยู่ ตราบนั้นสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้านั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์ตลอดไป[73]

ในประเทศไทยกฎหมายเครื่องหมายการค้าให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้โดยชัดแจ้ง และเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนไว้สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้เพียงในเรื่อง “การลวงขาย” เท่านั้น[74]

เครื่องหมายการค้านั้นจะมีทั้งหมดอยู่ 4 ประเภทคือ เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และเครื่องหมายร่วม

3.3.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองและเครื่องหมายร่วม

---

[73]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2541), 263-264.

[74]เรื่องเดียวกัน, 280.

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4[75] ได้ให้ความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้ ว่าคือ เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

ศาสตราจารย์ ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้ให้ความหมายของ “เครื่องหมายการค้า ว่าคือ สัญลักษณ์อันมีวัตถุประสงค์เพื่อจำแนกผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบกิจการค้าขายรายหนึ่งจากผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบกิจการค้าอีกรายหนึ่ง โดยผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้แก่สิ่งใด ๆ ซึ่งผู้ประกอบการค้าจำหน่ายให้แก่ลูกค้า ด้วยเหตุนี้ ลูกค้าจึงต้องการสิ่งที่ใช้ในการจำแนกผลิตภัณฑ์ของตนเพื่อการตัดสินใจเลือกซื้อ”[76]

ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร ให้ความหมายของเครื่องหมายการค้า ว่าคือ เครื่องหมายที่แสดงความเกี่ยวพันกันระหว่างสินค้ากับเจ้าของเครื่องหมายการค้าและแยกให้ต่างกับสินค้าของผู้อื่น[77]

จากความหมายของเครื่องหมายการค้าในมาตรา 4 และจากความหมายที่นักวิชาการได้ให้ไว้จึงกล่าวได้ว่า “เครื่องหมายการค้า” เป็นเครื่องหมายที่ผู้ประกอบการแต่ละรายใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อให้เป็นสัญลักษณ์ประจำสินค้าของตน และเพื่อให้ลูกค้าสามารถแยกสินค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายออกจากกันได้ จากความหมายของเครื่องหมายการค้านี้เองที่ทำให้เครื่องหมายการค้ามีประโยชน์ในการทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง ทั้งยังเป็นสิ่งที่มีประโยชน์และมีคุณค่าต่อการแข่งขันทางการค้า ซึ่งถือว่าเป็นสินทรัพย์ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจและเป็นเครื่องช่วยในการเลือกซื้อสินค้าของลูกค้าอีกด้วย[78]

เครื่องหมายบริการนั้นในมาตรา 4[79] แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้ให้ความหมายไว้ว่าคือ เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับบริการ เพื่อแสดงว่าบริการที่

---

[75]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น.

[76]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า**, 281.

[77]ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), 39.

[78]เรื่องเดียวกัน, 38.

[79]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เครื่องหมายบริการ” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับบริการ เพื่อแสดงว่าบริการที่ใช้เครื่องหมายการของเจ้าของเครื่องหมายบริการนั้นแตกต่างกับบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น.

ใช้เครื่องหมายการของเจ้าของเครื่องหมายบริการนั้นแตกต่างกับบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น

จากความหมายตามมาตรา 4 จะเห็นได้ว่า กฎหมายเครื่องหมายการค้านอกจากจะให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าแล้วยังให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายบริการอีกด้วย โดยเครื่องหมายบริการ คือ เครื่องหมายที่ผู้ประกอบกิจการบริการใช้หรือจะใช้เครื่องหมายนั้นเป็นการแสดงว่าบริการดังกล่าวเป็นบริการของตน เพื่อให้ลูกค้าสามารถแยกแยะได้ว่าบริการนั้นเป็นบริการของผู้ประกอบการรายใด เนื่องจากในธุรกิจการให้บริการนั้นชื่อเสียง และคุณภาพในการให้บริการเป็นสิ่งสำคัญ การที่ผู้ประกอบกิจการบริการมีเครื่องหมายบริการย่อมเป็นการแสดงถึงการรับประกันในคุณภาพและมีความน่าเชื่อถือที่ลูกค้าสามารถไว้วางใจใช้บริการได้นั่นเอง

เครื่องหมายรับรอง ตามมาตรา 4[80] นั้นได้ให้ความหมายไว้ว่า คือ เครื่องหมายที่เจ้าของเครื่องหมายใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น เพื่อเป็นการรับรองเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด ส่วนประกอบ วิธีการผลิต คุณภาพ หรือคุณลักษณะอื่นใดของสินค้านั้น หรือเพื่อรับรองเกี่ยวกับสภาพ คุณภาพ ชนิด หรือคุณลักษณะอื่นใดของบริการนั้น

จากความหมายของคำว่า “เครื่องหมายรับรอง” นี้เองทำให้เห็นได้ว่าเครื่องหมายรับรองนั้นต้องเป็นเครื่องหมายเจ้าของเครื่องหมายรับรองนั้นใช้หรือจะใช้เครื่องหมายรับรองนั้นเพื่อรับรองสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นว่าสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นนั้นมีแหล่งที่มา ส่วนประกอบ วิธีการผลิต คุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตรงตามวัตถุประสงค์ที่เครื่องหมายรับรองนั้นต้องการและเพื่อเป็นการแสดงให้ผู้บริโภคเห็นว่าสินค้าหรือบริการที่ได้รับเครื่องหมายรับรองนั้นมีคุณภาพตรงตามคุณสมบัติของเครื่องหมายรับรองนั้น

เครื่องหมายร่วม ในมาตรา 4[81] ได้ให้ความหมายไว้ว่าคือ เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่ใช้หรือจะใช้โดยบริษัทหรือวิสาหกิจในกลุ่มเดียวกันหรือโดยสมาชิกของสมาคม สหกรณ์ สหภาพ สมาพันธ์ กลุ่มบุคคล หรือองค์กรอื่นใดของรัฐหรือเอกชน

---

[80]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เครื่องหมายรับรอง” หมายความว่า เครื่องหมายที่เจ้าของเครื่องหมายรับรองใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น เพื่อเป็นการรับรองเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด ส่วนประกอบ วิธีการผลิต คุณภาพ หรือคุณลักษณะอื่นใดของสินค้านั้น หรือเพื่อรับรองเกี่ยวกับสภาพ คุณภาพ ชนิด หรือคุณลักษณะอื่นใดของบริการนั้น.

[81]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เครื่องหมายร่วม” หมายความว่า เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่ใช้หรือจะใช้โดยบริษัทหรือวิสาหกิจในกลุ่มเดียวกันหรือโดยสมาชิกของสมาคม สหกรณ์ สหภาพ สมาพันธ์ กลุ่มบุคคล หรือองค์กรอื่นใดของรัฐหรือเอกชน.

จากความหมายของเครื่องหมายร่วมนี้เองทำให้เห็นได้ว่า เครื่องหมายร่วมนั้นเป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้โดยบริษัทหรือวิสาหกิจที่เป็นกลุ่มบริษัทหรือวิสาหกิจเดียวกัน กลุ่มบุคคลอื่นจะไม่สามารถใช้เครื่องหมายร่วมได้ถ้าหากว่าไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์กรดังกล่าวข้างต้น

เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และเครื่องหมายร่วมนี้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 80[82] มาตรา 81[83] และมาตรา 94[84] ได้บัญญัติให้ใช้เงื่อนไขในการขอรับความคุ้มครองเครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และเครื่องหมายร่วมเป็นเงื่อนไขเดียวกันกับเงื่อนไขในการขอรับความคุ้มครองในเครื่องหมายการค้า การที่จะพิจารณาว่าเครื่องหมายใดจะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองหรือเครื่องหมายร่วมย่อมใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกัน จากความหมายของเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และเครื่องหมายร่วมตามมาตรา 4 นี้เองที่ทำให้สิ่งที่จะถือได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองหรือเครื่องหมายร่วมนั้นจะต้องประกอบไปด้วยลักษณะ 3 ประการ กล่าวคือ

3.3.2 ลักษณะของสิ่งที่จะถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองและเครื่องหมายร่วม

1) ต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย

จากความหมายของเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง และเครื่องหมายร่วมจะเห็นได้ว่าสิ่งที่จะถือได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายเสียก่อน โดยเครื่องหมายนั้นในมาตรา 4[85] แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้ให้ความหมายไว้ว่าคือ ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือรวมกัน ซึ่งจากความหมายของเครื่องหมายนั้น จะมีกลุ่มของสี และ

---

[82]มาตรา 80 ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ามาใช้บังคับแก่เครื่องหมายบริการโดยอนุโลม และให้คำว่า “สินค้า” ในบทบัญญัติดังกล่าวหมายความถึง “บริการ”.

[83]มาตรา 81 เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในหมวดนี้ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ามาใช้บังคับแก่เครื่องหมายรับรองโดยอนุโลม.

[84]มาตรา 94 ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้ามาใช้บังคับแก่เครื่องหมายร่วมโดยอนุโลม เว้นแต่บทบัญญัติในหมวด 1 ส่วนที่ 5.

[85]มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

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

รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุที่มีลักษณะการบัญญัติที่กว้างจึงต้องพิจารณาว่า กลุ่มของสี และรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุจะมีความหมายกว้างถึงเพียงใด

กลุ่มของสี สิ่งที่สามารถขอความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าในการเป็น “กลุ่มของสี” นี้ต้องมีสภาพเป็นสีสันต่าง ๆ หลายสีประกอบกันเป็นสัญลักษณ์ที่ใช้เป็นสิ่งที่จำแนกสินค้าหรือบริการของกิจการ ไม่ใช่มีเพียงสีใดสีหนึ่งเพียงสีเดียวเท่านั้นที่ปรากฏอยู่บนผลิตภัณฑ์หรือบริการ เนื่องจากการที่มีการรวมกันของสีสันต่าง ๆ จะทำให้ลูกค้าสามารถจำแนกได้ว่าผลิตภัณฑ์หรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างจากผลิตภัณฑ์หรือบริการของผู้ประกอบการค้าอีกรายหนึ่ง[86] ซึ่งเป็นไปตามหน้าที่และวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองของกฎหมายเครื่องหมายการค้า

รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นต้องเป็นรูปร่างหรือรูปทรงที่มีลักษณะแตกต่างจากรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุที่เป็นธรรมดาทั่วไป[87] เช่น รูปทรงของขวดน้ำที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นต้องมีลักษณะเป็น ขวดน้ำที่แตกต่างจากขวดน้ำธรรมดา กล่าวคือ อาจต้องมีลักษณะของรูปทรงขวดน้ำที่เป็นรูปดาว ซึ่งไม่ใช่รูปทรงขวดน้ำทั่วไปที่มีลักษณะเป็นรูปทรงกลม หรือสี่เหลี่ยมนั่นเอง

2) ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ

สิ่งที่สามารถขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมได้นั้น นอกจากจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายแล้ว ยังต้องมีลักษณะที่เจ้าของเครื่องหมายใช้หรือจะใช้เครื่องหมายนั้นให้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการด้วย กล่าวคือ เจ้าของเครื่องหมายนั้นจะต้องมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายของตนโดยสุจริต และเครื่องหมายนั้นต้องใช้ปรากฏอยู่ที่ตัวสินค้าหรือบริการอันสามารถมองเห็นเครื่องหมายได้ การใช้เครื่องหมายที่ตัวสินค้าหรือบริการอาจทำได้ ไม่ว่าจะบนพื้นผิวของสินค้า หรือประกอบเป็นส่วนหนึ่งของสินค้า หรือบนบรรจุภัณฑ์ของสินค้าหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของร้านที่ให้บริการ เป็นต้น[88]

3) เพื่อแสดงความแตกต่างของสินค้าหรือบริการ

ลักษณะในข้อนี้เกิดขึ้นเนื่องจากประโยชน์ของเครื่องหมายการค้าหรือบริการนั้นก็มีขึ้นเพื่อให้ลูกค้านั้นสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการออกจากกันได้นั้นเอง[89] หากเครื่องหมายใดมีขึ้นโดยไม่สามารถที่จะใช้ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการออกจากกันได้ เครื่องหมายนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าหรือบริการ

---

[86]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 283.

[87]เรื่องเดียวกัน, 283.

[88]เรื่องเดียวกัน, 285-286.

[89]เรื่องเดียวกัน, 287.

แต่จะเป็นเพียงเครื่องหมายตามความหมายทั่วไปเท่านั้น โดยจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 958/2506[90] ซึ่งเป็นฎีกาที่แสดงให้เห็นถึงสิ่งที่จะถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นจะต้องเป็นเครื่องหมายที่ใช้เพื่อทำหน้าที่ในการแสดงความแตกต่างของสินค้าของตนกับสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น โดยมุ่งหมายให้บุคคลทั่วไปสามารถมองเห็นและรู้ได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าชนิดเดียวกันที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น โดยจะเห็นได้จากใจความคำตัดสินดังนี้ “การที่โจทก์ได้นำเอาเครื่องหมายรูปดาวภายในเส้นคชกริชมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า แต่โจทก์ได้นำเครื่องหมายดังกล่าวไปติดไว้ที่พื้นรองเท้ายางของตน โดยไม่ได้มีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ในการแยกความแตกต่างระหว่างรองเท้ายางของตนกับรองเท้ายางอื่น จึงถือไม่ได้ว่าเครื่องหมายรูปดาวภายในเส้นคชกริชนั้นเป็นเครื่องหมายการค้า”

เครื่องหมายที่จะสามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้นั้น นอกจากจะต้องมีลักษณะครบตามที่กล่าวทั้ง 3 ข้อข้างต้นแล้ว เครื่องหมายดังกล่าวจะต้องเป็นเครื่องหมายที่มีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขทั้ง 3 ประการตามที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้กำหนดไว้อีกด้วย

3.3.3 เงื่อนไขในการขอรับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วม

เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 80 มาตรา 81 และมาตรา 94 ได้บัญญัติให้เครื่องหมายบริการมีเงื่อนไขเช่นเดียวกับเงื่อนไขของเครื่องหมายการค้าโดยอนุโลม ดังนั้นจึงจะอธิบายเงื่อนไขของเครื่องหมายการค้าแทนเงื่อนไขของเครื่องหมายบริการด้วย

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 6 ได้กำหนดเงื่อนไขของเครื่องหมายที่สามารถขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการไว้ดังนี้

1) เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองหรือเครื่องหมายร่วมที่สามารถขอจดทะเบียนได้นั้นต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ โดยลักษณะบ่งเฉพาะนี้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 7[91] ได้ให้นิยามเอาไว้ ว่าคือ เครื่องหมายที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้าหรือ

---

[90]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 958/2506.

[91]มาตรา 7 เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ได้แก่ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ

บริการนั้นทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการอื่น ส่วนในมาตรา 7 วรรคสองได้กล่าวยกตัวอย่างของเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองไว้อีกด้วย กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีความหมายเกี่ยวพันกับสินค้าซึ่งได้ใช้เครื่องหมายดังกล่าวอยู่แต่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์โดยเฉพาะให้เครื่องหมายมีลักษณะพิเศษต่าง ๆ กัน[92] จากนิยามที่มาตรา 7 ได้ให้เอาไว้นี้เองจะเห็นได้ว่าเครื่องหมายการค้าหรือบริการที่สามารถขอจดทะเบียนได้นั้นต้องเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะพิเศษที่ทำให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างตัวสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นกับสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายอื่น ซึ่งสามารถเห็นได้จากคำตัดสินช่วงหนึ่งของคำพิพากษาฎีกาที่ 2183-2184/2553[93] ที่มีใจความว่า “...เครื่องหมายการค้ากลุ่มของสีของโจทก์มีลักษณะพิเศษที่ทำให้ประชาชนที่เห็นลักษณะพร้อมสีต่าง ๆ ของเครื่องหมายการค้าของโจทก์แล้วสามารถทราบและเข้าใจได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าอย่างชัดเจน และสามารถใช้เครื่องหมายนี้ในการแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าของโจทก์กับสินค้าของผู้อื่นได้ เครื่องหมายการค้ากลุ่มของสีของโจทก์จึงมีลักษณะพิเศษ ซึ่งถือว่าเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง...” และคำพิพากษาฎีกาที่ 630/2551[94] ที่เป็นคำพิพากษาที่ยืนยันว่าเครื่องหมายที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นต้องเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่ง

---

(1) ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกันโดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(2) คำหรือข้อความอันไม่ได้เล็งถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง และไม่เป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(3) กลุ่มของสีที่แสดงโดยลักษณะพิเศษ หรือตัวหนังสือ ตัวเลข หรือคำที่ประดิษฐ์ขึ้น

(4) ลายมือชื่อของผู้ขอจดทะเบียนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของผู้ขอจดทะเบียน หรือลายมือชื่อของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว

(5) ภาพของผู้ขอจดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้วโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามีแล้ว

(6) ภาพที่ประดิษฐ์ขึ้น

ชื่อ คำ หรือข้อความที่ไม่มีลักษณะตาม (1) หรือ (2) หากได้มีการจำหน่ายเผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ก็ให้ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ.

[92]บุญมา เตชะวณิช, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า”, ใน **ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2555), 122.

[93]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2183-2184/2553.

[94]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 630/2551.

เฉพาะ ซึ่งสามารถเห็นได้จากคำตัดสินในช่วงหนึ่งดังนี้ “...เมื่อพิเคราะห์เครื่องหมายการค้า “รูปขวด” ของโจทก์แล้วเห็นว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะพิเศษ โดยมีส่วนเว้า ส่วนนูน และมีลวดลายเป็นจุดที่เว้าลึกรอบขวดในระยะที่ห่างเท่า ๆ กัน ดังนี้เห็นว่าลักษณะรูปขวดของโจทก์มีลักษณะที่พิเศษไม่เหมือนรูปขวดทั่วไปจึงถือได้ว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองที่ทำให้ประชาชนผู้ใช้สินค้าทราบและเข้าใจได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์แตกต่างจากสินค้าอื่น”

2) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย

กล่าวคือ เครื่องหมายที่จะนำมาขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมนั้นจะต้องไม่มีลักษณะที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8[95] ได้บัญญัติห้ามมิให้จดทะเบียนไว้ หากเครื่องหมายนั้นไม่ได้มีลักษณะตามที่

---

[95] มาตรา 8 เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน

(1) ตราแผ่นดิน พระราชลัญจกร ลัญจกรในราชการ ตราจักรี ตราเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตราประจำตำแหน่ง ตราประจำกระทรวง ทบวง กรม หรือตราประจำจังหวัด

(2) ธงชาติของประเทศไทย ธงพระอิสริยยศ หรือธงราชการ

(3) พระปรมาภิไธย พระนามาภิไธย พระปรมาภิไธยย่อ พระนามาภิไธยย่อ หรือนามพระราชวงศ์

(4) พระบรมฉายาลักษณ์ หรือพระบรมสาทิสลักษณ์ของพระมหากษัตริย์ พระราชินี หรือรัชทายาท

(5) ชื่อ คำ ข้อความ หรือเครื่องหมายใด อันแสดงถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี หรือรัชทายาท หรือพระราชวงศ์

(6) ธงชาติหรือเครื่องหมายประจำชาติของรัฐต่างประเทศ ธงหรือเครื่องหมายขององค์การระหว่างประเทศ ตราประจำประมุขของรัฐต่างประเทศ เครื่องหมายราชการและเครื่องหมายควบคุมและรับรองคุณภาพสินค้าของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศหรือชื่อและชื่อย่อของรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น

(7) เครื่องหมายราชการ เครื่องหมายกาชาด นามกาชาด หรือกาเจนีวา

(8) เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตร หรือเครื่องหมายอื่นใดอันได้รับเป็นรางวัลในการแสดงหรือประกวดสินค้าที่รัฐบาลไทย ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐของประเทศไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศได้จัดให้มีขึ้น เว้นแต่ผู้ขอจดทะเบียนจะได้รับเหรียญ ใบสำคัญ หนังสือรับรอง ประกาศนียบัตรหรือเครื่องหมายเช่นว่านั้น เป็นรางวัลสำหรับสินค้านั้น และใช้เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้านั้น แต่ทั้งนี้ต้องระบุปีปฏิทินที่ได้รับรางวัลด้วย

(9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสนโยบาย

มาตรา 8 บัญญัติห้ามไว้ก็สามารถยื่นขอจดทะเบียนได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 4588/2552[96] ที่มีใจความว่า “การที่โจทก์นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นมาใช้ในการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าของตน ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต และเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้กระทำการโดยสุจริตเป็นสำคัญ อีกทั้งเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายเครื่องหมายการค้ามาตรา 8”

3) ไม่ลอกเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้แล้ว

กล่าวคือ เครื่องหมายสามารถนำมาขอจดทะเบียนได้นั้น นอกจากจะต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่ต้องห้ามตามกฎหมายและมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองแล้ว เครื่องหมายดังกล่าวจะต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ผู้อื่นได้จดทะเบียนไว้แล้วอีกด้วยจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะสามารถสรุปได้ว่า เครื่องหมายที่สามารถขอรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมได้นั้นต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ต้องมีลักษณะที่ครบองค์ประกอบของที่จะเป็น “เครื่องหมาย”

(2) ต้องมีลักษณะครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 6 คือ ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายและไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว

เมื่อเครื่องหมายนั้นมีลักษณะตรงตามคุณสมบัติทั้ง 2 ประการดังกล่าวแล้วบุคคลผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายนั้นก็สามารถนำมาขอรับจดทะเบียนได้ ซึ่งจะสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้เต็มที่ทุกประการ แต่หากบุคคลนั้นไม่นำเครื่องหมายดังกล่าวมาขอรับจดทะเบียนบุคคลนั้นก็ยังคงมีสิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นอยู่ โดยจะเรียกว่า สิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ ซึ่งในประเทศไทยนั้นพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ไว้ด้วย เพียงแต่จะไม่ครอบคลุมเท่ากับเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน ซึ่งสามารถอธิบายสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการใช้กับสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียนได้ดังต่อไปนี้

---

(10) เครื่องหมายที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม

(11) เครื่องหมายที่คล้ายกับ (1) (2) (3) (4) (5) (6) หรือ (7)

(12) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(13) เครื่องหมายอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด.

[96]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 4588/2552.

1) การได้มาซึ่งสิทธิโดยการใช้ คือ การที่บุคคลใดได้นำเครื่องหมายการค้าของตนออกใช้กับสินค้าหรือบริการของตนก่อนบุคคลอื่นอันเป็นผลให้บุคคลผู้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการนั้นมีสิทธิดีกว่าบุคคลผู้ที่ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกันในภายหลังด้วยการห้ามการใช้อันถือเป็นการละเมิดสิทธิของตน[97] เหตุที่กฎหมายให้สิทธิในการห้ามการใช้แก่บุคคลที่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการก่อน เนื่องจากเมื่อบุคคลใดได้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการทำหน้าที่จำแนกสินค้าหรือบริการของตนออกจากสินค้าหรือบริการของผู้อื่น บ่งบอกความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการแล้วก็ควรได้รับสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่ทำหน้าที่ดังกล่าวมาแล้วต่อไป เพื่อประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภค และการใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการนี้ก็เป็นที่มาของชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลผู้ที่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการคนแรกที่ควรให้ความคุ้มครอง[98] ซึ่งผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือบริการโดยการใช้นี้จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 น้อยกว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน โดยจะได้กล่าวถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ในหัวข้อต่อไป

2) การได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียน คือการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดนำเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการของตนไปจดทะเบียนไว้กับหน่วยงานของทางรัฐบาล เมื่อได้รับจดทะเบียนแล้วเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่ได้จดทะเบียนไว้นั้นตามสิทธิที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ให้ความคุ้มครองไว้[99] การที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้วางหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียนไว้ ก็เพื่อต้องการให้การได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้ามีความชัดเจน เนื่องจากระบบการจดทะเบียนจะมีหลักฐานที่ใช้ยืนยันแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการไว้อย่างแน่นอน บุคคลอื่นสามารถตรวจสอบได้ การพิสูจน์ความเป็นเจ้าของสามารถทำได้ง่ายกว่าระบบการได้มาซึ่งสิทธิโดยการใช้[100] ด้วยเหตุนี้จึงทำให้รัฐบาลในประเทศต่าง ๆ สนับสนุนและส่งเสริมให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการนำเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการไปจดทะเบียน ซึ่งหลักเกณฑ์ในการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อที่ 3.3.2 และ 3.3.3

---

[97]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 297-298.

[98]ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,** 39.

[99]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 298.

[100]ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,** 39.

3.3.4 สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

เนื่องจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองในประเทศไทยจะมี 2 ประเภท คือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้และเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน จึงจะแบ่งอธิบายเป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

1) สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน

สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียนนี้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 44 ได้บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือบริการโดยการจดทะเบียนไว้ โดยให้สิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive right) แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยจดทะเบียนในการใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนได้จดทะเบียนไว้และสามารถหวงกันมิให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนได้จดทะเบียนไว้ได้ และบุคคลอื่นมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน โดยต้องงดเว้นไม่ละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว[101] ซึ่งสิทธิแต่ผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนนี้จะประกอบไปด้วย[102]

(1) สิทธิที่จะใช้เครื่องหมายนั้นด้วยตนเอง หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้โดยมีหรือไม่มีเงื่อนไข ข้อกำหนด หรือค่าตอบแทน

(2) สิทธิที่จะห้ามผู้อื่นใช้เครื่องหมายนั้นโดยมิได้รับอนุญาต กล่าวคือ สิทธิในการป้องกันเครื่องหมายนั้นจากการถูกละเมิด ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา สิทธิเช่นว่านี้รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้

(2.1) ห้ามผู้อื่นผลิตและหรือจำหน่ายสินค้าเครื่องหมายนั้น

(2.2) เก็บสินค้าอันละเมิดจากท้องตลาด

(2.3) เรียกค่าเสียหาย

(2.4) ห้ามมิให้จดทะเบียน หากผู้ละเมิดยื่นขอจดทะเบียนเครื่องหมายนั้นไว้ด้วย

นอกจากสิทธิในอันที่จะใช้แล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนยังมีสิทธิที่จะฟ้องบุคคลผู้ทำการเลียนแบบเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วของตนตามมาตรา 46 ที่นิยมเรียกกันว่า “หลักการลวงขาย” ได้อีกด้วย ซึ่งจะได้อธิบาย “หลักการลวงขาย” แยกต่างหากออกจากหัวข้อนี้ต่อไป

---

[101] เรื่องเดียวกัน, 70.

[102] บุญมา เตชะวณิช, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า”, ใน **ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,** 146.

2) สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้

สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้นี้ จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 น้อยกว่าสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยจดทะเบียน กล่าวคือ เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้นั้นจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องบุคคลอื่นที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนของตนได้ แต่ไม่ตัดสิทธิที่จะให้ฟ้องร้องตามหลักการลวงขายตามที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 46[103] ได้บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ไว้

จากบทบัญญัติในมาตรา 46 จะเห็นได้ว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่โดยการใช้นั้นมีสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าเพื่อทำหน้าที่แสดงความเกี่ยวพันระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับสินค้านั้นและแยกให้เห็นความแตกต่างกับสินค้าของผู้อื่น แต่ไม่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเช่นอย่างเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน[104] ถึงแม้ว่าในมาตรา 46 วรรคแรกจะบัญญัติห้ามมิให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ฟ้องคดีบุคคลอื่นที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าของตนก็ตาม แต่ในมาตรา 46 วรรคสองยังคงให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ที่สามารถฟ้องคดีบุคคลอื่นที่นำเอาสินค้าของตนไปลวงขายแก่ผู้อื่นว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ได้

3.3.5 หลักการลวงขาย (Passing Off)

การลวงขาย คือ การที่บุคคลหนึ่งนำเอาสินค้าของตนไปขายโดยลวงผู้ซื้อว่าเป็นสินค้าของผู้อื่นซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เหตุผลที่กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้สามารถฟ้องคดีแก่บุคคลที่นำสินค้าของตนไปลวงขายได้นั้น เนื่องจากการนำสินค้าไปลวงขายนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบธรรม เป็นการเอาเปรียบในทางการค้าและก่อให้เกิดผลกระทบแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณ (Goodwill) แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ อีกทั้งยังส่งผลกระทบถึงผู้บริโภคอีกด้วย[105]

หลักการลวงขายนี้มีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่มีการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า โดยไม่เพียงแต่จะให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วเท่านั้น กฎหมายเครื่องหมายการค้าของระบบ Common Law นั้นยังให้ความคุ้มครองไปถึงชื่อเสียงทางการค้า (Goodwill) จากการกระทำที่เป็นการลวงขาย โดยให้ความคุ้มครองทั้งเจ้าของ

---

[103]มาตรา 46 บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าวไม่ได้

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น.

[104]ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,** 63.

[105]เรื่องเดียวกัน, 64.

เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนและที่ไม่ได้จดทะเบียน[106] การลวงขายนี้สามารถทำการลวงขายได้ในหลากหลายรูปแบบไม่จำเป็นต้องเป็นการลวงขายเฉพาะเครื่องหมายการค้าเท่านั้น[107] เช่น การลวงขายโดยการตกแต่งรูปลักษณะของหีบห่อบรรจุภัณฑ์ให้คล้ายคลึงกัน การตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านค้าให้เหมือนหรือคล้ายกัน (ในประเทศอังกฤษจะเรียกว่า Get-Up ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาจะเรียกว่า Trade dress) รวมไปถึงการนำคำพรรณนาคุณสมบัติของสินค้าของบุคคลอื่นมาใช้ในลักษณะที่มีความหมายเหมือนกันอย่างชัดเจน ซึ่งจะได้อธิบายถึงลักษณะของ Get-Up และ Trade dress ต่อไปในบทที่ 4

สำหรับประเทศไทยนั้น “การลวงขาย” มาตรา46 วรรคสอง ได้บัญญัติให้สิทธิแก่บุคคลที่สามารถฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับกับการลวงขายไว้ โดยตามมาตรา 46 วรรคสองนี้เจ้าของเครื่องหมายการค้าทั้งที่จดทะเบียนและเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยการใช้สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องผู้ทำละเมิดตนโดยการลวงขายว่าสินค้าของผู้ละเมิดนั้นเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ แต่มาตรา 46 วรรคสองนี้ไม่ได้บัญญัติถึงความหมายของ “การลวงขาย” เอาไว้ โดยความหมายของ “การลวงขาย” นี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1120/2511 ได้อธิบายถึงความหมายของ “การลวงขาย” ไว้ในคำตัดสินช่วงหนึ่งดังนี้ “ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 29 วรรคสองนั้น การกระทำที่ถือว่าเป็นการลวงขายนั้นมีความหมายกว้างขวางมาก ไม่จำเป็นว่าสินค้าที่ทำขึ้นจะต้องเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือประเภทเดียว กันเท่านั้น ซึ่งแปลความหมายได้ว่า ไม่ใช่แต่เป็นการลวงในวัตถุเท่านั้น หากรวมถึงการลวงในความเป็นเจ้าของด้วย...” จากความหมายของการลวงขายที่มีความกว้างขวางมากนี่เองที่ทำให้การลวงขายนั้นสามารถใช้ได้กับตัวของรูปลักษณ์ของหีบห่อบรรจุภัณฑ์ที่ทำให้สินค้ามีความเหมือนหรือคล้ายจนทำให้ผู้บริโภคสินค้านั้นเข้าใจผิดในตัวสินค้าได้ซึ่งสามารถเห็นได้จากคำตัดสินของศาลฎีกาที่ได้ตัดสินว่าการลวงขายนั้นมีความหมายครอบคลุมไปถึงตัวของหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้าด้วย ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1120/2511[108], 768/2509[109], 1080/2512[110], 307/2513[111], 282/2516[112] และ 677/2532[113]

---

[106] คมน์ทนงชัย ฉายไพโรจน์, **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับสมบูรณ์**, 272.

[107] เรื่องเดียวกัน, 273.

[108] คำพิพากษาฎีกาที่ 1120/2511 “...การที่จำเลยใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหมากฝรั่งของจำเลยในหีบห่อที่เหมือนบุหรี่ของโจทก์ อีกทั้งยังมีลักษณะและสีที่คล้ายกันกับสินค้าของโจทก์ โดยจำเลยเคยเห็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์มาก่อนแล้ว ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาไม่สุจริต การกระทำดังกล่าวของจำเลยย่อมถือว่าเป็นการลวงขายว่าสินค้าของจำเลยเป็นสินค้าของโจทก์แล้ว”.

[109] คำพิพากษาฎีกาที่ 768/2509 “จำเลยผลิตและจำหน่ายยาสีฟันซึ่งบรรจุในกล่องที่มีรูปลักษณะและการวางตัวอักษรเหมือนคล้ายกับกล่องเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดโจทก์”.

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีคำพิพากษาฎีกาที่ได้ตัดสินว่า การลวงขายนั้นมีความหมายกว้างขวางครอบคลุมไปถึงตัวหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้าด้วยก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาที่ได้ตัดสินว่าการลวงขายนั้นมีความหมายครอบคลุมไปถึงการลวงขายในรูปลักษณะโดยรวมของร้านค้าไว้ จึงมีปัญหาเกิดขึ้นว่าหากมีการฟ้องร้องเรื่องการเลียนแบบรูปลักษณะโดยรวมของร้านค้านั้นจะสามารถใช้หลักการลวงขายในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้หรือไม่อย่างไร

1) ทั้งนี้จากคำพิพากษาที่กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้นทำให้สามารถสรุปข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำใดถือว่าเป็นการลวงขายได้จากข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้[114]

2) ความมีชื่อเสียงเกียรติคุณ (Goodwill) ของเครื่องหมายการค้า ข้อเท็จจริงนี้เป็นแรงจูงใจให้เกิดการลวงขาขึ้น เนื่องจากเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงนี้จะได้รับความนิยมจากผู้บริโภค จึงก่อให้ผู้อื่นกระทำการลวงขายสินค้าขึ้น

3) ข้อเท็จจริงที่แสดงออกต่อผู้บริโภค เช่น การทำหีบห่อผลิตภัณฑ์ ตัวสี ลักษณะของสินค้า หากมีการทำให้เหมือนหรือคล้ายกับสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง ก็ถือเป็นเครื่องพิสูจน์เจตนาที่จะทำการลวงขายแก่ผู้บริโภคของผู้ที่กระทำการลวงขายนั้น

---

[110] คำพิพากษาฎีกาที่ 1080/2512 “การที่จำเลยจงใจผลิตและจำหน่ายยาสีฟันซึ่งบรรจุในสลากกล่องที่มีรูปร่างลักษณะการวางตัวอักษรตลอดจนสีที่เหมือนกับกล่องเครื่องหมายการค้าของโจทก์ทุกประการ ทำให้ผู้ซื้อหลงเข้าใจผิดคิดว่าสินค้าของจำเลยเป็นสินค้าเดียวกันกับสินค้าของโจทก์ จึงถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของโจทก์”.

[111] คำพิพากษาฎีกาที่ 307/2513 “การที่จำเลยใช้สลากซึ่งมีขนาดสีและรูปร่างเหมือนกับสลากสินค้าสุราวิสกี้ของโจทก์ ถึงแม้ว่าโจทก์จะมิได้จดทะเบียนแผ่นสลากขนาดสีและรูปร่างไว้ก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะทำให้ผู้ซื้อหลงผิดได้ว่าสินค้าของจำเลยเป็นสินค้าของโจทก์ได้”.

[112] คำพิพากษาฎีกาที่ 282/2516 “การที่จำเลยผลิตและจำหน่ายยาสีฟันซึ่งบรรจุอยู่ในกล่องสลากพื้นแดงประกอบอักษรโรมันขนาดใหญ่สีขาวคำว่า “COLDENT” และคำว่า “ANTIENZYMETOOTHPASTE” ซึ่งคล้ายกับสลากกล่องเครื่องหมายการค้าของโจทก์ การกระทำของจำเลยย่อมเป็นการใช้สิทธิที่มีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแกโจทก์”.

[113] คำพิพากษาฎีกาที่ 677/2532 “การที่จำเลยผลิตกระป๋องบรรจุขนมปังกรอบกับกล่องขนมบรรจุขนมปังกรอบให้มีขนาด รูปร่างลักษณะตลอดจนสี และภาพต่าง ๆ คล้ายคลึงกับกระป๋องและกล่องบรรจุขนมปังกรอบของโจทก์ แต่แตกต่างกันเพียงแค่ตัวอักษรโรมัน ซึ่งโจทก์ใช้คำว่า “JACOB&COS” กับคำว่า “JACOB’S” และจำเลยใช้คำว่า “CHICHATCO.,LTD.” กับ “DRAGONBRAND” ซึ่งเมื่อผู้ซื้อไม่ได้พิจารณาให้รอบคอบก็จะไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของโจทก์กับสินค้าของจำเลยได้ การกระทำดังกล่าวของจำเลยจึงเป็นการลวงขายสินค้าของจำเลยว่าเป็นสินค้าของโจทก์ ย่อมทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย”.

[114] ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร, “กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า”, ใน **คู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา,** 64-65.

กล่าวโดยสรุปพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้นให้ความคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้า 2 ทาง กล่าวคือ ให้ความคุ้มครองแก่ 1) เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ทั้งนี้เครื่องหมายการค้าที่จะสามารถจดทะเบียนได้นั้นต้องครบองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามมาตรา 4 และต้องมีลักษณะครบตามมาตรา 6 อันได้แก่ ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย และไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วและ 2) เจ้าของเครื่องหมายการค้าแบบไม่จดทะเบียน โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่จดทะเบียนนั้นสามารถฟ้องร้องบุคคลผู้ละเมิดเครื่องหมายการค้าของตนได้แค่เพียงการใช้หลักการลวงขายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 วรรคสองเท่านั้น ส่วนเจ้าของเครื่องหมายการค้าแบบจดทะเบียนย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องบุคคลใดที่ทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของตนได้ ตามมาตรา 44 และยังสามารถฟ้องร้องตามมาตรา 46 ได้อีกด้วย

ในปัจจุบันนั้นงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อยู่แล้วนั้นคือ ชื่อทางการค้าของร้าน และเครื่องหมายรับรองร้าน เช่น ร้าน McDonald's นี้ถือว่าเป็นชื่อทางการค้าที่ใช้สำหรับการบริการและเจ้าของเครื่องหมายบริการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เครื่องหมาย McDonald's แยกแยะความแตกต่างระหว่างร้านอาหารที่มีการขายอาหาร Fast Food แบบเดียวกัน โดยได้มีกรณีการเลียนแบบชื่อทางการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีของร้าน Dumb Starbucks ที่เปิดร้านในบริเวณใกล้เคียงกับร้าน Starbuck ที่เมือง Los Feliz ที่รัฐแคลิฟอร์เนีย โดยร้าน Dumb Starbucks ได้เลียนแบบชื่อทางการค้าของร้าน Starbuck อีกทั้งยังให้บริการเครื่องดื่มกาแฟเช่นเดียวกับร้าน Starbuck ในกรณีนี้ Dumb Starbucks ได้ยกข้อต่อสู้ว่าตนทำการเปิดร้านด้วยเจตนาที่จะล้อเลียน (Parody) ร้าน Starbuck เท่านั้น แต่ข้อกล่าวนี้ไม่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ เนื่องจากการล้อเลียน (Parody) นี้ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งในที่สุดร้าน Dumb Starbucks ก็ได้รับคำสั่งให้ปิดร้านจากผู้ตรวจการร้านอาหารจึงได้ปิดร้านไปในที่สุด[115] หรือเครื่องหมายฮาลาลที่เป็นเครื่องหมายรับรองที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการรับรองว่าร้านอาหารที่ใช้เครื่องหมายฮาลาลนี้เป็นร้านอาหารที่ใช้กรรมวิธีในการปรุง ประกอบ หรือแปรรูปตามศาสนบัญญัติ เพื่อเป็นการรับประกันว่าชาวมุสลิมจะสามารถทานอาหารที่ร้านอาหารที่ใช้เครื่องหมายรับรองฮาลาลได้[116] เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองในงานสร้างสรรค์ของอุตสาหกรรมการบริการอาหารประเภทอื่นดังต่อไปนี้

---

[115] Rothwell, R. F., Ernst, F., & Manbeck, P. C., **Dumb Starbucks and Parody in Trademark Cases** [Online], 7 September 2014. Available from www.rfem.com.

[116] สุวิทย์ วงศ์รุจิราวาณิชย์, **"เครื่องหมายรับรองมาตรฐาน" ประโยชน์ของผู้ผลิต ความมั่นใจของผู้บริโภค** [Online], 6 กันยายน 2557. แหล่งที่มา www.tcdcconnect.com/content/Know-What/6282-ploy-saeng-12-content-MOF-Compliance-Mark.

1) การตกแต่งร้านอาหาร การตกแต่งร้านอาหารนั้นเป็นลักษณะโดยรวมของร้านที่ทำให้ผู้ซื้อที่เข้ามาในร้านอาหารนั้นสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างร้านอาหารแต่ละร้านได้ ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะเด่นพิเศษลักษณะหนึ่ง การที่ร้านอาหารแห่งหนึ่งมีชื่อเสียงเกียรติคุณ (Goodwill) ของร้านสูงย่อมก่อให้เกิดปัญหาการถูกเลียนแบบการตกแต่งรูปลักษณะโดยรวมของร้านได้ โดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในปัจจุบันนั้นให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งรูปลักษณะโดยรวมของร้านอาหารได้หรือไม่อย่างไร และสามารถใช้หลักการลวงขายในการให้ความคุ้มครองได้หรือไม่ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

2) การแต่งกายของพนักงานในร้าน การแต่งกายของพนักงานในร้านนี้ก็ถือเป็นเอกลักษณ์อย่างหนึ่งที่ทำให้ลูกค้าสามารถจดจำร้านอาหารได้ หากมีการเลียนแบบการแต่งกายของพนักงานในร้านเกิดขึ้นจะสามารถฟ้องร้องตามหลักการลวงขายตามมาตรา 46 ได้หรือไม่ เนื่องจากการแต่งการของพนักงานในร้านนี้ก็ไม่ได้ถือเป็น “เครื่องหมาย” และการเลียนแบบไม่จำเป็นต้องเป็นการเลียนแบบเครื่องแต่งกายพร้อมกับเลียนแบบเครื่องหมายการค้าของร้านแต่อย่างใด

3) อาหารจานดัง (Signature Dish) อาหารจานดัง (Signature Dish) นี้เป็นงานสร้างสรรค์ทางอาหารที่ต้องใช้ความพยายามในการคิดค้นอย่างมากของพ่อครัว และถือว่าเป็นอีกเอกลักษณ์หนึ่งที่สำคัญในการดึงดูดลูกค้าให้เข้าร้านอาหาร และทำให้ลูกค้าสามารถจดจำร้านอาหารนั้นได้ จึงมีปัญหาว่าหากเกิดการเลียนแบบอาหารจานดัง (Signature Dish) เกิดขึ้นนี้ พ่อครัวหรือผู้คิดค้นสามารถฟ้องร้องตามหลักการลวงขายตามมาตรา 46 วรรคสองได้หรือไม่ เนื่องจากอาหารจานดัง (Signature Dish) นั้นมีคุณสมบัติที่ใช้ในการทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะความแตกต่างของร้านอาหารออกจากกันได้ อันเป็นคุณสมบัติที่สำคัญของเครื่องหมายการค้า หากแต่ไม่มีลักษณะเป็นเครื่องหมาย และการเลียนแบบอาหารจานดัง (Signature Dish) นี้ไม่จำเป็นต้องมีการเลียนแบบตัวเครื่องหมายการค้าที่ใช้เป็นเครื่องหมายบ่งบอกถึงร้านอาหารด้วย

3.4 กฎหมายความลับทางการค้า

งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายความลับทางการค้าคือส่วนของสูตรอาหาร ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจของการประกอบอาหารที่จำเป็นต่ออุตสาหกรรมให้บริการอาหารอย่างหนึ่ง จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงความหมาย องค์ประกอบของความลับทางการค้า และสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า

3.4.1 ความหมายของความลับทางการค้า

กฎหมายความลับทางการค้าเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง หากแต่ยังอยู่ในสภาพข้อมูลเบื้องต้นที่ยังไม่ได้ผ่านขั้นตอนทางกฎหมาย เพื่อให้ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การแสดงออกซึ่งความคิด[117] เป็นต้น กฎหมายความลับทางการค้านั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อันมีลักษณะเป็นการประกอบการอย่างไม่ซื่อสัตย์ในทางอุตสาหกรรมและการพาณิชย์[118]

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความลับทางการค้า” ไว้ดังนี้ “ความลับทางการค้า หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าวโดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

จากนิยามในมาตรา 3 จะเห็นได้ว่า “ความลับทางการค้า” จึงหมายถึง ข้อมูลความลับที่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลได้รับประโยชน์ในทางพาณิชย์จากข้อมูลที่เป็นความลับนั้น และผู้เป็นเจ้าของข้อมูลความลับนั้นต้องมีมาตรการในการรักษาข้อมูลดังกล่าวให้เป็นความลับด้วย โดยข้อมูลที่เป็นความลับนั้นอาจอยู่ในรูปของสูตร รูปแบบ เรื่องราว ข้อเท็จจริง วิธีการ หรือกรรมวิธีใดที่เกิดจากความคิด การสร้างสรรค์หรือค้นพบด้วยภูมิปัญญา ความพยายาม และอาจต้องใช้เงินทุนในการจัดการให้เกิดข้อมูลหรือเพื่อให้ได้ข้อมูลนั้นมาโดยชอบ[119]

เมื่อดูนิยามของคำว่า “ความลับทางการค้า” แล้ว สามารถแยกองค์ประกอบของ “ความลับทางการค้า” ได้ดังต่อไปนี้

3.4.2 องค์ประกอบของความลับทางการค้า

องค์ประกอบของความลับทางการค้าสามารถแบ่งได้เป็น 4 ข้อ คือ เป็นข้อมูลทางการค้า ต้องมีสถานะเป็นความลับ ต้องใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์และเป็นข้อมูลที่จัดให้มีการควบคุมอันเหมาะสม

1) เป็นข้อมูลทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 จึงได้ให้คำนิยามของคำว่า “ข้อมูลการค้า” ไว้ดังนี้ “ข้อมูลการค้า หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปแบบใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย”

ข้อมูลทางการค้า จึงมีความหมายกว้างขวาง ตั้งแต่สิ่งที่มีสภาพที่สามารถสื่อความหมายให้รู้เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด รวมไปถึงสูตร รูปแบบ หรืองานที่ได้รวบรวมประกอบขึ้น

---

[117] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)**, 428.

[118] เรื่องเดียวกัน, 432.

[119] เรื่องเดียวกัน.

ซึ่งปกติแล้วโดยสภาพของสิ่งที่สามารถสื่อความหมายได้นั้นยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา[120] แต่ในกฎหมายความลับทางการค้าให้ความคุ้มครอง เนื่องจากถือว่าเป็นข้อมูลที่เป็นความลับและมีประโยชน์ในด้านการค้า

2) มีสถานะเป็นความลับ

ข้อมูลทางการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้านั้นนอกจากจะต้องมีลักษณะเป็นข้อมูลทางการค้าแล้ว ข้อมูลนั้นจะต้องมีสถานะเป็นความลับด้วย กล่าวคือ ต้องเป็นข้อมูลที่ยังไม่เข้าถึงได้ในหมู่บุคคลธรรมดา ซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว[121]

3) ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นความลับทางการค้านั้นนอกจากจะต้องมีลักษณะเป็นข้อมูลทางการค้า และมีสถานะเป็นความลับแล้ว ข้อมูลนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์ด้วย กล่าวคือ ข้อมูลนั้นจะต้องสามารถใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์ได้ตราบเท่าที่ข้อมูลนั้นยังคงเป็นความลับอยู่[122]

4) ข้อมูลนั้นต้องมีมาตรการอันเหมาะสม

ข้อมูลทางการค้านั้นมีลักษณะที่ต้องเป็นความลับจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า เมื่อข้อมูลทางการค้ามีลักษณะเช่นนี้ ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลทางการค้าจึงต้องมีมาตรการอันเหมาะสมที่จะนำมาใช้ปกป้องข้อมูลทางการค้าของตนเพื่อให้มีสถานะเป็นความลับเพื่อที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองทางการค้าต่อไป[123]

จากลักษณะของข้อมูลทางการค้าดังกล่าวนี้เองที่ส่งผลให้ ข้อมูลทางการค้าที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าได้นั้นต้องมีลักษณะที่เป็นข้อมูลทางการค้าครบทั้ง 4 ประการข้างต้น เมื่อข้อมูลทางการค้านั้นมีลักษณะครบทั้ง 4 ประการแล้ว ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าจึงมีสิทธิในความลับทางการค้าและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า

3.4.3 สิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 5 ได้บัญญัติสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าไว้ดังนี้ “ความลับทางการค้านั้นย่อมโอนให้แก่กันได้

---

[120] เรื่องเดียวกัน, 430.

[121] เรื่องเดียวกัน, 443.

[122] เรื่องเดียวกัน.

[123] เรื่องเดียวกัน.

เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดเพื่อรักษาความลับทางการค้าดังกล่าวให้เป็นความลับต่อไปก็ได้

การโอนความลับทางการค้าตามวรรคหนึ่งซึ่งมิใช่ทางมรดกต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาโอน ให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี

จากมาตรา 5 นั้นจะเห็นได้ว่าผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้านั้นมีสิทธิที่จะเปิดเผย เอาไป หรือใช้ความลับทางการค้าของตน รวมไปถึงการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้หรือ เปิดเผย หรือเอาไปซึ่งความลับทางการค้าของตนได้ด้วย โดยผู้ที่สามารถจะมีสิทธิดังกล่าวได้นั้นต้องเป็น “เจ้าของความลับทางการค้าหรือผู้ที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของความลับทางการค้า” เท่านั้นจึงจะมีสิทธิในการเปิดเผย โอน เอาไป หรือใช้ซึ่งข้อมูลความลับทางการค้านั้น[124] ดังนั้นจึงต้องทราบความหมายของเจ้าของความลับทางการค้า

ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้ให้ความหมายของเจ้าของความลับทางการค้าไว้ดังนี้ “เจ้าของความลับทางการค้า หมายความว่า ผู้ค้นพบ คิดค้น รวบรวม หรือสร้างสรรค์ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้าโดยมิดได้เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น หรือผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบหรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า และให้หมายความรวมถึงผู้รับโอนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย”

จากนิยามความหมายในมาตรา 3 “เจ้าของความลับทางการค้า” จึงหมายถึงผู้ที่เป็นผู้คิดค้นค้นพบ หรือรวบรวมข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้านั้น รวมตลอดไปถึงผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในข้อมูลความลับทางการค้าโดยชอบด้วยกฎหมายจากเจ้าของความลับทางการค้าด้วย

3.4.4 ข้อยกเว้นของการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 7 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการยกเว้นการละเมิดสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าไว้ดังนี้ “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้แก่ความลับทางการค้า มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

(1) การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยบุคคลที่ได้ความลับทางการค้านั้นมาโดยทางนิติกรรม โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น

(2) การเปิดเผย หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้นในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัย หรือความปลอดภัยของสาธารณชน หรือ

---

[124]สุพิศ ปราณีตพลกรัง, **กฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า** (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2546), 27.

(ข) ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและในกรณีดังกล่าว หน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้น หรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ความลับทางการค้านั้นไป ได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม

(3) การค้นพบโดยอิสระ ซึ่งได้แก่การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยผู้ค้นพบได้ใช้วิธีการประดิษฐ์หรือจัดทำขึ้นด้วยความรู้ความชำนาญของผู้ค้นพบนั้นเอง หรือ

(4) การทำวิศวกรรมย้อนกลับ ซึ่งได้แก่การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปเพื่อค้นคว้าวิธีที่ผลิตภัณฑ์นั้นได้รับการประดิษฐ์ จัดทำ หรือพัฒนา แต่ทั้งนี้ บุคคลซึ่งทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าวจะต้องได้ผลิตภัณฑ์เช่นว่านั้นมาโดยวิธีที่สุจริต

การกระทำตาม (4) ไม่อาจถูกยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ถ้าบุคคลซึ่งทำวิศวกรรมย้อนกลับดังกล่าวได้ทำสัญญากับเจ้าของความลับทางการค้าหรือผู้ขายผลิตภัณฑ์ที่ทำวิศวกรรมย้อนกลับไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง”

จากมาตรา 7 จะเห็นได้ว่ากฎหมายความลับทางการค้ามีการบัญญัติข้อยกเว้นของการละเมิดสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าไว้ดังนี้[125]

1) การเปิดเผย หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยบุคคลที่ได้ความลับทางการค้านั้นมาโดยทางนิติกรรม โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น ข้อยกเว้นนี้กฎหมายเปิดช่องไว้เฉพาะกรณีที่ได้ความลับทางการค้าโดยนิติกรรม โดยฝ่ายที่ได้รับความลับทางการค้ามานั้น ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นได้ความลับทางการค้ามาโดยการละเมิดสิทธิ

2) กรณีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้เปิดเผย หรือใช้ความลับทางการค้า ข้อยกเว้นนี้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ เนื่องจากในบางกรณีความลับทางการค้านั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์ของสาธารณะ เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับสุขภาพของประชาชนในเรื่องของสูตรยาที่จำเป็นต่อการรักษา เป็นต้น

3) การค้นพบโดยอิสระ การที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นนี้ไว้ เนื่องจากกฎหมายความลับทางการค้านี้ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ให้ต้องเปิดเผยให้ประชาชนทั่วไปรับทราบดังเช่นกฎหมายสิทธิบัตร แต่ความลับทางการค้านี้จำเป็นต้องเก็บไว้เป็นความลับ จึงมีความเป็นไปได้ที่จะมีผู้ค้นพบความลับทางการค้าแบบเดียวกัน ผู้ค้นพบใหม่จึงมีสิทธิในความลับทางการค้าเช่นเดียวกัน แต่การค้นพบโดยอิสระนี้ต้องเป็นการค้นพบด้วยตนเอง มิใช่การนำเอาความลับทางการค้าของผู้อื่นมาต่อเติมเพียงเล็กน้อย

---

[125] เรื่องเดียวกัน, 32-36.

4) การทำวิศวกรรมย้อนกลับ การที่กฎหมายบัญญัติข้อยกเว้นนี้ไว้ เนื่องจากการทำวิศวกรรมย้อนกลับนั้นอาจทำให้มีเกิดการพัฒนาการคิดค้นการประดิษฐ์ที่ดีขึ้นได้ เพียงแต่การทำวิศวกรรมย้อนกลับนั้นบางครั้งอาจทำให้ค้นพบความลับทางการค้าไปด้วย กฎหมายความลับทางการค้าจึงบัญญัติให้สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับได้แต่ต้องทำโดยวิธีสุจริตเท่านั้น

จากการศึกษาข้างต้นสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 นั้นให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าที่ครบองค์ประกอบ 4 ข้อ กล่าวคือ 1) ข้อมูลนั้นต้องมีลักษณะเป็นข้อมูลทางการค้า โดยข้อมูลทางการค้านี้มีความหมายกว้างครอบคลุมถึงสิ่งต่าง ๆ ที่สามารถสื่อให้เห็นเรื่องราว ข้อเท็จจริงได้ก็ถือว่าเป็นข้อมูลทางการค้า 2) ต้องมีการเก็บรักษาข้อมูลนั้นให้เป็นความลับ 3) ข้อมูลที่เป็นความลับนั้นต้องสามารถใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้และ 4) ต้องมีมาตรการในการเก็บข้อมูลทางการค้านั้นให้เป็นความลับด้วย หากข้อมูลใดขาดองค์ประกอบทั้ง 4 ข้อนี้ ข้อมูลนั้นจะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 แต่จากลักษณะการให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลแบบกว้างนี้เองที่ทำให้กฎหมายความลับทางการค้านั้นมีการบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเอาไว้ด้วย ซึ่งอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 7 อันได้แก่ การเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าโดยบุคคลอื่นที่ได้ความลับนั้นมาโดยทางนิติกรรม โดยบุคคลนั้นไม่รู้ว่าความลับทางการค้านั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดความลับทางการค้าของผู้อื่น การเปิดเผยหรือใช้โดยหน่วยงานของรัฐ การค้นพบอิสระและการทำวิศวกรรมย้อนกลับ

จากลักษณะของกฎหมายความลับทางการค้าที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายความลับทางการค้านั้นให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหารซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหาร หากแต่กฎหมายความลับทางการค้านี้มีจุดอ่อนในการให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหารคือ การที่สามารถทำการวิศวกรรมย้อนกลับได้ ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียแก่การให้ความคุ้มครองสูตรอาหาร ซึ่งจะได้วิเคราะห์ถึงจุดอ่อนของกฎหมายความลับทางการค้าที่มีผลต่อการให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมให้บริการอาหารในส่วนของสูตรอาหารต่อไปในบทที่ 5

บทที่ 4
กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์

ในบทที่ 4 นี้จะกล่าวถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศอันได้แก่ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่มีลักษณะที่ให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร โดยแบ่งออกเป็น 2 หัวข้อใหญ่คือ 4.1 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในหัวข้อนี้สามารถแบ่งออกเป็น 4 หัวข้อย่อยอันได้แก่ 4.1.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Act 1976) 4.1.2 กฎหมายเครื่องหมายการค้า (The Lanham Act) 4.1.3 กฎหมายสิทธิบัตร และ 4.1.4 กฎหมายความลับทางการค้า หัวข้อ 4.2 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอังกฤษ โดยสามารถแบ่งหัวข้อย่อยได้ดังนี้ 4.2.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ 4.2.2 กฎหมายสิทธิบัตร 4.2.3 กฎหมายเครื่องหมายการค้า และ 4.2.4 กฎหมายความลับทางการค้า

4.1 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่อุตสาหกรรมให้บริการอาหารได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากมูลค่าทางเศรษฐกิจของอุตสาหกรรมให้บริการอาหารในปี 2010 ซึ่งสูงถึง 580.1 พันล้านดอลล่าร์สหรัฐ[1] โดยในปี ค.ศ. มีการคาดการว่ามูลค่าทางเศรษฐกิจในอุตสาหกรรมอาหารจะสูงถึง 632 พันล้านดอลล่าร์สหรัฐ ซึ่งมีมูลค่าเพิ่มมากขึ้นกว่าปี ค.ศ. 2011 ถึงร้อยละ 3.5[2] และจากตัวเลขการจ้างงานในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารในปี 2012 สูงถึง 13 ล้านคนซึ่งคิดเป็นร้อยละ 3.4 ของการจ้างงานในประเทศทั้งหมดและเป็นสถิติการจ้างงานสูงสุดในรอบ 17 ปี[3] อีกทั้งยังมีการคาดการณ์ว่าจะมีอัตราการจ้างงานในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารเพิ่มขึ้นจาก 13 ล้านคนเป็น 14.3 ล้านคนในปี

---

[1] Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-ip industry** [Online], 2012. Available from www.westlaw.com.

[2] SN Supermarket News**, Restaurant Industry Forecasts Growth in 2012** [Online], 1 February 2012. Available from www.supermarketnews.com/latest-news/restaurant-industry-forecasts-growth-2012.

[3] National Restaurant Association, **Economist's Notebook: Restaurant job growth hit 17-year high in 2012** [Online], 7 February 2013. Available from www.restaurant.org/News-Research/News/Restaurant-industry-job-growth-hit-17-year-high.

ค.ศ. 2022[4] ทั้งนี้ภาพรวมมูลค่าทางเศรษฐกิจของอุตสาหกรรมให้บริการอาหารในประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2012 ถือว่ามีความแข็งแกร่งมากที่สุดในรอบ 13 ปี[5] จากภาพรวมทางเศรษฐกิจของอุตสาหกรรมให้บริการอาหารของประเทศสหรัฐอเมริกานี้สามารถบ่งชี้ได้ว่าอุตสาหกรรมให้บริการอาหารภายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการแข่งขันกันอย่างสูง อีกทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีคดีที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหารเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศหนึ่งที่ควรศึกษาในเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหารกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารนั้นประกอบด้วยงานสร้างสรรค์หลายประเภท ได้แก่ งานสร้างสรรค์ที่เป็นรายการอาหาร สูตรอาหาร การตกแต่งจานอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านอาหาร การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร รวมไปถึงการมีอาหารจานดัง (Signature Dish) ซึ่งลักษณะของงานสร้างสรรค์เหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอันได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และความลับทางการค้า

4.1.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Act 1976)

กฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา 1976 นั้นให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ประเภทที่เป็นงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม งานที่เกี่ยวกับการละคร การออกแบบท่าเต้น ภาพวาด งานพิมพ์ งานแกะสลัก โสตทัศนวัสดุ และ สถาปัตยกรรม ซึ่งเป็นงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เอง โดยลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครองแก่ ความคิด กระบวนการ วิธีการ ระบบ หรือกรรมวิธีในการผลิต แนวความคิด หลักการ หรือการค้นพบ ถึงแม้ว่าความคิดหรือกระบวนการเหล่านั้นจะอยู่ในรูปแบบของคำอธิบาย คำบรรยาย คำบรรยายใต้รูปภาพ หรือแม้แต่จะอยู่ในรูปแบบของงานอื่น โดยงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกาได้นั้นต้องประกอบด้วย 3 ปัจจัย กล่าวคือ ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นในขณะที่ผู้สร้างสรรค์ยังมีชีวิตอยู่ ต้องเป็นงานที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถจับต้องได้ และต้องมีระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อยู่พอสมควร[6]

4.1.1.1 หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

มาตรา 102 ของกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา 1976 ได้บัญญัติหลักการของงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ดังนี้[7]

---

[4]Statista, **Statistics and Facts on the U.S. Restaurant Industry** [Online], 25 July 2013. Available from www.statista.com/topics/1135/us-restaurants/.

[5]SN Supermarket News, **Restaurant Industry Forecasts Growth in 2012** [Online].

[6]Broussard, J. A., **An intellectual property food fight: Why copyright law should embrace culinary innovation** [Online], 2008. Available from www.westlaw.com.

[7]**§** 102 . Subject matter of copyright: In general

“(เอ) ลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เป็นงานต้นฉบับของผู้สร้างสรรค์เอง ซึ่งกำหนดให้ปรากฏอยู่ในรูปแบบของสิ่งที่จับต้องได้และมีระดับการแสดงออกพอสมควร ไม่ว่างานนั้นจะแสดงออกโดยลักษณะอย่างไร ไม่ว่าจะเป็นการที่ผู้สร้างสรรค์ได้รับมา ทำขึ้นใหม่ หรือได้มาโดยการถ่ายทอดอย่างใด และไม่ว่างานนั้นจะเป็นที่รู้หรือได้รับพัฒนามาแล้วหรือไม่ งานของผู้สร้างสรรค์ให้หมายความรวมถึง

(1) งานวรรณกรรม

(2) งานดนตรีกรรม รวมถึง งานโน้ตเพลงในการเรียบเรียงเสียงประสาน

(3) งานที่เกี่ยวกับการละคร การแสดง รวมถึงเพลงประกอบละคร

(4) ละครใบ้ และ งานออกแบบท่าเต้น

(5) งานที่เกี่ยวกับภาพวาด งานภาพพิมพ์ และงานแกะสลัก

(6) งานภาพเคลื่อนไหวและงานโสตทัศนวัสดุต่าง ๆ

(7) งานบันทึกเสียงและ

(8) งานสถาปัตยกรรม

(บี) หากงานสร้างสรรค์นั้นไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่อยู่ใน (1)-(8) ลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เป็นงานต้นแบบของผู้สร้างสรรค์ที่อยู่ในรูปของความคิด กระบวนการ กรรมวิธี ระบบหรือกระบวนวิธีการผลิต แนวความคิด หลักการ หรือการค้นพบ ที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของการบรรยาย การอธิบาย การอธิบายใต้รูปภาพ หรือในรูปแบบอื่นใด”

(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:

(1) literary works;

(2) musical works, including any accompanying words;

(3) dramatic works, including any accompanying music;

(4) pantomimes and choreographic works;

(5) pictorial, graphic, and sculptural works;

(6) motion pictures and other audiovisual works;

(7) sound recordings; and

(8) architectural works.

(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

จากมาตรา 102 จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่สามารถจับต้องได้โดยมีระดับของการแสดงออกซึ่งความคิดอยู่มากพอสมควร ดังจะเห็นได้จากนิยามของการ “กำหนด (Fixed)” ที่อยู่ในมาตรา 101 ดังนี้ “งานที่ถูกกำหนด (Fixed) นั้นจะต้องเป็นงานที่สามารถจับต้องได้และมีระดับของการแสดงออกซึ่งความคิดพอสมควร โดยงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์และปรากฏอยู่ในรูปแบบที่แข็งแรง หรือถาวรพอที่จะอนุญาต ได้รับ ทำซ้ำ หรือทำอย่างอื่นใดได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งงานสร้างสรรค์ดังกล่าวจะประกอบไปด้วย เสียง รูปภาพ หรือทั้งสองอย่างรวมกัน การกำหนดเช่นนี้มีเพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดรูปแบบของงาน”[8] ดังนี้จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องเป็นงานที่ปรากฏเป็นรูปร่างที่มีความแข็งแรงพอที่สามารถจะถ่ายทอดไปยังบุคคลอื่นหรือสามารถใช้งานสร้างสรรค์นั้นได้อยู่พอสมควร ไม่ว่างานสร้างสรรค์ดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในรูปแบบของเสียงหรือภาพ หรือรวมกันทั้งสองอย่าง นอกจากงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องปรากฏอยู่ในรูปแบบตามที่กำหนดไว้ในนิยามของ “กำหนด (Fixed)” ตามมาตรา 101 แล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวจะต้องมีระดับของการแสดงออกซึ่งความคิดมากพอสมควรอีกด้วยจึงจะสามารถได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 102

ในมาตรา 102 นั้นได้ยกตัวอย่างของงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่ทั้งหมด 8 ประเภท ได้แก่ งานวรรณกรรม งานดนตรีกรรมรวมถึงงานโน้ตเพลงในการเรียบเรียงเสียงประสาน งานที่เกี่ยวกับการละคร การแสดง รวมถึงเพลงประกอบละคร ละครใบ้ รวมถึงการออกแบบท่าเต้น งานที่เกี่ยวกับภาพวาด ภาพพิมพ์และงานแกะสลัก งานภาพเคลื่อนไหว รวมถึงงานโสตทัศนวัสดุต่าง ๆ งานบันทึกเสียง และงานสถาปัตยกรรม จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ที่เข้าข่ายเป็นงานทั้ง 8 ประเภทนี้จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์มาตรา 102

นอกจากงานสร้างสรรค์ทั้ง 8 ประเภทที่กฎหมายได้ยกตัวอย่างแล้วในมาตรา 102 (บี) ยังได้ให้คำนิยามของงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ในแบบกว้างอีกด้วย กล่าวคือ ถึงแม้งานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ใดจะไม่เข้าข่ายของงานสร้างสรรค์ 8 ประเภทดังกล่าวใน (เอ) ก็ตาม หากงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์นั้นเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับของการแสดงออกซึ่งความคิดอยู่พอสมควรและปรากฏอยู่ในรูปแบบที่สามารถจับต้องได้ ไม่ว่าจะเป็นในด้านของ

---

[8] A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.

เสียงหรือรูปภาพที่มีลักษณะจับต้องได้พอสมควรและสามารถถ่ายทอด ได้รับ หรือทำซ้ำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และงานสร้างสรรค์ดังกล่าวอยู่ในรูปแบบของการบรรยาย การอธิบาย การอธิบายประกอบรูปภาพ หรือในรูปแบบอย่างใดแล้ว ก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในมาตรา 102 (บี) ได้

จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Act 1976) แล้วสามารถสรุปสั้น ๆ ได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ 8 ประเภท ได้แก่ งานวรรณกรรม ดนตรีกรรม งานที่เกี่ยวกับละคร ละครใบ้ งานที่เกี่ยวกับภาพวาด งานภาพเคลื่อนไหว งานบันทึกเสียงและงานสถาปัตยกรรม และรวมไปถึงงานที่ไม่เข้าข่ายงานทั้ง 8 ประเภท แต่เป็นงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ที่มีระดับของการแสดงออกซึ่งความคิดมากพอสมควรและปรากฏอยู่ในรูปแบบของการบรรยาย การอธิบาย หรือในรูปแบบอื่นใดที่สามารถจับต้องได้งานดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ตามมาตรา 102

มาตรา 102 (บี) นั้นเป็นมาตราที่ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เป็นต้นแบบของผู้สร้างสรรค์ไว้อย่างกว้าง เมื่อพิจารณาจากมาตรานี้จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ที่อยู่ในข่ายที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา คือ รายการอาหาร และสูตรอาหาร ซึ่งมีคดีที่มีการฟ้องร้องในเรื่องสูตรอาหารให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ดังนี้

4.1.1.2 คดีที่เกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมอาหารที่ใช้กฎหมายลิขสิทธิ์

4.1.1.2.1 คดีของ Fargo Mercantile Co. v. Brechet & Richter Co.[9] ในคดีนี้โจทก์เป็นบริษัทผลิตน้ำผลไม้ โดยโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในฉลากน้ำผลไม้ของโจทก์ ซึ่งในฉลากนี้ประกอบไปด้วย เครื่องหมายการค้า สาระสำคัญในการโฆษณา และสูตรอาหารที่รวมอยู่ในฉลากของน้ำผลไม้ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ตามที่ได้จดทะเบียนไว้กับกรมทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยโจทก์อ้างว่าสูตรอาหารนี้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 ศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาในคดีนี้โดยแยกระหว่างฉลากสินค้ากับสูตรอาหารออกจากกัน โดยกล่าวว่า “สูตรอาหารที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้นั้นนอกจากจะต้องมีคุณค่าในตัวเองแล้วยังต้องใช้ประโยชน์ได้ในด้านอื่นมากกว่าที่จะใช้เพียงแค่โฆษณาหรือเป็นการออกแบบให้กับตัวสินค้าที่มันติดไปด้วยเท่านั้น” และผู้พิพากษา Booth ได้กล่าวให้ความเห็นในเรื่องของสูตรอาหารกับกฎหมายลิขสิทธิ์ว่า “ถ้าหากสูตรอาหารนั้นปรากฏอยู่ในรูปแบบของ

[9]Fargo Mercantile Co. v. Brechet & Richter Co., 295 F.823, C.A. 8 1924.

เอกสาร หนังสือเล่มเล็ก สูตรอาหารก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ในคดีนี้สูตรอาหารถูกใช้เป็นฉลากในการโฆษณาเท่านั้นจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์”[10]

จากความคิดเห็นของผู้พิพากษาในคดีนี้ทำให้เห็นได้ว่า สูตรอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้หากสูตรอาหารนั้นได้รับการแสดงออกซึ่งความคิดในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการทำอาหารมิใช่ในฐานะของการโฆษณาบนฉลากของสินค้า แต่คำพิพากษาในคดีนี้เป็นการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับ 1909 ซึ่งเป็นฉบับเก่า จึงต้องพิจารณาในคดีต่อไปเพื่อนำมาวิเคราะห์ในประเด็นของสูตรอาหารและรายการอาหารว่าสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้หรือไม่

4.1.1.2.2 คดี Publications International, Limited v. Meredith Corp.[11] คดีนี้ Meredith Corp. เป็นสำนักพิมพ์แมกกาซีนและหนังสือสูตรอาหาร โดยใช้ชื่อหนังสือว่า “การค้นพบของแดนนอน--50 สูตรสำหรับโยเกิร์ต (Discover Dannon--50 Fabulous Recipes With Yogurt) ” ซึ่งเป็นหนังสือประกอบการทำโยเกิร์ตจากโยเกิร์ตยี่ห้อแดนนอน โจทก์กล่าวว่าโจทก์ได้รับลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นงานประเภทการรวบรวมในสิ่งพิมพ์ โจทก์อ้างว่าจำเลยละเมิดสูตรอาหาร 12 สูตรในหนังสือ “Discovery Dannon” ในคดีนี้ศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่าสูตรอาหารได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์ได้พิจารณามาตรา 102 (บี) โดยศาลได้ยึดเอาคำพิพากษาในคดีของ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc. ที่ศาลสูงได้วางหลักในเรื่องของงานรวบรวมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้จะต้องเป็นงานรวบรวมที่เกิดจากการเรียบเรียงใหม่ที่ถือว่าเป็นงานต้นฉบับของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น การรวบรวมสิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ จากคำพิพากษาของคดี Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc. ศาลอุทธรณ์จึงเดินตามคำพิพากษาของศาลสูง และมีคำพิพากษาในคดีของ Publications International, Limited v. Meredith Corp. โดยกล่าวว่า “สูตรอาหารใน “Discover Dannon” นั้นเป็นเพียงรายการของส่วนประกอบ หรือเป็นเพียงคำแนะนำในการนำเอาส่วนประกอบมารวมกันเท่านั้น และยังไม่เป็นการแสดงออกซึ่งหน้าที่ของส่วนประกอบ หรือเป็นการบรรยายถึงการทำให้รสชาติของอาหารดีขึ้นโดยรูปแบบของการบรรยายที่สร้างสรรค์” ดังนั้นสูตรอาหารของโจทก์จึงไม่เป็นสิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยตัวของมันเอง ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้สูตรอาหารของโจทก์เป็นเพียง “ความคิด และข้อเท็จจริง”

---

[10]Goldman, M., **Cooking and copyright: When chefs and restaurateurs should receive copyright protection for recipes and aspects of their professional repertoires** [Online], 25 February 2013. Available from www.westlaw.com.

[11]Publications International, Limited v. Meredith Corp., 88 F.3d 473, 65 USLW 2048,1996.

ไม่ได้เป็นงานต้นฉบับที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์[12] ศาลอุทธรณ์ยังได้อธิบายไว้อีกด้วยว่าสูตรอาหารนั้นอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้หากมีความเป็น “งานต้นฉบับ” ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้สร้างสรรค์เขียนคำบรรยายสูตรอาหารโดยใช้ความคิดในการประกอบอาหารเพื่อบรรยายหรือสื่อให้เห็นถึงความรู้สึก หรือใช้กลิ่นของอาหารเพื่อสื่อให้นึกถึงอดีตที่ผ่านมา หรือให้คำแนะนำหรือมีการนำเสนอด้วยว่าไวน์ชนิดใดควรคู่กับอาหารชนิดใด หรือมีการใช้สถานที่รวมไปถึงดนตรีเพื่อสื่อให้เห็นถึงความรู้สึกดังกล่าวผ่านอาหารเป็นต้น[13]

จากคำพิพากษาในคดี Publications International, Limited v. Meredith Corp. จะเห็นได้ว่าด้วยตัวของสูตรอาหารเองไม่อาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 102 (บี) ได้แต่หากสูตรอาหารนั้นได้มีการแสดงออกซึ่งความคิดโดยมีการบรรยายเพื่อสื่อให้เห็นถึงความรู้สึกในอาหารโดยใช้ความคิดของผู้สร้างสรรค์เพิ่มลงไปเพื่อให้มีลักษณะเป็น “งานต้นแบบ” ของผู้สร้างสรรค์เอง สูตรอาหารนั้นก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

4.1.1.2.3 คดี Lambing v. Godiva Chocolatier[14] คดีนี้ Lambing โจทก์ฟ้องร้อง Godiva จำเลยว่าขายและละเมิดสูตรอาหารในการผลิตทรัฟเฟิล (truffle) ซึ่งสูตรในการผลิตทรัฟเฟิลนี้เป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่มีชื่อว่า “Chocolate Savvy” คดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินโดยเดินตามคำพิพากษาในคดีของ Publications International, Limited v. Meredith Corp. โดยกล่าวว่าส่วนประกอบของอาหารเป็นส่วนสำคัญในการประกอบอาหารจึงถือว่าเป็นข้อเท็จจริงและการแสดงส่วนประกอบของอาหารในสูตรอาหารนั้นไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยสูตรอาหารนั้นเป็นเพียงคำแนะนำในการประกอบอาหารเท่านั้นจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 102 (บี)[15]

จากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในคดีนี้โจทก์ก็ได้ยื่นฎีกาต่อศาลสูงสหรัฐอเมริกาแต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ฎีกาได้ เนื่องจากศาลอุทธรณ์เห็นว่าหลักการในการแยกระหว่างหน้าที่ของสูตรอาหารออกจากการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นเป็นหลักการที่ถูกต้องแล้ว

---

[12]Goldman, M., **Cooking and copyright: When chefs and restaurateurs should receive copyright protection for recipes and aspects of their professional repertoires** [Online], 5.

[13]Ibid, 5.

[14]Lambing v. Godiva Chocolatier, No. 97-5697, 1988 U.S. App. LEXIS 1983, at 2 6th Cir. 6 February 1998.

[15]Lambing v. Godiva Chocolatier, No. 97-5697, 1998 U.S. App. Westlaw, (6th Cir. 6 February 1998).

4.1.1.2.4 คดี Barbour v. Head คดีนี้ Barbour [16]โจทก์เป็นสำนักพิมพ์ที่พิมพ์หนังสือชื่อ “Cowboy Chow” ซึ่งเป็นหนังสือทำอาหารของรัฐเท็กซัส ซึ่งได้รับลิขสิทธิ์ ฟ้องสำนักพิมพ์ Head และ Penfield จำเลยว่าลอกสูตรอาหารที่อยู่ในหนังสือชื่อ “Cowboy Chow” ไปใส่ไว้ในแมกกาซีนและหนังสือทำอาหารบนอินเตอร์เน็ตโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ จำเลยยกข้อต่อสู้ว่าสูตรอาหารของโจทก์นั้นเป็นเพียงกระบวนการหรือวิธีการในการทำอาหารไม่ใช่สิ่งที่ลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครอง และจำเลยยังได้อ้างถึงระเบียบของสำนักงานลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกาฉบับที่ 37 C.F.R. มาตรา 202.1 ด้วยที่มีใจความว่า “รายการของส่วนประกอบในสูตรอาหาร สูตร ส่วนผสมหรือคำแนะนำในการทำอาหารไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์” แต่มีความเห็นของศาลต่อท้ายระเบียบนี้ว่า “อย่างไรก็ตามสูตรอาหารในส่วนที่เป็นสูตรที่ถือว่าเป็นส่วนสำคัญอันถือได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดอันมีลักษณะของงานวรรณกรรม โดยอยู่ในรูปแบบของการอธิบายหรือเป็นคำแนะนำ หรือรวมเป็นส่วนหนึ่งของสูตรอาหาร อย่างเช่นสูตรอาหารที่อยู่ในหนังสือทำอาหาร ถือว่าเป็นงานพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์” แต่ถึงแม้ว่าจะมีความเห็นของศาลต่อท้ายระเบียบนี้ก็ตาม ศาลชั้นต้นของรัฐเท็กซัสซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจรับฟ้องคดีนี้ไว้ก็ยังคงตัดสินตามคำพิพากษาในคดีของ Publications International, Limited v. Meredith Corp. โดยตัดสินว่าสูตรอาหารของโจทก์ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้โดยตัวของมันเองและโจทก์ไม่มีลิขสิทธิ์ในสูตรอาหารที่อยู่ในหนังสือชื่อ “Cowboy Chow”[17]

จากคำพิพากษาทั้ง 4 คำพิพากษาจะเห็นได้ว่า บรรดาศาลมีความเห็นว่าสูตรอาหารไม่สามารถจะได้รับลิขสิทธิ์ได้ในตัวเอง แต่ถ้าหากว่าสูตรอาหารนั้นมีการแสดงออกซึ่งความคิดโดยมีลักษณะของรูปแบบในการแสดงออกซึ่งความคิดในแบบที่เป็นงานวรรณกรรม เช่นการเขียนสูตรอาหารอยู่ในรูปแบบของหนังสือทำอาหาร หนังสือเล่มเล็ก หรือสูตรอาหารดังกล่าวมีการใส่ความคิดสร้างสรรค์ลงไปซึ่งแตกต่างจากสูตรอาหารแบบปกติ ตัวของสูตรอาหารนั้นก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ ในฐานะที่เป็นงานต้นฉบับหรืองานวรรณกรรมของผู้สร้างสรรค์

4.1.2 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

4.1.2.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าคือ คำ ชื่อ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือสิ่งเหล่านี้รวมกัน เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ในการจำแนกสินค้าของผู้ผลิตหรือจำหน่ายรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ผลิต

---

[16]Barbour v. Head, S.D. Tex., 2001, 178 F. Supp. 2d 758, 2002 Copr. L. Dec. P28, 493, 61 U.S.P.Q. 2d 1436.

[17]Goldman, M., **Cooking and copyright: When chefs and restaurateurs should receive copyright protection for recipes and aspects of their professional repertoires** [Online], 6.

หรือผู้จำหน่ายรายอื่น และใช้เป็นเครื่องบ่งชี้ที่มาของสินค้า ทั้งนี้ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นสามารถใช้เครื่องหมายการค้าของตนติดไว้บนสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ของตนตรงส่วนไหนของผลิตภัณฑ์หรือสินค้าก็ได้[18] ซึ่งบัญญัติอยู่ภายใต้ The Lanham Act มาตรา 45[19] โดยมีใจความดังนี้ “คำว่า “เครื่องหมายการค้า” มีความหมายรวมถึง คำ ชื่อ สัญลักษณ์ หรือ รูปประดิษฐ์ หรือสิ่งหนึ่งสิ่งใดหรือหลายสิ่งของสิ่งเหล่านี้ประกอบขึ้นโดย

(1) มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดนำไปใช้หรือ

(2) มีบุคคลหนึ่งที่มีเจตนาสุจริตในการใช้เครื่องหมายในทางการค้า และยื่นขอจดทะเบียนในการจดทะเบียนหลักตามที่ได้บัญญัติไว้ในหมวดนี้ โดยได้มีการแสดงความแตกต่างในสินค้าของตนจากสินค้าที่ผลิตหรือขายโดยผู้อื่น ทั้งนี้รวมตลอดจนถึงสินค้าที่มีเอกลักษณ์ และได้มีการชี้แนะหรือบ่งชี้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าด้วย แม้แหล่งกำเนิดดังกล่าวจะไม่ได้เป็นที่รู้จักก็ตาม”

ปัจจุบันกฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารคือ ชื่อของร้านอาหาร หีบห่อผลิตภัณฑ์ของร้าน ภาชนะประกอบอาหาร รวมไปถึงรูปแบบของร้าน[20] แต่งานสร้างสรรค์ในส่วนอาหารจานดัง (Signature dish) การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร รวมไปถึงการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า

4.1.2.2 หลัก Trade dress

ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักของการให้ความคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ หรือที่เรียกว่า Trade dress ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่รูปลักษณ์ทั้งหมดของฉลาก หีบห่อหรือภาชนะบรรจุภัณฑ์ รวมไปถึงการรวมกันของปัจจัยต่าง ๆ ของ

---

[18]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 2013. Available from www.westlaw.com.

[19]§45 (15 U.S.C. §1127). Trademark. The term “trademark” includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof—

(1) used by a person, or

(2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.

[20]Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-ip industry** [Online], 2012. Available from www.westlaw.com.

ผลิตภัณฑ์หรือบริการที่แสดงออกมาให้ผู้บริโภคเห็น ซึ่งเป็นการสร้างมุมมองในการแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค[21]โดยใช้หลักการที่เรียกว่า “look and feel” หรือที่เรียกว่า “หลักความเหมือนและรู้สึก”[22] Trade dress นั้นสามารถประกอบได้ทั้งรูปร่าง ขนาด สี องค์ประกอบ หรือภาพพิมพ์ ซึ่งสามารถปรากฏอยู่บนสินค้าหรือบริการได้ในรูปแบบของการออกแบบตัวผลิตภัณฑ์[23]

Trade dress นั้นบัญญัติอยู่ในมาตรา 43 (เอ) ใน The Lanham Act โดยบัญญัติไว้ดังนี้ “บุคคลใดใช้คำ ข้อความ ชื่อ สัญลักษณ์ เครื่องหมาย หรือสิ่งเหล่านี้รวมกันในทางการค้ากับสินค้าหรือบริการหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า หรือปลอมการออกแบบ หรือปกปิดข้อเท็จจริง หรือเสนอข้อเท็จจริงที่ผิด หากกระทำเพื่อ

(เอ) เพื่อให้เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิด หรือหลอกลวงว่าเป็นของบุคคลอื่น หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลหนึ่ง หรือเป็นต้นฉบับ หรือเป็นผู้สนับสนุน หรือได้รับอนุญาตให้ใช้สินค้า บริการหรือกิจการทางการค้าจากบุคคลหนึ่ง หรือ

(บี) ใช้ในการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ในทางการค้า ทำให้เข้าใจผิดในแหล่งกำเนิดลักษณะเฉพาะ คุณภาพ หรือถิ่นกำเนิดของสินค้าของบุคคลผู้เป็นเจ้าของสินค้า บริการ หรือกิจการค้าอื่น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว[24]

---

[21]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 4.

[22]Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low - ip industry**, 7.

[23]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 4.

[24]Section 43(a), in part, states

"Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities or geographic origin of his or her or another person's goods, services or

บุคคลผู้มีสิทธิในมาตรา 43 (เอ) นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้[25] ในมาตรา 43 (เอ) นี้โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าจำเลยได้กระทำละเมิดโจทก์ครบทั้ง 3 ประการดังนี้

1) สิ่งที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดตามหลัก Trade dress ได้นั้นต้องเป็นสิ่งที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หรือมีลักษณะเฉพาะโดยผ่านหลักการที่เรียกว่า “Secondary meaning”[26] ในคดีของ Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.[27] นั้นศาลได้ให้หลักการของการพิจารณาว่าเครื่องหมายใดมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองไว้ โดยศาลแบ่งระดับของความมีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายในแต่ละประเภทไว้ เริ่มตั้งแต่ Generic Mark (เครื่องหมายสามัญซึ่งเป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงประเภทหรือชนิดของสินค้าไว้ โดยเครื่องหมายนี้ไม่สื่อถึงแหล่งที่มาของสินค้า) Descriptive Mark (เครื่องหมายที่บรรยายถึงคุณลักษณะของสินค้า) Suggestive Mark (เครื่องหมายที่ไม่ได้บอกถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง) Arbitrary หรือ Fanciful Mark (เป็นเครื่องหมายที่ไม่ได้บอกถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง แต่เป็นเครื่องหมายที่มีการประดิษฐ์ขึ้นเพื่อใช้กับสินค้าและมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง)[28] ซึ่งระดับของความมีลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress นั้นจะแตกต่างกันไปตามแต่ละเครื่องหมาย โดยศาลได้แบ่งให้ Suggestive Mark และ Arbitrary หรือ Fanciful Mark เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะเฉพาะโดยตัวเองซึ่งสามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ส่วน Descriptive Mark นั้นอาจได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้หากผ่านขั้นตอนของหลักที่เรียกว่า “Secondary Meaning” และ

---

commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act."

[25]Silverman, A. B., **Federal Statutory Unfair Competition Law** [Online], 18 June 2013. Available from www.tms.org/pubs/journals/JOM/matters/matters-9809.html.

[26]Ginsburg, J. C., Litman, J., & Keblin, M. L., **Trademark and Unfair Competition Law**, 4 nd ed. (New York: Foundation press, 2007), 525.

[27]Trade dress is classified on a spectrum of increasing distinctiveness as generic, descriptive, suggestive, or arbitrary/fanciful. Suggestive and arbitrary or fanciful trade dress are deemed inherently distinctive and thus always satisfy the first prong of the test for protection. A descriptive trade dress may be found inherently distinctive if the plaintiff establishes that its mark has acquired secondary meaning giving it distinctiveness to the consumer. A generic trade dress receives no Lanham Act protection.

[28]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), 187-190.

Generic Mark นั้นไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Lanham Act เลย[29] จากหลักเกณฑ์ที่ศาลได้วางไว้จึงเห็นได้ว่าหากเครื่องหมายที่นำมาใช้นั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองอยู่แล้ว โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเครื่องหมายนั้นมีหลัก “Secondary Meaning” อีก เครื่องหมายที่จะต้องพิสูจน์หลัก “Secondary meaning” นั้นคือเครื่องหมายที่ไม่มีความบ่งเฉพาะในตัวเองเท่านั้น

หลัก Secondary Meaning หลักนี้มาจากคำพิพากษาในคดี Gray v. Meijer, Inc.[30] คดีนี้โจทก์เป็นผู้ผลิตป๊อบคอร์นที่มีชื่อว่า “The Popcorn Shoppe” โดยโจทก์ได้บรรจุป๊อบคอร์นลงในถุงที่มีการออกแบบให้มีลักษณะเฉพาะ จำเลยได้ผลิตป๊อบคอร์นเช่นเดียวกับโจทก์โดยใช้ถุงที่มีการออกแบบคล้ายกับถุงของโจทก์และขายป๊อบคอร์นในราคาที่ถูกกว่าของโจทก์ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาในคดีนี้ว่า “The Lanham Act นั้นไม่ได้คุ้มครองแต่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนเท่านั้นแต่ยังคุ้มครองถึงเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนด้วย .....ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 43 (เอ), 15 U.S.C. § 1125(a) ในเรื่องของ Trade dress โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนเป็นผู้มีสิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นโดยแสดงพยานหลักฐานดังนี้ (1) Trade dress ต้องมีหลัก “Secondary Meaning” ในตลาด (2) Trade dress ของคู่แข่งขันนั้นมีลักษณะคล้ายกับสินค้าของโจทก์จนทำให้เกิดความสับสน และ (3) ลักษณะของเครื่องหมายที่นำมาใช้เป็น Trade dress นั้นต้องไม่มีหน้าที่ในการใช้สอย”

หลัก “Secondary Meaning” คือ พยานหลักฐานที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเครื่องหมายหรือสิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้นั้นต้องมีลักษณะพิเศษที่ทำให้สาธารณชนสามารถเข้าใจและนึกถึงผู้ผลิตหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการนั้นได้ในทันที และเครื่องหมายหรือสิ่งที่ใช้เป็น Trade dress นั้นถูกใช้โดยบุคคลอื่นด้วยวัตถุประสงค์จะทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดถึงแหล่งกำเนิดหรือที่มาของสินค้า[31] ตัวอย่างเช่น การใช้ชื่อป๊อบคอร์นว่า “The Popcorn Shoppe” นั้นโจทก์จำเป็นต้องแสดงให้เห็นได้ว่าสาธารณชนสามารถจำชื่อป๊อบคอร์นของโจทก์และรู้ได้ว่าป๊อบคอร์นนี้เป็นป๊อบคอร์นที่ผลิตมาจากโรงงานของโจทก์ และจำเลยได้ใช้ชื่อของป๊อบคอร์นที่ใกล้เคียงกับของโจทก์ เพื่อให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของป๊อบคอร์นนั้นว่าเป็นป๊อบคอร์นของโจทก์ เป็นต้น

---

[29]Ginsburg, J. C., Litman, J., & Keblin, M. L., **Trademark and Unfair Competition Law**, 525.

[30]Gray v. Meijer, Inc., 295 F. 3d 641, 63 U.S.P.Q. 2d 1735, 2002 Fed. App. 0236P. C.A. 6 (Mich.), No. 00-1905.

[31]Hoffman, I., **The Protection of “Trade dress”** [Online], 18 June 2013. Available from www.ivanhoffman.com/tradedress.html.

2) สิ่งที่ละเมิดนั้นต้องมีความคล้ายจนทำให้สับสนหลงผิดระหว่างสิ่งที่เป็น Trade dress ของโจทก์กับจำเลย หลักการนี้ศาลได้ให้ความหมายว่าคือ การทำให้สาธารณชนเชื่อว่าผู้ใช้เครื่องหมายนั้นเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ได้รับอนุญาตในการใช้เครื่องหมายการค้านั้น โดยมีปัจจัยในการพิจารณาในเรื่องความคล้ายจนทำให้สับสนหลงผิดอยู่ 8 ประการ กล่าวคือ[32]

2.1) ความแข็งแรงของเครื่องหมายของโจทก์ หมายถึง เครื่องหมายของโจทก์นั้นต้องมีลักษณะเฉพาะและเป็นที่จำได้ของสาธารณชน เครื่องหมายที่มีลักษณะเฉพาะตัวสูงและสาธารณชนสามารถจำเครื่องหมายได้เพราะลักษณะเฉพาะของเครื่องหมายหรือ เพราะการโฆษณาสินค้าหรือทั้งสองอย่างรวมกัน เครื่องหมายนั้นก็จะมีความแข็งแรงสูง ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นถึงระดับของความคล้ายจนทำให้สับสนหลงผิดได้มาก

2.2) ความเกี่ยวข้องกับสินค้า

2.3) ความคล้ายของเครื่องหมาย

2.4) พยานหลักฐานที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความสับสน

2.5) ช่องทางการตลาดที่ใช้ เช่น ก. ผลิตน้ำหอมตรา ก.หอมจัง ออกวางจำหน่ายซึ่งเป็นน้ำหอมที่ใช้สำหรับมนุษย์ และมีชื่อเสียงแล้ว ต่อมานาย ข. ผลิตน้ำหอมตรา ข.หอมจัง ออกจำหน่ายเช่นเดียวกันแต่ช่องทางการตลาดที่นาย ข.ใช้นั้นเป็นของสัตว์เลี้ยง เช่นนี้น้ำหอมของนาย ข. อาจไม่ละเมิดน้ำหอมของนาย ก. เนื่องจากเป็นช่องทางการตลาดที่ไม่เหมือนกัน เป็นต้น

2.6) ระดับความเป็นไปได้ที่ผู้ซื้อจะซื้อสินค้า

2.7) จำเลยจงใจใช้เครื่องหมาย และ

2.8) การกระจายตัวของสินค้าที่คล้ายที่วางจำหน่าย

3) สิ่งที่เป็น Trade dress นั้นไม่จำเป็นต้องได้รับการจดทะเบียนไว้แต่การออกแบบดังกล่าวนั้นต้องไม่ใช่เป็นการออกแบบเพื่อหน้าที่ในการใช้สอย (Functionality) กล่าวคือ ผู้มีสิทธิในการฟ้องร้องคดีที่เกี่ยวกับ Trade dress นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของเครื่องหมายที่ได้รับการจดทะเบียนไว้เท่านั้น เจ้าของเครื่องหมายที่ไม่ได้จดทะเบียนก็เป็นผู้มีสิทธิในการฟ้องร้องได้เช่นกันเห็นได้จาก The Lanham Act มาตรา 43(a)(3)[33] หากการกระทำละเมิดเครื่องหมายนั้นได้กระทำครบทั้ง 3 ประการ คือ

---

[32]Gray v. Meijer, Inc., 295 F. 3d 641, 63 U.S.P.Q. 2d 1735, 2002 Fed. App. 0236P. C.A. 6 (Mich.), No. 00-1905.

[33]§43 (15 U.S.C. §1125). False designations of origin; false description or representation

(a) (3) In a civil action for trade dress infringement under this chapter for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that the matter sought to be protected is not functional.

เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยหลัก “Secondary Meaning” ทำให้เกิดความสับสนหลงผิด และไม่ได้ออกแบบมาเพื่อให้เป็นหน้าที่ในการใช้สอย

หน้าที่ในการใช้สอย (Functionality) สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ Utilitarian Functionality และ Aesthetic Functionality[34]

3.1) Utilitarian Functionality (หลักหน้าที่ในการใช้ประโยชน์) สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 หลักการ กล่าวคือ

3.1.1) หลักเรื่องลักษณะของส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่มีผลต่อตัวสินค้า โดยหลักการนี้ได้เกิดขึ้นจากคำพิพากษาในคดี Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.[35] โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักว่า “ลักษณะที่จำเป็นต่อการใช้สินค้าหรือความมุ่งหมายของสินค้า หรือเป็นลักษณะที่มีผลต่อราคาหรือคุณภาพของสินค้า” หลักการนี้เป็นหลักการที่มุ่งถึงการพิจารณาในด้านหน้าที่ในการใช้ประโยชน์ของตัวสินค้าโดยตรง ตัวอย่างเช่นในคดีของ HWE, Inc. v. JB Research, Inc.[36] ที่มีการวินิจฉัยว่า “ลักษณะแต่ละส่วนของโต๊ะที่ใช้สำหรับนวดรวมถึงส่วนประกอบโดยรวมทั้งหมด ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งจำเป็นที่ใช้สำหรับโต๊ะทั้งสิ้น ดังนั้น โต๊ะดังกล่าวจึงมีลักษณะด้านการใช้สอย” เป็นต้น

3.1.2) หลักเรื่องลักษณะของส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่มีผลต่อการแข่งขันทางการค้า หลักนี้เกิดขึ้นในคดีของ In re Morton-Norwich Products, Inc.[37] ซึ่งได้อธิบายไว้ว่า “การที่แบบของสินค้าหรือภาชนะมีลักษณะการใช้สอยหรือไม่ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการที่มีคุณลักษณะอรรถประโยชน์เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่อยู่ที่ระดับของการมีความเป็นอรรถประโยชน์ของแบบนั้น” การที่มีหลักการนี้เกิดขึ้นเนื่องจาก หากในเนื้อแท้ของตัวแบบสินค้ามีการสร้างการใช้สอยกับตัวสินค้า ซึ่งทำให้ตัวสินค้ามีคุณค่าและประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งลักษณะการใช้สอยนั้นอาจเป็นสิ่งจำเป็นในการแข่งขันทางการค้าของสินค้าหรือบริการชนิดนั้น ตัวสินค้าที่มีลักษณะดังกล่าวจึงไม่สมควรที่จะให้ผู้ใดถือเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตลอดไป

3.2) Aesthetic Functionality ลักษณะหน้าที่นี้เป็นลักษณะในการตกแต่งเพื่อทำให้รูปร่างภายนอกของสินค้าดีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการจำหน่าย หลักนี้มาจากคดี Pagliero v. Wallace China Co.[38] ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่า “การทำซ้ำซึ่งแบบลวดลายเครื่องปั้นดินเผาหรือ

---

[34]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 178-186.

[35]Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc., U.S. 1982, 456 U.S. 844, 102 S.ct. 2182, 72 L. Ed. 2d 606, 34 Fed. R. Serv. 2d 1101, 214 U.S.P.Q.1.

[36]HWE, Inc. v. JB Research, Inc., C.A. 9 (Cal.), 1993, 993 F. 2d 694, 26 U.S.P.Q. 2d 1967.

[37]In re Morton-Norwich Products, Inc., 671 F. 2d 1332, 213 U.S.P.Q. 9.

[38]Pagliero v. Wallace China Co., 198 F. 2d 339, 95 U.S.P.Q. 45.

เครื่องลายครามโดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่ถือว่าเป็นการละเมิด เนื่องจากว่าแบบลวดลายดังกล่าวมีลักษณะเพื่อการใช้สอย และเป็นหนึ่งในลักษณะจำเป็นที่ใช้ในการจำหน่ายสินค้า" ศาลในคดีนี้มีความเห็นเรื่องหลักการตกแต่งเพื่อการใช้สอยอย่างกว้าง โดยเห็นว่าแม้แบบที่มีการตกแต่งโดยเฉพาะแต่หากตกแต่งเพื่อประโยชน์ในการใช้สอย และเป็นส่วนสำคัญในการทำให้สินค้านั้นประสบความสำเร็จในทางการค้า ก็ถือว่าการตกแต่งนั้นใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้าไม่สามารถได้รับความคุ้มครองได้ ซึ่งหลักการนี้ไม่เป็นที่ยอมรับในศาลอื่นในคดีต่อมา แต่ศาลอื่นได้นำหลักการนี้ไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ หากแบบลวดลายที่ออกแบบมานั้นเป็นแบบลวดลายที่มีความเฉพาะและไม่เป็นส่วนสำคัญในการใช้สอยของสินค้านั้น แบบดังกล่าวก็สามารถได้รับความคุ้มครองได้

ดังนั้นหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้สอยเกิดขึ้นมา เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายที่มีการออกแบบจากความคิดสร้างสรรค์เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้เป็นเครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ที่ใช้ในการบอกแหล่งกำเนิดของสินค้าซึ่งเป็นหน้าที่หลักของเครื่องหมายการค้า มิใช่ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายที่ออกแบบมาเพื่อหน้าที่ในการใช้สอย

จากที่ศึกษามาจึงเห็นได้ว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกามีการให้ความคุ้มครองทั้งเครื่องหมายการค้าที่มีการจดทะเบียนและเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้นมีสิทธิฟ้องร้องคดีการลวงขายเครื่องหมายการค้าได้โดยใช้หลัก trade dress ซึ่งหลัก trade dress นี้จะมีความหมายกว้างครอบคลุมไปถึงรูปลักษณ์ทั้งหมดของฉลาก หีบห่อหรือภาชนะบรรจุภัณฑ์ รวมไปถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่สื่อออกมาให้ผู้บริโภคสามารถรู้และเข้าใจได้ว่าสินค้าหรือบริการนั้นแตกต่างกัน

4.1.2.3 คดีที่เกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้ามีดังนี้

4.1.2.3.1 คดี Shakey's Inc. v. Covalt.[39] โดยโจทก์คือ Shakey's เป็นเจ้าของร้านพิซซ่าที่มีหลายสาขา ได้กล่าวหานาย เจมส์ โควอลท์ (James Covalt) ซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตในการจำหน่ายพิซซ่าของ Shakey ซึ่งได้หมดระยะเวลาการให้อนุญาตแล้ว โดย Covalt ยังคงจำหน่ายพิซซ่าต่อไปโดยทำร้านค้าซึ่งมีลักษณะคล้ายกับร้านจำหน่ายพิซซ่าของ Shakey ซึ่งทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิด โดย Covalt เลียนแบบทั้งรายการอาหาร ราคา พิซซ่า ส่วนประกอบของแซนด์วิช รวมไปถึงลักษณะในการจำหน่ายพิซซ่าด้วย โดยใช้ชื่อร้านค้าว่า "Suspenders และ Izzy's" ศาลอุทธรณ์พบว่ารายการอาหารของร้าน Covalt นั้นคล้ายกับรายการอาหารของร้าน Shakey แต่ไม่ถึงขนาดที่จะทำให้ผู้บริโภคสับสนจนถึงขนาดว่าร้านของ Covalt เป็นร้านของ Shakey เนื่องจากเป็นเพียงที่ชื่อของรายการอาหารคล้ายกันเท่านั้น ศาลอุทธรณ์ได้วางหลักในคดีนี้ไว้ว่าความคล้ายในมุมมองหรือความคล้าย

[39]Shakey's Inc. v. Covalt., C.A.Or., 1983. 704 F. 2d 426, 218 U.S.P.Q. 16.

ในหน้าที่ระหว่างร้าน Shakey's และ Covalt นั้นยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ลูกค้าสับสนระหว่างร้านพิซซ่าของ Shakey กับร้านพิซซ่าของ Covalt ซึ่งการตัดสินคดีนี้ของศาลได้ตัดสินโดยไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม[40]

4.1.2.3.2 คดี Fuddrucker, Inc. v. Doc's B.R.Other, Inc.[41] คดีนี้โจทก์เป็นร้านจำหน่ายแฮมเบอร์เกอร์ กล่าวหาจำเลยซึ่งเป็นร้านคู่แข่งว่าเลียนแบบการออกแบบร้าน แนวความคิดและสไตล์ของร้าน โดยในร้านของโจทก์นั้นมีการแบ่งส่วนแบ่งของร้านออกเป็น ส่วนของการเตรียมอาหารที่ลูกค้าสามารถมองเห็นได้ การนำเสนออาหารผ่านตู้กระจกที่มีหลากหลายชนิด ที่บรรจุอาหารที่วางอยู่ในส่วนหลักของร้าน แผนกเบเกอรี่ที่ใช้ชื่อเรียกว่า "Mother Fuddruckers" หนังสือพิมพ์ที่รายงานเกี่ยวกับร้านอาหารภายในร้าน ส่วนที่ให้ลูกค้าบริการตนเองและแผนกขายอาหารสัตว์ที่สามารถซื้อกลับไปที่บ้านได้ อีกทั้งร้านของโจทก์ยังมีการตกแต่งด้วยกระเบื้องที่แต่งด้วยขนาดของกระเบื้องเป็น 2 และ 4 การตกแต่งด้วยไฟนีออน กระจก พื้นสีน้ำตาลและขาวรวมไปถึงโต๊ะ เก้าอี้สีน้ำตาลและมีกระโจมที่วางอยู่ภายนอกเป็นสีเหลือง ร้านของจำเลยได้ทำการตกแต่งเลียนแบบร้านของโจทก์ทั้งหมด โดยใช้ชื่อร้านว่า "Doc's B.R. Others (Doc's)" ในแผนกเบเกอรี่จำเลยใช้ชื่อว่า "Mother Other's" ในคดีนี้ศาลชั้นต้นได้ตัดสินโดยถามความเห็นในการสับสนหลงผิดของคณะลูกขุน คณะลูกขุนได้ให้ความเห็นว่าไม่สับสนหลงผิดระหว่างสองร้านนี้ แต่ศาล Ninth Circuit ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ด้วยเห็นว่าศาลชั้นต้นนั้นตีความหลัก "ความคล้ายจนสับสนหลงผิด" ไว้แคบเกินไปจึงได้ส่งคำฟ้องนั้นกลับไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาคดีใหม่ โดย Ninth Circuit ได้วางหลักในเรื่องของ "ความคล้ายจนสับสนหลงผิด" ไว้ด้วยดังนี้

"ความคล้ายจนสับสนหลงผิด จะถือว่ามีอยู่ต่อเมื่อลูกค้ามองเห็นเครื่องหมายของสินค้าหรือบริการแล้วมีความคิดว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีที่มาแตกต่างจากสินค้าหรือบริการของเครื่องหมายอื่น จากข้อเท็จจริงในคดีนี้จึงต้องพิจารณาเพียงว่าลูกค้าเชื่อว่าผู้ทำละเมิดเป็นเจ้าของเดียวกับผู้ถูกละเมิด ความสำคัญอยู่เพียงความเชื่อของลูกค้าว่าผู้กระทำละเมิดเป็นเจ้าของเดียวกับผู้ถูกละเมิดเท่านั้น ตัวอย่างเช่น หากลูกค้าเชื่อว่า จำเลย (Doc's) เป็นเจ้าของเดียวกับโจทก์ (Fuddruckers) และรู้สึกไม่พอใจต่อสินค้าและบริการของ Doc's ลูกค้าอาจจะไม่พอใจร้านของ Fuddruckers ด้วยเป็นต้น"[42]

---

[40]Krizman, L. K., **Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too** [Online], 2009. Available from www.westlaw.com.

[41]Fuddrucker, Inc. v. Doc's B.R.Other, Inc., 826 F. 2d 837 C.A. 9 (Ariz.), 1987, 56 USLW 2164, 4 U.S.P.Q. 2d 1026.

[42]Krizman, L. K., **Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too** [Online], 2.

จากคำพิพากษาในคดีนี้จึงเห็นได้ว่า ศาล Ninth Circuit เริ่มมีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องของความคล้ายจนสับสนหลงผิด โดยให้ความสำคัญแก่ความเชื่อของลูกค้าที่ใช้สินค้าหรือบริการว่าลูกค้าเชื่อหรือไม่ว่าสินค้าหรือบริการนั้นเป็นสินค้าหรือบริการที่มีที่มาจากเจ้าของเดียวกัน หากลูกค้าเชื่อก็ถือว่าเป็นการคล้ายจนสับสนหลงผิด โดยไม่ได้ดูที่ความเชื่อของคณะลูกขุนในการนำมาตัดสินในเรื่องของความคล้ายจนสับสนหลงผิด ซึ่งแตกต่างจากคดีของ Shakey's Inc. v. Covalt. ที่ศาลมีความเห็นว่าเพียงการเลียนแบบรายการอาหารของร้านไม่ถือว่าเป็นการทำให้เกิดความคล้ายจนสับสนหลงผิด โดยในคดีของ Shakey's Inc. v. Covalt. นั้นศาลเพียงแต่คิดว่าการเลียนแบบรายการอาหารของร้านนั้นไม่ถึงขนาดที่จะทำให้ลูกค้าสับสนหลงผิดได้

4.1.2.3.3 คดี Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.[43] คดีนี้โจทก์ (Taco Cabana, Inc.) ได้กล่าวหาว่าจำเลย (Two Pesos, Inc.) ได้ลอกเลียนแบบการตกแต่งร้านโดยมีการตกแต่งภายในร้านอาหารในรูปแบบของเทศกาลทานอาหารค่ำ มีการตกแต่งด้วยสีที่สว่างตา มีภาพวาดสีสว่างของกระโจมและร่ม คดีนี้ศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่า "รูปร่างและรูปลักษณ์ที่ปรากฏภายนอกของร้านอาหารนั้นเป็นสัญลักษณ์ที่สามารถแยกแยะถึงความแตกต่างได้ การตกแต่งภายในห้องครัว รายการอาหาร การให้บริการอาหาร ชุดของพนักงานบริการ และลักษณะอื่นภายในร้านล้วนแล้วแต่เป็นลักษณะโดยรวมของร้านอาหารซึ่งเป็นปัจจัยที่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Trade dress โดยคณะลูกขุนพบว่าการตกแต่งร้านของจำเลยคล้ายกับการตกแต่งร้านของโจทก์ ดังนั้นคดีนี้โจทก์จึงเป็นฝ่ายชนะ ต่อมาศาลฎีกาของสหรัฐก็ได้ยืนยันในหลักการนี้โดยให้หลักของการพิจารณาว่าสิ่งใดควรได้รับความคุ้มครองตาม Trade dress หรือไม่ให้พิจารณาจากความมีลักษณะบ่งเฉพาะในตนเอง หากสิ่งนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะในตนเองแล้วไม่ต้องพิจารณาถึงหลัก "Secondary meaning"[44] อีก นอกจากนี้ศาลยังได้กล่าวอีกด้วยว่า "ส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)" ไว้คือ "ภาพลักษณ์ทั้งหมดและสิ่งที่ปรากฏโดยรวมของสินค้า และอาจจะรวมถึงลักษณะต่าง ๆ เช่น ขนาด รูปร่าง สีหรือกลุ่มของสี องค์ประกอบอื่น ภาพพิมพ์ หรือเทคนิคอื่นในการขายสินค้า"[45]

จากคำพิพากษาของศาลในคดีนี้จึงทำให้เห็นได้ว่านอกจาก Trade dress จะใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิดโดยการใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากตนแล้ว Trade dress ยังสามารถให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งรูปลักษณ์โดยรวมของร้านอาหาร ไม่ว่าจะเป็นการตกแต่งร้าน รายการอาหาร รวมไปถึงชุดของพนักงานในร้านได้อีกด้วย หาก

---

[43]Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753 120 L. Ed. 2d 615, U.S. Tex., 1992. 60 USLW 4762, 23 U.S.P.Q. 2d 1081.

[44]Krizman, L. K., **Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too** [Online].

[45]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 157.

รูปลักษณ์โดยรวมของร้านอาหารนั้นครบตามองค์ประกอบของ Trade dress ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในเบื้องต้น

4.1.2.3.4 คดี Vasquez v. Ybarra[46] คดีนี้โจทก์ได้รวบรวมรายการอาหารไว้ในหนังสือที่แต่งขึ้นด้วยสไตล์ของตนเอง ในหนังสือประกอบด้วยส่วนรายการอาหาร 100 รายการ และมีรูปภาพกราฟฟิกประกอบการบรรยายซึ่งเป็นรูปภาพที่เกี่ยวกับแมกซิโก ศาลชั้นต้นในเขตคันซัส ได้กล่าวว่ารายการอาหารในหนังสือนี้เป็นเพียงการรวบรวม “เทศกาลของชาวแมกซิโก” และมันสามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้ถ้าหากว่ามีลักษณะเป็นการอธิบายถึงลักษณะของผลิตภัณฑ์และต้องใช้ความคิด จินตนาการ และแนวคิดในการรวบรวมธรรมชาติของสินค้านั้น ศาลพิจารณาว่ารายการอาหารเปรียบเสมือนรูปแบบของหีบห่อผลิตภัณฑ์ ซึ่งมีความคล้ายกับการตกแต่งร้านอาหารในคดีของ Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.

จากคำพิพากษาในคดีนี้ทำให้เห็นได้ว่ารายการอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้หากรายการอาหารนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะในตนเองเช่นเดียวกับรูปลักษณ์โดยรวมของร้านอาหาร[47]

4.1.2.3.5 คดี HI Ltd. Partnership v. Winghouse of Florida, Inc.[48] คดีนี้ศาล Eleventh Circuit ได้ตัดสินว่าร้านอาหาร Hooters นั้นไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ถึงแม้ว่าร้าน Winghouse นั้นจะเลียนแบบร้านอาหารของ Hootersโดยให้พนักงานบริการภายในร้านของ Winghouse แต่งกายเลียนแบบพนักงานของร้าน Hooters ที่มีการสวมชุดที่มีสีขาวส้มซึ่งพนักงานของร้าน Winghouse นั้นได้แต่งชุดที่มีหมวกสีดำและกางเกงขาสั้น อีกทั้งภายในร้านตกแต่งด้วยเฟอร์นิเจอร์ไม้ เรื่องราวเกี่ยวกับกีฬาที่ผนัง ผ้าคลุมโต๊ะที่ม้วนเป็นแนวตรง และรายการอาหารที่บรรยายถึงที่มาของร้านอาหาร โดยศาลได้ตัดสินว่าลักษณะเหล่านี้เป็นลักษณะทั่วไปของร้านอาหารแนวกีฬาที่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Trade dress ได้ หากแต่ชุดของพนักงานของร้าน Hooters นั้นไม่มีลักษณะที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลักการ Trade dress ได้เนื่องจากชุดนี้เป็นชุดที่ออกมาแบบมาเพื่อหน้าที่ในการทำงานเท่านั้น ร้าน Hooters จึงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้[49]

---

[46]Vasquez v. Ybarra, 150 F. Supp. 2d 1157 D. kan., 2001.

[47]Krizman, L. K., **Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too** [Online], 2.

[48]HI Ltd. Partnership v. Winghouse of Florida, Inc., 347 F. Supp. 2d 1256, 18 Fla. L, Weekly Fed. D 317 M.D. Fla., 2004.

[49]Krizman, L. K., **Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too** [Online], 3.

ภาพที่ 4.1: การแต่งกายของพนักงานในร้าน Hooters

ที่มา: Hooters. (2014). *Event Galleries*. Retrieved from www.hootersonline.net/monthly-girl/galleries.

ภาพที่ 4.2: การแต่งกายของพนักงานในร้าน Wing House

ที่มา: tripadvisor. (2014). *Wing House*. Retrieved from www.tripadvisor.com/Restaurant_Review-g34172-d501433-Reviews-Wing_House-Daytona_Beach_Florida.html.

จากคำพิพากษาในคดีนี้จะเห็นได้ว่าลักษณะโดยรวมของร้านนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้เพียงแต่ว่าต้องพิจารณาลักษณะโดยรวมทั้งหมดของร้านนั้นไปทีละประเภทอย่างเช่นในคดีนี้ ศาลแยกพิจารณาระหว่างการตกแต่งภายในร้าน กับชุดของพนักงานในร้าน แต่หากลักษณะโดยรวมอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ลักษณะที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้ ร้านอาหารนั้นก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Trade dress

4.1.2.3.6 คดี Rodriquez v. Casa Salsa Restaurant.[50] คดีนี้โจทก์ (Rodriquez) ซึ่งเป็นบริษัทนำเที่ยวที่มีธุรกิจร้านอาหารเป็นของตนเองโดยใช้ชื่อว่า “Rumba” ซึ่งเป็นร้านอาหารแนวเปอร์โตริโก โดยกล่าวว่าจำเลย (Casa Salsa) เลียนแบบเครื่องหมายการค้า และเลียนแบบร้านอาหารแนวเปอร์โตริโกของตนโดยใช้ชื่อว่า “Casa Salsa” และจำเลยเป็นบริษัทนำเที่ยวเช่นเดียวกันกับโจทก์ โดยจำเลยใช้แนวความคิดในเรื่องของพื้นที่ในการเต้น พื้นที่การให้บริการอาหาร ลักษณะของครัว เพลงที่เปิดในร้าน และการโฆษณาในลูกค้ากลุ่มเดียวกัน คดีนี้ศาลตัดสินว่าร้านอาหารแนวเปอร์โตริโกของโจทก์มี “ลักษณะพิเศษหรือลักษณะเฉพาะ” ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress[51]

จากคำพิพากษาในคดีนี้สามารถยืนยันได้ว่ารูปลักษณ์โดยรวมของร้านอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามหลักการ Trade dress ได้ โดยศาลจะพิจารณาในเรื่องของความมีลักษณะบ่งเฉพาะในตนเอง หากรูปลักษณ์โดยรวมของร้านอาหารนั้นมีลักษณะของความบ่งเฉพาะในตนเองแล้วก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress

4.1.2.3.7 คดี Rebecca Charles v. Edward McFarland. (Powerful Katinka, Inc. d/b/a Pearl Oyster Bar, v. Edward Mcfarland and Ed’s Lobster Bar LLc.)[52] คดีนี้รีเบคก้า ชาร์ลเลส (Rebecca Charles) ผู้เป็นเจ้าของร้านอาหารที่มีชื่อว่า เพิร์ล ออยส์เตอร์ บาร์ (Pearl Oyster Bar) ซึ่งอยู่ทางตอนใต้ของรัฐแมนฮัตตัน โดยฟ้องร้องกล่าวหานาย เอ็ดวาร์ด แมคฟาร์แลนด์ (Edward McFarland) ต่อศาลสหพันธรัฐว่านายเอ็ดวาร์ดทำการละเมิดรายการอาหารทั้งหมดและลอกเลียนรูปแบบการนำเสนออาหารของร้านเพิร์ล รวมไปถึงการตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านอาหารด้วย หลักจากที่นายเอ็ดวาร์ดได้ลาออกจากร้านเพิร์ลไปเพียงหนึ่งสัปดาห์[53] โดยรีเบคก้า ได้กล่าวหานายเอ็ดวาร์ดโดยอ้างหลักการของ Trade dress เนื่องจาก Trade dress มีหลักการในการพิจารณาคือ “หลักความเหมือนหรือคล้าย (look and feel)” โดยรายการอาหารที่นายเอ็ดวาร์ดทำการละเมิดนั้นใช้ชื่อว่า “Ed’s Caesar” โดยเลียนแบบสูตรอาหารที่มีชื่อว่า “Caesar salad” ของรีเบคก้า ซึ่งประกอบด้วยเศษขนมปังมัฟฟินอังกฤษที่โรยหน้าบนไข่ลวก ซึ่งถือว่าเป็นอาหารจานดัง (Signature

---

[50]Rodriquez v. Casa Salsa Restaurant., 260 F. Supp. 2d 413 D. Puerto Rico, 2003.

[51]Krizman, L. K., **Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too** [Online], 3.

[52]Rebecca Charles v. Edward McFarland. (Powerful Katinka, Inc. d/b/a Pearl Oyster Bar, v. Edward Mcfarland and Ed’s Lobster Bar LLc.), 2007 WL 2064059 United States District Court, S.D. New York (S.D.N.Y.)

[53]Broussard, J. A., **An intellectual property food fight: Why copyright law should embrace culinary innovation** [Online].

Dish) ของร้านเพิร์ล อย่างไรก็ตามคดีได้ถูกพิจารณาอย่างเป็นความลับ จึงไม่สามารถทราบถึงคำพิพากษาของศาลได้[54]

เนื่องจากผลคำพิพากษาของศาลในคดีนี้เป็นความลับจึงไม่อาจใช้คดีนี้เป็นหลักในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองรูปลักษณ์โดยรวมของร้านอาหารรวมไปถึงสูตรการทำอาหารได้ แต่คดีนี้ก็เป็นคดีที่กระตุ้นให้ภาคอุตสาหกรรมให้บริการอาหารใช้หลัก “look and feel” ของ Trade dress ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในร้านอาหารของตน

4.1.2.3.8 คดี Peso”s Kitchen and Lounge (El Diablo, Inc. v. Mel-OppdGriff LLc.)[55] คดีนี้ Peso’s กล่าวว่าลูกจ้างและคู่สัญญาของตนทำการเปิดร้านอาหารแข่งกับร้านของตนโดยใช้ชื่อร้านอาหารว่า “Matador” และมีการเลียนแบบรูปลักษณะโดยรวมของร้านอาหารของตนซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress โดยร้าน Matador นั้นมีการตกแต่งร้าน การออกแบบและตกแต่งหินอ่อน แสงไฟ เชิงเทียนโดยนำไปติดกับผนังและสี การตกแต่งสีของเพดาน การใช้เฟอร์นิเจอร์ การตกแต่งร้านในลักษณะของชาวแมกซิกัน โดยใช้ชื่อการตกแต่งว่า “Day of the Dead” และมีกานำเอาภาพพิมพ์ลายมาธาดอร์ และลักษณะของรายการอาหารเหมือนกับร้านของ Peso’s ซึ่งการกล่าวอ้างดังกล่าวนั้นมีลักษณะของเหตุการณ์คล้ายกับคดีของ Rebecca Charles v. Edward McFarland คดีนี้จบลงด้วยการระงับข้อพิพาท โดยการที่จำเลยต้องเปลี่ยนการตกแต่งแบบมาธาดอร์ซึ่งร้าน Peso ได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress เปลี่ยนรายการเมนูและรูปแบบของการนำเสนอเมนูทั้งหมด และต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ร้าน Peso เป็นเงิน 250,000-285,000 ดอลล่าร์สหรัฐ[56]

คดีนี้แสดงให้เห็นว่าหลักของ Trade dress ให้ความคุ้มครองแก่รูปลักษณ์โดยรวมของร้านอาหารที่มีลักษณะเฉพาะในตนเองและยังแสดงให้เห็นถึงระบบทางกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นด้วย อีกทั้งเป็นการแสดงให้เห็นว่ารายการอาหารก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress ได้อีกด้วย

จากคำพิพากษาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าหลัก Trade dress ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่อยู่ใน Lanham Act นั้นสามารถให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารได้ โดยงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครอง

---

[54]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 1.

[55]Peso”s Kitchen and Lounge (El Diablo, Inc. v. Mel-OppdGriff LLc.), No. 07-2-01203-6 SEA. (King County Super.) Superior Court of Washington for King County.

[56]Krizman, L. K., **Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too** [Online], 4.

นั้นได้แก่ การตกแต่งรูปลักษณ์โดยรวมของร้าน รายการอาหาร ชุดของพนักงานให้บริการ รวมไปถึงรูปแบบการนำเสนอ การเปิดเพลงที่ใช้ในร้านอาหารก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress แต่งานสร้างสรรค์ที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองได้นั้นต้องมีองค์ประกอบตามหลักการของ Trade dress ครบถ้วนจึงจะสามารถได้รับความคุ้มครองได้

4.1.3 กฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกานั้นเกิดขึ้นมาจากการต่อต้านความไม่เป็นธรรมในระบบการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของประเทศอังกฤษ โดยสิทธิบัตรในสหรัฐอเมริกาจะมีการจำกัดสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้และผู้ที่ถือว่าเป็นเจ้าของสิทธิบัตร[57] เหตุผลที่กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกากำหนดไว้เช่นนั้นก็เพื่อให้สิทธิแก่เจ้าของสิทธิบัตรมีสิทธิในการควบคุมสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรของตน และเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ[58]

กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกานั้นแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ สิทธิบัตรในประโยชน์ใช้สอย สิทธิบัตรการออกแบบ และสิทธิบัตรพันธุ์พืช[59] โดยสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารจะเป็นสิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอย

4.1.3.1 สิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอย

สิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอยนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ใน Patent law 35 U.S.C. 101 ซึ่งได้บัญญัติไว้ดังนี้ “บุคคลใดก็ตามประดิษฐ์หรือค้นพบกระบวนการใหม่และมีประโยชน์ เครื่องจักร การผลิต หรือการประกอบกันขึ้นเป็นสิ่งใหม่ หรือการปรับปรุงให้ดีขึ้นซึ่งกระบวนการ เครื่องจักร การผลิต หรือการประกอบกันสิ่งเหล่านั้นรวมกัน ซึ่งสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขและคุณสมบัติตามมาตรานี้” [60]

---

[57] Auerbach, J. I., **Patent Law Principles & strategies** [Online], 2006. Available from http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Patents/PatentLawPrinciples.pdf.

[58] Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 5.

[59] Goldstein, P., **Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines,** 5 nd ed. (NewYork: Foundation Press, 2004), 397.

[60] 35 U.S.C. 101 Inventions patentable

Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufactures, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent thereof, subject to the conditions and requirements of this title.

กระบวนการนั้น Patent law 35 U.S.C. มาตรา 100 (บี)[61] ได้บัญญัติความหมายไว้ว่าคือ “กระบวนการ ศิลปะ หรือขั้นตอน และรวมไปถึงการใช้ความรู้ในกระบวนการใหม่ เครื่องจักร การผลิต การรวมกันของสสารหรือวัตถุ” จากนิยามของกระบวนการตามที่บัญญัติไว้ดังกล่าว กระบวนการจึงหมายถึงชุดของขั้นตอนที่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่พิเศษขึ้น[62]

จากบทบัญญัติในมาตรานี้จะเห็นได้ว่าสิ่งที่จะสามารถขอรับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอยได้จะต้องเป็นกระบวนการ การค้นพบ เครื่องจักร การผลิต หรือสิ่งที่ประกอบกันจากสิ่งหนึ่งให้เป็นอีกสิ่งหนึ่ง ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะต้องมีความใหม่ และต้องมีประโยชน์ในการใช้สอยด้วยจึงจะถือว่ามีคุณสมบัติที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรได้ เช่น หลักการทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติไม่ได้มีความใหม่ ถึงแม้จะมีประโยชน์ในการใช้สอยก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้ ถึงแม้ว่าจะเป็นการค้นพบก็ตาม[63]

สิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอยนั้นต้องมีคุณสมบัติ 3 ประการคือ ต้องสามารถใช้ประโยชน์ได้ (utility) ต้องมีความใหม่ (novelty) และต้องไม่เป็นงานที่ประจักษ์ได้โดยง่าย (non-obviousness)

4.1.3.1.1 ลักษณะของสิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอย

4.1.3.1.1.1 ต้องมีประโยชน์ ซึ่งคุณสมบัติในเรื่องการมีประโยชน์นี้ได้ถูกบัญญัติไว้ใน Patent Laws 35 U.S.C มาตรา 101 ดังที่กล่าวไปในข้างต้น

4.1.3.1.1.2 ต้องมีความใหม่ คุณสมบัติเรื่องความใหม่นี้ได้บัญญัติไว้ใน Patent law 35 U.S.C มาตรา 102[64] ซึ่งได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องความใหม่ไว้รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่

---

[61]35 U.S.C. 100 Definitions.

When used in this title unless the context otherwise indicates –

(b) The term “process” means process, art, or method, and includes a new use of a know process, machines, manufacture, composition of matter, or material.

[62]Paul Goldstein, **Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines,** 397.

[63]Jeffry I. Auerbach, **Patent Law Principles & strategies**.

[64]35 U.S.C. 102 Conditions for patentability: novelty and loss of right to patent.

A Person shall be entitled to a patent unless—

(A) The invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent,

จะสูญเสียความใหม่ไว้ด้วย โดยสามารถสรุปเป็นหลักเกณฑ์ที่ทำให้ไม่สามารถขอรับความคุ้มครองตามสิทธิเบื้องต้นได้ดังนี้

1) การประดิษฐ์นั้นเป็นที่รู้อยู่แล้วหรือมีใช้อยู่แล้วในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือสิทธิบัตรดังกล่าวได้ถูกตีพิมพ์เผยแพร่ในสื่อสิ่งพิมพ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือ

(B) The invention was patented or described in a printed publication in this or a foreign country or in public use or on sale in this country, more than one year prior to the date of the application for patent in the United states, or

(C) He has abandoned the invention, or

(D) The invention was first patented or caused to be patented, or was the subject of an inventor's certificate, by the applicant or his legal representatives or assigns in a foreign country prior to the date of the application for patent in this country on an application for patent or inventor's certificate filed more than twelve months before the filing of the application in the United states, or

(E) The invention was described in – (1) An application for patent, published under section 122(b), by another filed in the United states before the invention by the applicant for patent or

(2) A patent granted on an application for patent by another filed in the United states before the invention by the applicant for patent, except that an international application filed under the treaty defined in section 351(a) shall have the effects for the purposes of this subsection of an application filed in the United states only if the international application designated the United states and was published under article 21(2) of such treaty in the English language; or

(F) He did not himself invent the subject matter sought to be patented, or

(G) (1) During the course of an interference conducted under section 135 or section 291, another inventor involved therein establishes, to the extent permitted in section 104, that before such person's invention thereof the invention was made by such other inventor and not abandoned, suppressed, or concealed, or

(2) Before such person's invention thereof, the invention was made in this country by another inventor who had not abandoned, suppressed, or concealed it. In determining priority of invention under this subsection, there shall be considered not only the respective dates of conception and reduction to practice of the invention, but also the reasonable diligence of one who was first to conceive and last to reduce to practice, from a time prior to conception by the other.

ต่างประเทศแล้ว ก่อนวันที่ยื่นคำขอรับสิทธิบัตร[65] การวางหลักที่ห้ามไม่ให้สิทธิบัตรที่มีการรู้อยู่แล้วหรือมีการเผยแพร่อยู่แล้วภายในประเทศยื่นคำขอรับสิทธิบัตรได้เนื่องจาก สิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวนั้นได้มีบุคคลอื่นสร้างขึ้นอยู่แล้วจึงไม่ใช่สิ่งประดิษฐ์ใหม่ที่จะสามารถขอรับความคุ้มครองได้ แต่หลักเกณฑ์ในข้อนี้มีข้อยกเว้นคือ หากการเปิดเผยสาระสำคัญหรือการตีพิมพ์ดังกล่าวนั้นได้กระทำด้วยตัวของผู้ประดิษฐ์หรือผู้ร่วมประดิษฐ์หรือผู้ได้รับอนุญาตจากผู้ประดิษฐ์หรือผู้ร่วมประดิษฐ์เอง การเปิดเผยหรือตีพิมพ์ดังกล่าวนั้นไม่ถือว่าเป็นการเปิดเผยที่ทำให้สิ่งประดิษฐ์นั้นสูญเสียความใหม่

2) สิ่งประดิษฐ์นั้นได้มีใช้หรือได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในต่างประเทศ หรือมีใช้ หรือขายอยู่ภายในประเทศเป็นระยะเวลามากกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตรในประเทศอเมริกา

4.1.3.1.1.3 ต้องไม่เป็นงานที่ประจักษ์ได้โดยง่าย Patent law 35 U.S.C 103 (เอ)[66] ได้บัญญัตินิยามของงานที่ไม่ประจักษ์ไว้โดยง่ายเอาไว้ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว “งานที่ไม่ประจักษ์ได้โดยง่าย” คือ สิ่งประดิษฐ์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรนั้นต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่บุคคลที่มีความชำนาญในความรู้สาขาที่เกี่ยวข้องกับสิ่งประดิษฐ์นั้นต้องไม่สามารถเข้าใจสิ่งประดิษฐ์นั้นได้โดยง่าย[67] ตัวอย่างเช่น การประดิษฐ์รถยนต์ รถยนต์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้นั้นต้องไม่เป็นรถยนต์ที่บุคคลที่มีความรู้ในสาขาเครื่องยนต์สามารถมอง เข้าใจ และทำตามได้ง่าย (ต้องเป็นรถยนต์ที่มีความพิเศษแตกต่างจากรถยนต์ธรรมดาโดยทั่วไป เช่นเป็นรถยนต์ที่ใช้น้ำแทนน้ำมันเป็นเชื้อเพลิงในการขับเคลื่อน เป็นต้น)

จากการศึกษากฎหมายสิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอยของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า สิทธิบัตรประโยชน์ใช้สอยนั้นจะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่ มีประโยชน์

---

[65]Billis, M., **Guide To Patenting And USPTO Patent Applications What can be patented? What does novelty mean?** [Online], 26 June 2013. Available from www.inventors.about.com/od/patents/a/patent_novelty.htm.

[66]35 U.S.C. 103 Conditions for patentability; Non-obvious subject matter.

A patent may not be obtained though the invention is not identically disclosed or described as set forth in section 102, if the differences between the subject matter sought to be patented and the prior art are such that the subject matter as a whole would have been obvious at the time the invention was made to a person having ordinary skill in the art to which said subject matter pertains. Patentability shall not bee negative by the manner in which the invention was made.

[67]Billis, M., **Guide To Patenting And USPTO Patent Applications What can be patented? What does novelty mean?** [Online].

และไม่เป็นงานที่ประจักษ์ได้โดยง่าย โดยในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะไม่มีการให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์โดยการออกอนุสิทธิบัตร

งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เกี่ยวข้องกันสิทธิบัตร คือ สูตรอาหาร เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของสิทธิบัตรแล้วสูตรอาหารจะไม่สามารถขอรับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรได้ เนื่องจากขาดความใหม่ และสูตรอาหารนั้นไม่ใช่สิ่งประดิษฐ์ โดยมีคำพิพากษาในคดีของ Procter & Gamble Co. v. Nabisco Brands.[68] โดยคดีนี้ Procter นั้นฟ้อง Nabisco และ Frito Lay ว่าละเมิดสิทธิบัตรในสูตรอาหารและกระบวนวิธีการผลิตคุกกี้ที่มีความกรอบนอกนุ่มในของ P&G คดีนี้จำเลยโต้แย้งโจทก์โดยกล่าวว่า สิทธิบัตรในสูตรคุกกี้ของ P&G นั้นได้ถูกตีพิมพ์เผยแพร่อยู่ในหนังสือประกอบอาหารตั้งแต่ปี ค.ศ. 1968 แล้ว ในคดีนี้ศาลชั้นต้นได้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องความใหม่ของสูตรคุกกี้และกระบวนวิธีการผลิตของ P&G มาใช้ในการพิจารณา แล้วตัดสินว่า สิทธิบัตรในสูตรและขั้นตอนในการเตรียมส่วนผสมคุกกี้ของ P&G นั้นไม่สามารถใช้บังคับได้เนื่องจากสูตรและขั้นตอนในการผสมส่วนผสมนี้ได้ถูกตีพิมพ์แล้วในปี ค.ศ. 1968[69]

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรนั้นไม่เหมาะสมที่จะใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหาร ในงานสร้างสรรค์ที่เป็นสูตรอาหาร เนื่องจากสูตรอาหารนั้นจะขาดคุณสมบัติของสิทธิบัตรในเรื่องของความใหม่ แต่หากเป็นงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่เป็นอาหารที่เรียกว่า “Molecular gastronomy” นั้นก็อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้เนื่องจาก การทำอาหารแบบ “Molecular gastronomy” นั้นครบคุณสมบัติของสิทธิบัตร กล่าวคือ มีความใหม่ สามารถใช้ประโยชน์ได้ และไม่สามารถเข้าถึงได้โดยง่ายจากผู้มีความเชี่ยวชาญในสาขานั้น

4.1.4 กฎหมายความลับทางการค้า

4.1.4.1 ความหมายของความลับทางการค้า

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่มีบทบัญญัติที่ให้คำนิยามของ “ความลับทางการค้า” ไว้โดยเฉพาะ แต่ได้มีกฎหมายที่บัญญัติระเบียบในเรื่องความลับทางการค้า (Uniform Trade secret Act (UTSA)) ที่ใช้สำหรับรัฐจำนวน 46 รัฐ ซึ่งรัฐที่ไม่ยอมรับกฎหมายฉบับนี้ก็จะใช้กฎหมาย Common law ใช้บังคับในเรื่องที่เกี่ยวกับความลับทางการค้าแทน[70]

---

[68]Procter & Gamble Co. v. Nabisco Brands., 111 F.R.D. 326 D.Del., 1986, 229 U.S.P.Q. 689, 5 Fed. R. Serv. 3d 551.

[69]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 6.

[70]Albert, D. R., **Trade secrets in the United States** [Online], 2010. Available from www.iam-magazine.com/issues/article.ashx?g=e85a7dee-1c0f-42e0-8573-6cf922e57c1d.

คำนิยามของ “ความลับทางการค้า” นั้นศาลสูงของรัฐเท็กซัสได้ให้คำนิยามไว้ดังนี้

“ความลับทางการค้านั้นอาจอยู่ในรูปแบบของสูตร รูปแบบ เครื่องมือ หรือข้อมูลที่รวมกัน ที่ใช้สำหรับการพาณิชย์ของบุคคลคนหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้บุคคลนั้นมีโอกาสที่ทำให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้านั้นได้เปรียบคู่แข่งขันที่ไม่รู้ข้อมูลดังกล่าว โดยความลับทางการค้านั้นอาจเป็นส่วนประกอบของสารเคมี กระบวนการในการผลิต การรักษาหรือถนอมวัตถุดิบ รูปแบบสำหรับเครื่องจักร หรือเครื่องมือ หรือรายชื่อของลูกค้า”[71]

จากคำนิยามที่ศาลสูงรัฐเท็กซัสได้ให้ไว้ “ความลับทางการค้า” คือ ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าที่ผู้ที่เป็นเจ้าของความลับนั้นสามารถใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้นได้ และจากการใช้ข้อมูลนั้นทำให้ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลความลับได้เปรียบทางการค้าจากคู่แข่งที่ไม่มีข้อมูลความลับดังกล่าว นอกจากนี้ศาลยังได้ให้คำนิยามที่เป็นหลักบัญญัติไว้ด้วยดังนี้

“ความลับทางการค้า หมายถึง ข้อมูล ส่วนประกอบของสูตร รูปแบบ ส่วนประกอบ โปรแกรม เครื่องมือ ขั้นตอน เทคนิค หรือกระบวนการ โดยข้อมูลเหล่านั้น

(1) มีมูลค่าเชิงพาณิชย์ในตัวเอง เป็นข้อเท็จจริงหรือส่วนสำคัญที่ไม่เป็นข้อมูลที่รู้กันอยู่โดยทั่วไปและต้องไม่ได้รับข้อมูลเหล่านั้นมาจากบุคคลอื่นที่ได้รับข้อมูลดังกล่าวมาจากการเปิดเผยหรือใช้

(2) ข้อมูลดังกล่าวต้องถูกเก็บรักษาไว้อย่างเป็นความลับ”[72]

จากนิยามดังกล่าวข้างต้น “ความลับทางการค้า” จึงหมายถึง ข้อมูล ส่วนประกอบของสูตร รูปแบบ กระบวนการ หรือเทคนิค หรือกรรมวิธีใด ๆ ก็ตามที่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลเหล่านั้นได้รับประโยชน์จากข้อมูลดังกล่าว ซึ่งทำให้เจ้าของข้อมูลนั้นได้เปรียบทางการค้าจากคู่แข่ง และข้อมูลดังกล่าวนั้นผู้เป็นเจ้าของได้มีขั้นตอนในการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวเพื่อให้เป็นความลับอีกด้วย นอกจากนี้ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้านั้นต้องไม่มีลักษณะที่เป็นข้อมูลธรรมดาที่รู้กันอยู่โดยทั่วไปด้วย[73] เช่น สูตรอาหารที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นความลับทางการค้านั้นต้องเป็นสูตรอาหารที่พิเศษกว่าสูตรอาหารธรรมดาทั่วไป เช่น สูตรการทำไก่ทอดให้กรอบอร่อย ที่ใช้ส่วนประกอบ หรือเทคนิคพิเศษที่มากกว่าการใช้แป้งทอดกรอบโดยทั่วไป สูตรการทอดไก่เช่นนี้จึงจะถือว่าเป็นความลับทางการค้าเป็นต้น

---

[71]Goldstein, P., **Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines,** 123.

[72]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 6.

[73]Albert, D. R., **Trade secrets in the United States** [Online].

4.1.4.2 หลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความลับทางการค้า

จากลักษณะของความลับทางการค้าที่ผู้เป็นเจ้าของต้องมีขั้นตอนในการเก็บรักษาให้เป็นความลับ ในการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับความลับทางการค้า ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าซึ่งมีฐานะเป็นโจทก์จึงมีหน้าที่ในการพิสูจน์ โดยศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ไว้ดังนี้[74]

4.1.4.2.1 ข้อมูลนั้นต้องมีคุณค่าในเชิงพาณิชย์ การพิสูจน์พยานหลักฐานในข้อนี้สามารถทำได้โดย การนำเอารายได้หรือผลกำไรที่คู่แข่งขันได้รับเมื่อนำเอาข้อมูลความลับทางการค้าไปใช้มาเปรียบเทียบกับรายได้หรือผลกำไรของเจ้าของความลับทางการค้า

4.1.4.2.2 ข้อมูลนั้นต้องมีมาตรการในการรักษาให้เป็นความลับ มาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับนี้ ศาลจะมีแนวทางในการพิจารณา โดยศาลจะพิจารณาจากเหตุการณ์รอบ ๆ ว่าผู้เป็นเจ้าของความลับนั้นมีมาตรการอย่างไร ซึ่งหลักในการพิจารณาจะประกอบด้วย การควบคุมการเข้าถึงข้อมูล การปิดประตู สัญญาณเตือนภัย และการจำกัดพื้นที่ในการเยี่ยมชมของแขก เป็นต้น

4.1.4.2.3 ข้อมูลนั้นต้องไม่สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย เจ้าของความลับทางการค้าต้องมีมาตรการในการป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นสามารถเข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับนั้นโดยง่าย เช่น ต้องมีการเก็บรักษาข้อมูลโดยใช้รหัสผ่านที่ให้ไว้สำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้น มีการป้องกันไม่ให้บุคคลภายนอกสามารถเข้าถึงข้อมูลได้โดยง่าย เป็นต้น

4.1.4.2.4 จำเลยมีการเข้าถึงข้อมูลนั้น การพิสูจน์ในข้อนี้ เจ้าของความลับทางการค้าต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้เข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับนั้น ซึ่งข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่ข้อมูลที่รู้กันอยู่โดยทั่วไป และ

4.1.4.2.5 เจ้าของข้อมูลความลับนั้นได้มีการแจ้งเตือนจำเลยแล้ว เมื่อเจ้าของความลับทางการค้าพบว่าจำเลยมีการเข้าถึงข้อมูลความลับทางการค้านั้น เจ้าของความลับทางการค้าต้องมีคำแจ้งเตือนไปยังจำเลยเพื่อเตือนให้รู้ถึงการใช้ข้อมูลนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า โดยพยานหลักฐานนี้อาจเป็นสัญญารักษาความลับทางการค้าที่ได้มีการทำกันก่อนว่าจ้างทำงาน

ในกฎหมายความลับทางการค้านั้น หากผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้าต้องการเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับนั้น ก่อนที่จะมีการจ้างบุคคลใดเข้าทำงาน เจ้าของความลับทางการค้าจะต้องมีการทำสัญญาความลับทางการค้าไว้กับบุคคลนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการนำข้อมูลความลับทางการค้านั้นไปใช้ประโยชน์อื่นนอกเหนือจากประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้า[75] เหตุที่ต้องมีการทำ

---

[74] Ibid.

[75] Ibid.

สัญญาความลับทางการค้าในก่อนการรับบุคคลเข้าทำงานเนื่องจาก ลักษณะของข้อมูลความลับทางการค้านั้นต้องมีลักษณะที่เป็นความลับอยู่เสมอจึงจะได้รับความคุ้มครอง เมื่อใดที่ข้อมูลนั้นปราศจากสถานะที่เป็นความลับแล้ว ข้อมูลดังกล่าวก็จะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองได้ และจากลักษณะนี้เองการทำวิศวกรรมย้อนกลับในข้อมูลความลับทางการค้า หรือการที่บุคคลใดใช้ความรู้ของตนในการพัฒนาข้อมูลความลับของตนเองขึ้นมาได้เหมือนกับข้อมูลความลับของผู้เป็นเจ้าของข้อมูลความลับนั้นอยู่ก่อนก็สามารถกระทำได้ ซึ่งแตกต่างจากลักษณะของกฎหมายสิทธิบัตรที่เมื่อได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแล้วเมื่อใด การกระทำวิศวกรรมย้อนกลับ หรือการค้นพบพัฒนาด้วยตนเองที่มีลักษณะเดียวกันกับสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรแล้วย่อมไม่สามารถกระทำได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ข้อมูลความลับทางการค้านั้นจะมีลักษณะเป็นสูตร รูปแบบ ส่วนประกอบ โปรแกรม เครื่องมือ ขั้นตอน เทคนิค หรือกระบวนการ หรือกรรมวิธีใด ๆ ก็ตามที่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นสามารถใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากข้อมูลนั้นและทำให้เกิดความได้เปรียบทางการค้าจากคู่แข่งที่ไม่มีข้อมูลความลับนั้น โดยผู้เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นต้องมีมาตรการในการเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับ และข้อมูลนั้นต้องไม่ใช่ข้อมูลที่รู้กันอยู่โดยทั่วไป

4.2 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นอุตสาหกรรมการให้บริการอาหารนั้นมีความเจริญเติบโตเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากสถิติการใช้จ่ายเงินของประชาชนในประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 2011 ที่ใช้จ่ายไปกับร้านอาหารซึ่งมีจำนวนมากถึง 26.18 พันล้านปอนด์ และประชาชนในประเทศอังกฤษนั้นมีรูปแบบการใช้ชีวิตที่ชอบรับประทานอาหารนอกบ้านและชอบที่จะเลือกสรรร้านอาหารที่มีการนำเสนอที่ดี จากจำนวนมูลค่าทางเศรษฐกิจและรูปแบบการใช้ชีวิตของชาวอังกฤษจึงทำให้อุตสาหกรรมให้บริการอาหารของประเทศอังกฤษมีการแข่งขันกันสูง[76] กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของอุตสาหกรรมให้บริการอาหารที่ใช้ความคิดสร้างสรรค์ในร้านของตน จึงควรมีการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอังกฤษในการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมให้บริการอาหาร

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองในอุตสาหกรรมให้บริการอาหารมีดังนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายความลับทางการค้า

---

[76] “Key Note Transform knowledge into success”, **Restaurants Market Report 2012** [Online], 2 July 2013. Available from www.keynote.co.uk/market-intelligence/view/product/10589/restaurants.

4.2.1 กฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศอังกฤษนั้นจะเกี่ยวข้องกับความคิดสร้างสรรค์และสินค้าทางศิลปะ เช่น หนังสือ เพลง ภาพยนตร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในทันทีโดยอัตโนมัติและใช้เพื่อประโยชน์แก่ผู้สร้างสรรค์ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้นจะอยู่ใน Copyright, Designs and Patents Act 1988[77]

Copyright, Designs and Patents Act 1988 นั้นได้กำหนดสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 1[78] กล่าวคือ งานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้นต้องเป็นงานที่อยู่ภายใต้งาน 8 ประเภท คือ งานวรรณกรรม งานที่เกี่ยวกับละคร งานดนตรีกรรม งานศิลปกรรม งานภาพยนตร์ งานบันทึกเสียง งานการแพร่เสียงแพร่ภาพ และงานรวบรวมพิมพ์ ดังจะเห็นได้จากคดีของ Creative Records v. News Groups. ที่มีการนำเอารูปภาพต่าง ๆ เช่น นาฬิกา มอเตอร์ไซด์ รถยนต์ ไปตกแต่งเป็นผนังเอาไว้รอบ ๆ สระว่ายน้ำ โดยจำเลยได้ถ่ายภาพผนังดังกล่าวไปตีพิมพ์เป็นโปสเตอร์ในหนังสือพิมพ์ คดีนี้ศาลตัดสินว่ารูปภาพบนผนังดังกล่าวไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่อยู่ในประเภทของงานทั้ง 8 ประเภท[79] ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงแต่เพียงงานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหารเท่านั้น คือ งานวรรณกรรม และงานศิลปกรรม

4.2.1.1 ประเภทของงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหาร

---

[77]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 3 rd ed. (New York: Oxford University Press, 2009), 31.

[78]Copyright and copyright works.

1.—

(1) Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work—

(a) original literary, dramatic, musical or artistic works,

(b) sound recordings, films, broadcasts or cable programmes, and

(c) the typographical arrangement of published editions.

(2) In this Part “copyright work” means a work of any of those descriptions in which copyright subsists.

(3) Copyright does not subsist in a work unless the requirements of this Part with respect to qualification for copyright protection are met (see section 153 and the provisions referred to there). Rights subsisting in copyright works.

[79]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 59.

4.2.1.1.1 งานวรรณกรรม

Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 3(1)[80] ได้ให้ความหมายของคำว่า “งาน” เอาไว้ว่าคือ งานใด ๆ ที่นอกเหนือจากงานที่เกี่ยวกับการเต้น และงานดนตรีกรรม ไม่ว่างานนั้นจะอยู่ในรูปแบบของการเขียน การพูดหรือร้อง และรวมไปถึงรูปแบบของตารางที่แสดงส่วนประกอบแต่ต้องเป็นส่วนประกอบที่มีมากกว่าการเป็นเพียงแค่ข้อมูล และโปรแกรมคอมพิวเตอร์[81]

จากความหมายของงานวรรณกรรมตามมาตรา 3(1) จะเห็นได้ว่า รูปแบบของงานวรรณกรรมนั้นไม่ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงรูปแบบของการพิมพ์หรือเขียนเท่านั้น แต่ยังหมายถึงงานสร้างสรรค์ในรูปแบบอื่นด้วย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาในคดีของ Hollinrake v. Truswell ที่ศาลได้ให้คำนิยามของคำว่า “งานวรรณกรรม” ไว้ว่า “งานที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตาม Copyright Act 1842 ได้นั้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่สามารถแสดงข้อมูล คำแนะนำหรือความน่าพอใจให้อยู่ในรูปแบบของความสนุกของงานวรรณกรรมได้” คำพิพากษานี้เป็นบรรทัดฐานในการที่จะพิจารณาความหมายของคำว่า “งานวรรณกรรม” ดังนั้น “งานวรรณกรรม” ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้นจึงไม่ถูกจำกัดอยู่ภายใต้รูปแบบของการพิมพ์หรือเขียนเท่านั้น แต่ยังรวม

---

[80] 3.—

(1) In this Part—

“literary work” means any work, other than a dramatic or musical work, which is written, spoken or sung, and accordingly includes—

(a) a table or compilation, and

(b) a computer program;

“dramatic work” includes a work of dance or mime; and

“musical work” means a work consisting of music, exclusive of any words or action intended to be sung, spoken or performed with the music.

(2) Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded.

(3) It is immaterial for the purposes of subsection (2) whether the work is recorded by or with the permission of the author; and where it is not recorded by the author, nothing in that subsection affects the question whether copyright subsists in the record as distinct from the work recorded.

[81] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 61.

ไปถึงการแสดงออกในรูปแบบของการพูด การร้องเพลง ตารางรวมของข้อมูล หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย

นอกจากนี้งานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมนั้นยังไม่ต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีคุณภาพอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากคดีของ Express Newspapers v. Liverpool Daily Post. โดยคดีนี้ศาลตัดสินให้ ข้อมูลที่อยู่ในรูปของตารางที่เป็นเกมบิงโก ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็น “งานวรรณกรรม” จากคดีดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นถึงความหมายของ “งาน” ได้คือ “งาน” ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้ เพียงแค่กลุ่มบุคคลเฉพาะสามารถเข้าใจถึงความหมายของงานนั้นได้ก็ถือได้ว่า “งาน” นั้นเป็น “งาน” ตามความหมายของ “งานวรรณกรรม” แล้ว[82]

4.2.1.1.2 งานศิลปกรรม

Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 4(1)[83] ได้ให้ความหมายของ “งานศิลปกรรม” ไว้ว่าหมายถึง งานภาพกราฟฟิค รูปถ่าย งานแกะสลัก หรือภาพปะติด โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณค่าของงานดังกล่าว งานสถาปัตยกรรมที่ใช้สำหรับการสร้างสิ่งปลูกสร้างหรืองานจำลองสิ่งก่อสร้าง หรืองานหัตถศิลป์ทางศิลปะ ซึ่งในงานวิจัยฉบับนี้จะกล่าวถึงงานศิลปกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมให้บริการอาหารเท่านั้น คือ งานหัตถศิลป์ทางศิลปะ

4.2.1.1.2.1 งานหัตถศิลป์ทางศิลปะ

ใน Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 4(1)(c) นั้นมีความหมายถึง งานหัตถศิลป์ทางศิลปะซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึง งานสร้างสรรค์ที่เป็นงานเครื่องประดับที่ประดิษฐ์ด้วยมือ งานกระเบื้อง เครื่องปั้นดินเผา งานกระจกสี งานเหล็กดัดประตู งานถักเสื้อผ้าด้วยมือ และการถักไหมพรม เป็นต้น งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะนั้นต้องประกอบด้วย 2 องค์ประกอบ คือ ต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีคุณค่าทางศิลปะ และต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่เป็นงานหัตถศิลป์ คุณสมบัติของงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะ

---

[82] Ibid, 61-62.

[83] Artistic works.

4.—

(1) In this Part “artistic work” means—

(a) a graphic work, photograph, sculpture or collage, irrespective of artistic quality,

(b) a work of architecture being a building or a model for a building, or

(c) a work of artistic craftsmanship.

4.2.1.1.2.1.1 ต้องมีลักษณะเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีคุณค่าในทางศิลปะ คุณสมบัติในข้อนี้เกิดจากคำพิพากษาของศาลในคดีของ Hensher v. Restawile Upholstery. คดีนี้เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับรูปร่างของเก้าอี้บุด้วยหนังนั้นว่ามีลักษณะเป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะหรือไม่ โดยผู้พิพากษาในคดีนี้ต่างเห็นว่าเก้าอี้บุด้วยหนังนั้นไม่มีลักษณะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะ โดยผู้พิพากษา Reid ได้กล่าวว่า “งานสร้างสรรค์ที่จะมีลักษณะเป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะได้นั้น ผู้ที่ได้รับชมงานสร้างสรรค์ดังกล่าวนั้นจะต้องเกิดความสุขใจ และพึงพอใจจากการได้ชมงานสร้างสรรค์ดังกล่าว” การที่เก้าอี้บุหนังดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษา Reid เกิดความพอใจเพียงชั่วขณะหนึ่งไม่ถือว่าเก้าอี้บุด้วยหนังดังกล่าวเป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะ เก้าอี้บุด้วยหนังจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ผู้พิพากษา Morris เห็นว่าคำว่า “งานศิลปะ” นั้นไม่ได้มีการจำกัดความเอาไว้ การตีความว่างานใดเป็นงานศิลปะหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับคำพิพากษาของศาล โดยผู้พิพากษา Morris กล่าวว่า “งานสร้างสรรค์ที่จะถือว่ามีคุณค่าทางศิลปะที่อาจถือได้ว่าเป็นงานศิลปะนั้นการพิจารณาจะขึ้นอยู่กับเสียงของบุคคลส่วนใหญ่ ดังนั้นเก้าอี้บุด้วยหนังนั้นจึงไม่ใช่งานศิลปะ

ผู้พิพากษา Kilbrandon กล่าวว่า “งานศิลปะนั้นขึ้นอยู่กับว่าผู้สร้างสรรค์มีเจตนาที่จะสร้างสรรค์งานนั้นให้เป็นงานศิลปะหรือไม่” ซึ่งการพิจารณาว่างานใดเป็นงานศิลปะหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ งานสร้างสรรค์จะเป็นงานศิลปะหรือไม่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของบุคคลส่วนใหญ่ แต่ขึ้นที่เจตนาของผู้สร้างสรรค์ว่าต้องการให้เป็นงานศิลปะหรือไม่ ซึ่งเก้าอี้บุด้วยหนังนั้นผู้สร้างสรรค์มีเจตนาที่จะใช้เพื่อการค้าไม่ใช่เพื่อให้เป็นคุณค่าทางศิลปะ เก้าอี้บุด้วยหนังดังกล่าวจึงไม่ใช่งานทางศิลปะที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ผู้พิพากษา Simon มองว่างานสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่เป็นงานที่สร้างขึ้นด้วยมือและผู้ที่สร้างสรรค์งานนั้นจะต้องเป็นศิลปินด้วย งานสร้างสรรค์ดังกล่าวจึงจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะ เก้าอี้บุด้วยหนังจึงไม่ใช่งานทางศิลปะเนื่องจากไม่ได้สร้างสรรค์ด้วยศิลปิน

ต่อมาได้มีคดีของ Merlet v. Mothercare. ที่ศาลได้ตัดสินโดยใช้หลักในการพิจารณาว่างานใดเป็นงานทางศิลปะจากคดีของ Hensher v. Restawile Upholstery. โดยศาลตัดสินว่า การสร้างเสื้อคลุมของเด็กของนาง Merlet นั้นไม่มีคุณค่าทางศิลปะเนื่องจากนาง Merlet นั้นได้ผลิตเสื้อคลุมเพื่อใช้สำหรับปกป้องผิวของบุตรตนเองจากสภาวะแวดล้อมและไม่ได้มีเจตนาที่จะผลิตเสื้อคลุมเพื่อให้มีคุณค่าทางศิลปะ เสื้อคลุมของเด็กดังกล่าวจึงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะ

ต่อมาได้มีคดีของ Vermaat v. Boncrest. ซึ่งผู้พิพากษา Evans-Leembe J ได้ตัดสินคดีโดยอ้างคดีของศาลสูงประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ใช้หลักการในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ใดเป็นงานศิลปะ โดยศาลสูงในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้กล่าวเกี่ยวกับหลักในการพิจารณาในเรื่องของงานศิลปะไว้ว่า “งานที่จะถือว่าเป็นงานทางศิลปะนั้นไม่สามารถดูได้จากเจตนาของผู้สร้างสรรค์แต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องพิจารณาถึงผลลัพธ์ของงานสร้างสรรค์ด้วยว่ามีลักษณะที่ให้ความรู้สึกในทางศิลปะและความรู้สึกทางศิลปะนั้นได้ปรากฏต่อบุคคลผู้ได้ชื่นชมผลงานนั้นด้วยหรือไม่” จากหลักของศาลสูงในประเทศเนเธอร์แลนด์ ผู้พิพากษา Evans-Leembe J ได้ใช้หลักการพิจารณาที่เรียกว่า “ความพึงพอใจทางสายตา” โดยไม่คำนึงว่างานสร้างสรรค์ดังกล่าวได้สร้างขึ้นด้วยความคิดสร้างสรรค์หรือไม่

จากคำพิพากษาทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่า งานสร้างสรรค์ที่จะถือได้ว่ามีลักษณะที่เป็นงานศิลปะได้นั้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่สามารถสื่อให้บุคคลผู้รับชมงานสร้างสรรค์ดังกล่าวเกิดความพอใจและมีความสุขจากการได้รับชมงานสร้างสรรค์ดังกล่าว งานสร้างสรรค์นั้นจึงจะถือได้ว่าเป็นงานศิลปะ นอกจากคุณสมบัติที่งานสร้างสรรค์ต้องมีคุณค่าในทางศิลปะแล้ว งานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะได้นั้นต้องเป็นงานศิลปะที่ทำขึ้นด้วยมืออันถือว่าเป็นคุณสมบัติข้อที่สองอีกด้วย

4.2.1.1.2.1.2 ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยมือ งานสร้างสรรค์ที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะได้นั้นนอกจากจะต้องมีลักษณะที่เป็นงานศิลปะแล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยมืออีกด้วย จากคดีของ Hensher v. Restawile. ในคดีนี้ผู้พิพากษา Simon ได้ให้คำนิยามของคำว่า “งานหัตถศิลป์” ไว้ว่าคือ “งานที่เกิดจากการฝึกฝนเป็นพิเศษ ทักษะ และความรู้ของผู้สร้างสรรค์” ที่ใช้ในการสร้างสรรค์ผลงาน ซึ่งการใช้ทักษะ ความรู้ รวมไปถึงการฝึกฝนอย่างหนักของผู้สร้างสรรค์ดังกล่าวในงานสร้างสรรค์นั้นสามารถถือได้ว่าเป็นการแสดงได้ถึงความภูมิใจของผู้สร้างสรรค์งานหัตถศิลป์ และงานหัตถศิลป์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นงานหัตถกรรมแต่เพียงอย่างเดียว งานหัตถศิลป์อาจเป็นงานที่เกิดขึ้นจากเครื่องจักรก็ได้

นอกจากนี้ผู้พิพากษา Reid และ Viscount Dilhorne ยังกล่าวอีกด้วยว่า “งานสร้างสรรค์ที่ถือว่าเป็นงานหัตถศิลป์นั้นต้องเป็นงานที่ประกอบขึ้นด้วยมือ”[84]

จากความคิดเห็นของผู้พิพากษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าความเห็นในเรื่องของงานหัตถศิลป์นั้นแตกออกเป็น 2 แนวคิด คือ

[84]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 77-82.

แนวคิดแรก เห็นว่างานหัตถศิลป์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ประกอบขึ้นด้วยมือเท่านั้น แต่งานหัตถศิลป์รวมไปถึงงานศิลปะที่เกิดขึ้นจากเครื่องจักรด้วย และงานที่จะถือได้ว่าเป็นงานหัตถศิลป์จะต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นจากใช้ทักษะ ความรู้ รวมไปถึงการฝึกฝนอย่างหนักของผู้สร้างสรรค์ประกอบด้วยจึงจะถือได้ว่าเป็นงานหัตถศิลป์

แนวความคิดที่ 2 เห็นว่างานหัตถศิลป์นั้นต้องเป็นงานที่ประกอบขึ้นด้วยมือของผู้สร้างสรรค์เพียงเท่านั้นจึงจะถือได้ว่าเป็นงานหัตถศิลป์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะ

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่างานหัตถศิลป์ทางศิลปะนั้นควรเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นด้วยมือของผู้สร้างสรรค์เองมากกว่าที่จะเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยเครื่องจักร และควรเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นด้วยความคิดสร้างสรรค์ ความรู้ รวมไปถึงทักษะความชำนาญที่ใช้ไปในการสร้างสรรค์งานดังกล่าวด้วย เนื่องจากงานสร้างสรรค์ทางศิลปะที่เกิดขึ้นโดยเครื่องจักรนั้นอาจสามารถขอรับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ได้

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้นนอกจากจะต้องเป็นงานทั้ง 8 ประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 แล้ว งานดังกล่าวนั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ด้วยจึงจะถือว่าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

หลักเกณฑ์ของงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์[85]

1) งานนั้นต้องเป็นงานที่บันทึกอยู่ในรูปแบบทางวัตถุ โดยงานที่ต้องบันทึกอยู่ในรูปแบบทางวัตถุนี้จะใช้สำหรับงานวรรณกรรม งานละคร และงานดนตรีกรรม การกำหนดหลักเกณฑ์นี้ขึ้น เนื่องจากในงานประเภทวรรณกรรม งานละคร และงานดนตรีกรรมนั้นเป็นงานที่สามารถแสดงออกมาโดยรูปแบบอื่นนอกเหนือไปจากการเขียนได้ เช่น การร้อง การพูด หรือการแสดง ซึ่งในมาตรา 3(2) ได้บัญญัติการให้ความคุ้มครองแก่งานวรรณกรรม งานละคร และงานดนตรีกรรมไว้ว่าจะให้ความคุ้มครองต่อเมื่องาน 3 ประเภทนั้นได้รับการบันทึกแล้ว โดยการบันทึกนั้นจะเป็นการเขียน หรือโดยวิธีอื่นใดก็ได้ ซึ่งการเขียนนั้นสามารถหมายความรวมไปถึงเครื่องหมาย รหัส หรือวิธีการอื่นใดที่มีลักษณะที่ถือว่าเป็นการบันทึกที่อยู่ในรูปแบบทางวัตถุในระดับพอสมควรแล้วก็ถือว่าเป็นการบันทึกอยู่ในรูปแบบทางวัตถุที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

2) งานนั้นต้องประกอบด้วย “ความคิดริเริ่ม (original)” ของผู้สร้างสรรค์ โดยหลัก “ความคิดริเริ่ม” นี้จะใช้สำหรับงานประเภทวรรณกรรม งานละคร งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรมเท่านั้น “ความคิดริเริ่ม” นี้จะเกี่ยวข้องกันระหว่างผู้สร้างสรรค์ผลงานกับงาน ซึ่งงานที่จะถือว่ามี

---

[85] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 91-118.

“ความคิดริเริ่ม” นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นงานประดิษฐ์ งานที่มีความใหม่ หรือเป็นงานที่มีลักษณะเฉพาะแต่อย่างใด

นอกจากงานทั้ง 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้นจะต้องเป็นงานที่อยู่ในลักษณะของการบันทึกในทางวัตถุแล้ว งานนั้นจะต้องประกอบไปด้วย “ความคิดริเริ่ม” ของผู้สร้างสรรค์อีกด้วย ซึ่งหลักในการใช้พิจารณาว่างานทั้ง 4 ประเภทนั้นมี “ความคิดริเริ่ม” หรือไม่นั้นสามารถพิจารณาได้จาก การใช้แรงงาน ทักษะ หรือคำพิพากษาของศาล ซึ่งบางครั้งศาลจะพิจารณาหลัก “ความคิดริเริ่ม” จากลักษณะภายนอกของงาน การทำงานของคำ เงินทุน ความพยายาม ความเป็นอุตสาหกรรม เวลา ความรู้ รสชาติ ความฉลาด ประสบการณ์ หรือการลงทุนที่ผู้สร้างสรรค์ใช้ในการสร้างสรรค์ผลงาน โดยสามารถแยกหลักในการพิจารณาว่างานใดเป็นงานที่มี “ความคิดริเริ่ม” หรือไม่ของศาลได้ดังนี้

หลักในการพิจารณาว่างานใดเป็นงานที่มี “ความคิดริเริ่ม” ในการพิจารณาของศาล

2.1) งานสร้างสรรค์ที่ใช้แรงงาน ทักษะ และความพยายามที่จะถือว่าเป็นงานที่มี “ความคิดริเริ่ม” ของผู้สร้างสรรค์นั้นจะต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิด ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้นจะพิจารณาที่การแสดงออกซึ่งความคิดมากกว่าตัวความคิด

2.2) งานสร้างสรรค์นั้นต้องมีการแสดงถึงขั้นตอนในการสร้างสรรค์งานก่อนที่จะมีการแสดงออกซึ่งความคิด กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์อังกฤษนั้น นอกจากจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวจะต้องสามารถแสดงถึงขั้นตอนในการสร้างสรรค์ผลงานนั้นก่อนที่จะมีการแสดงออกซึ่งความคิดได้ด้วย ตัวอย่างเช่น งานรวมรวมวรรณกรรมที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะต้องแสดงได้ถึงขั้นตอนในการรวบรวมข้อมูล หรือการเลือกข้อมูลที่จะนำมารวบรวมเป็นงาน เป็นต้น ดังจะเห็นได้จากคดีของ Ladbroke v. William Hill. ที่ศาลตัดสินให้สลากกองทุนฟุตบอล ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ถึงแม้ว่าตัวสลากจะมีการแสดงออกซึ่งความคิด แต่ขั้นตอนก่อนที่จะเป็นสลากนั้นมีพื้นฐานมาจากการเล่นพนันซึ่งเป็นสิ่งผิดกฎหมาย สลากกองทุนฟุตบอลจึงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ จากคำพิพากษาในคดีนี้จะเห็นได้ว่าแม้ว่างานสร้างสรรค์นั้นจะมีการแสดงออกซึ่งความคิด แต่หากขั้นตอนในการสร้างสรรค์งานก่อนที่จะมีการแสดงออกซึ่งความคิดนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมาย งานสร้างสรรค์ดังกล่าวก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

2.3) งานสร้างสรรค์ที่ถือว่ามี “ความคิดริเริ่ม” นั้นจะขึ้นอยู่กับลักษณะพิเศษของวัฒนธรรม สังคม และการปกครอง ซึ่งเป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลด้วย กล่าวคือ นอกจากงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิด และต้องสามารถแสดงถึงขั้นตอนในการสร้างสรรค์งานก่อนที่จะมีการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวที่จะถือว่ามีความคิดริเริ่มได้นั้นจะขึ้นอยู่กับปัจจัยทางด้านวัฒนธรรม สังคมและการปกครอง ที่เป็นหลักที่ศาลสร้างขึ้นด้วย

ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1840 รูปถ่ายนั้นไม่ถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากไม่เป็นงานที่มีความสร้างสรรค์ แต่ต่อมารูปถ่ายสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากศาลเห็นว่ารูปถ่ายประกอบความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ เป็นต้น

2.4) งานสร้างสรรค์นั้นไม่จำเป็นต้องมีระดับความคิดริเริ่มที่อยู่ในระดับสูง กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์อังกฤษนั้นไม่จำเป็นต้องมีระดับของความคิดริเริ่มที่สูงแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลตัดสินให้ตารางเวลาการเดินรถไฟ และข้อสอบสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ ในคดีของ University of London Press v. University Tutorial Press.

1) งานนั้นต้องเป็นงานที่ครบคุณสมบัติที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษกำหนดไว้ กล่าวคือ ผู้ที่สร้างสรรค์ผลงานนั้นต้องเป็นผู้ที่มีสัญชาติอังกฤษหรือเป็นผู้สร้างสรรค์ที่อยู่ในภาคีสมาชิก

2) งานดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นงานที่เหยียดหยาม หรือหมิ่นประมาท หรือละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น

จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษข้างต้นสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นให้ความคุ้มครองแก่งาน 8 ประเภท ได้แก่ งานวรรณกรรม งานที่เกี่ยวกับละคร ดนตรีกรรม ศิลปกรรม ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพและงานรวบรวม โดยงานทั้ง 8 ประเภทนั้นจะต้องมีองค์ประกอบครบทั้ง 4 ข้อด้วยจึงจะได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือ งานนั้นต้องเป็นงานที่บันทึกอยู่ในรูปแบบทางวัตถุ ต้องมีความคิดริเริ่ม ต้องเป็นงานที่เกิดจากผู้สร้างสรรค์ที่มีสัญชาติอังกฤษหรืออยู่ในภาคีสมาชิก และต้องเป็นงานที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้วนั้นจะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่เกี่ยวข้องกับ Copyright, Designs and Patents Act 1988 ดังนี้ สูตรอาหารและรายการอาหาร จะสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมได้หรือไม่ และการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นสามารถจะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานหัตถศิลป์ หรืองานศิลปะได้หรือไม่

4.2.2 กฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรประเทศอังกฤษได้รับเอาหลักการในเรื่องสิทธิบัตรมาจาก สนธิสัญญาประชาคมยุโรป (EPC 2000) โดยใน Patent Act 1977 มาตรา 1(1)[86] ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการขอรับ

---

[86] 1 Patentable inventions.

(1) A patent may be granted only for an invention in respect of which the following conditions are satisfied, that is to say—

สิทธิบัตรไว้ดังนี้คือ สิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้นั้นจะต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ประกอบด้วย 3 ลักษณะ คือ ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ต้องมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และต้องสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ จากมาตรา 1(1) จึงสามารถแยกองค์ประกอบของสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้เป็น 3 องค์ประกอบ

4.2.2.1 องค์ประกอบในการขอรับสิทธิบัตร[87]

1) ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่ กล่าวคือ สิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรอังกฤษได้นั้นต้องไม่เป็นสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นส่วนหนึ่งของ “state of art”[88] “state of art” เป็นการกล่าวถึงสิ่งที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการ วิธีการ ข้อมูล หรือสิ่งอื่นใด ที่มีปรากฏอยู่ก่อนแล้วในโลกไม่ว่า กระบวนการ วิธีการ ข้อมูล หรือสิ่งอื่นใดนั้นจะปรากฏในรูปแบบการเขียน การพูด หรือด้วยวิธีการใดต่อสาธารณชนแล้วก่อนวันที่มีการยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตรทั้งในหรือนอกประเทศอังกฤษ (Priority Date)[89]

ดังนั้นจากบทบัญญัติในมาตรา 1(1) (เอ) นั้นสิ่งประดิษฐ์ที่ถือว่ามีความใหม่นั้น จะต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่ได้ปรากฏอยู่แล้วในโลกนี้ ไม่ว่าจะเป็นการปรากฏในรูปแบบสิ่งพิมพ์ หรือสิ่งอื่นใด

2) ต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ในมาตรา 3[90] ของ Patent Act 1977 ได้บัญญัติความหมายของขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นไว้ โดยสิ่งประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นนั้นจะต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่สามารถประจักษ์ได้โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในอาชีพนั้น กล่าวคือ สิ่งประดิษฐ์ที่จะขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรนั้นจะต้องไม่ใช่สิ่งประดิษฐ์ที่บุคคลผู้มีความชำนาญในอาชีพนั้นสามารถมองและทำตามสิ่งประดิษฐ์นั้นได้โดยง่าย ตัวอย่างเช่น เครื่องรับโทรทัศน์ที่จะสามารถขอรับความคุ้มครองได้นั้นจะต้องเป็นเครื่องรับโทรทัศน์ที่บุคคลผู้มีความชำนาญใน

(a) the invention is new;

(b) it involves an inventive step;

(c) it is capable of industrial application;

(d) the grant of a patent for it is not excluded by subsections (2) and (3) below;

and references in this Act to a patentable invention shall be construed accordingly.

[87]Masons, P., **Patents: The basics** [Online], 2012. Available from www.out-law.com/page-5699.

[88]Ibid.

[89]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 466.

[90]3 Inventive step.

An invention shall be taken to involve an inventive step if it is not obvious to a person skilled in the art, having regard to any matter which forms part of the state of the art by virtue only of section 2(2) above (and disregarding section 2(3) above).

อาชีพนั้นไม่สามารถมองแล้วทำตามเพื่อผลิตเครื่องรับโทรทัศน์ได้อย่างง่าย เครื่องรับโทรทัศน์ดังกล่าวจะต้องมีการใช้เทคนิคหรือคุณสมบัติที่พิเศษไปกว่าเครื่องรับโทรทัศน์ธรรมดา เป็นต้น

3) ต้องสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ ในมาตรา 4[91] แห่ง Patent Act 1977 ได้บัญญัติความหมายของการประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมไว้ โดยสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้นั้นต้องสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ ทั้งนี้อุตสาหกรรมนั้นไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นอุตสาหกรรมประเภทใด ซึ่งในมาตรา 4 นี้ได้ยกตัวอย่างอุตสาหกรรมไว้ด้วย คือ การเกษตร แต่ในมาตรา 4 ได้มีข้อยกเว้นสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรเอาไว้ถึงแม้ว่าจะสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ก็ตาม นั่นคือ สิ่งประดิษฐ์ที่มีการทดลองกับมนุษย์หรือสัตว์ไม่ว่าจะกระทำเพื่อการรักษาก็ตาม แต่ไม่รวมถึงการขอรับสิทธิบัตรในตัวของสารสำคัญที่ใช้ในการรักษา เนื่องจากตัวสารสำคัญนี้สามารถนำไปใช้กับสิ่งอื่นนอกเหนือจากการรักษาได้

สิ่งประดิษฐ์ที่มีองค์ประกอบครบทั้ง 3 ข้อข้างต้นย่อมขอรับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรได้หากไม่สิ่งประดิษฐ์นั้นไม่เป็นสิ่งประดิษฐ์ตามที่ Patent Act 1977 ได้บัญญัติห้ามมิให้สิ่งประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ขอรับสิทธิบัตรเอาไว้ในมาตรา 1(2)-(5)[92] ที่ห้ามไม่ให้สิ่งประดิษฐ์ที่เป็นการค้นพบ ทฤษฎีทาง

---

[91] 4 Industrial application.

(1) Subject to subsection (2) below, an invention shall be taken to be capable of industrial application if it can be made or used in any kind of industry, including agriculture.

(2) An invention of a method of treatment of the human or animal body by surgery or therapy or of diagnosis practised on the human or animal body shall not be taken to be capable of industrial application.

(3) Subsection (2) above shall not prevent a product consisting of a substance or composition being treated as capable of industrial application merely because it is invented for use in any such method.

[92] 1 Patentable inventions.

(2) It is hereby declared that the following (among other things) are not inventions for the purposes of this Act, that is to say, anything which consists of—

(a) a discovery, scientific theory or mathematical method;

(b) a literary, dramatic, musical or artistic work or any other aesthetic creation whatsoever;

(c) a scheme, rule or method for performing a mental act, playing a game or doing business, or a program for a computer;

(d) the presentation of information;

วิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์ งานวรรณกรรม ละคร ศิลปกรรม หรืองานทางศิลปกรรมอื่น ๆ หรืองานสถาปัตยกรรม ตาราง การแสดง การดำเนินธุรกิจหรือเกมส์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลที่เป็นการนำเสนอ ขอรับความคุ้มครองตามสิทธิบัตร รวมไปถึงสิ่งประดิษฐ์ที่ใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งการใช้สิ่งประดิษฐ์นั้นขัดต่อนโยบายสาธารณะ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดี แม้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 1(2)-(5) จะบัญญัติห้ามมิให้สิ่งเหล่านั้นขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรก็ตาม แต่ในบทบัญญัติมาตรา 1(2)-(5) ก็ยังได้บัญญัติข้อยกเว้นเอาไว้ด้วย โดยบทบัญญัติในมาตรา 1(2) นั้นได้ยกเว้นให้สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องสิ่งต้องห้ามดังกล่าวนั้นสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ กล่าวคือ โดยปกติแล้วสิ่งที่เป็นการค้นพบหรือทฤษฎีต่างๆ นั้นไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้เนื่องจากเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ แต่หากนำเอาทฤษฎีเหล่านั้นไปเพื่อจุดประสงค์ในการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ขึ้นมา สิ่งประดิษฐ์ที่ผลิตขึ้นโดยการใช้ทฤษฎีดังกล่าวนั้นก็สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าสิ่งที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร (Patent Act 1977) ได้นั้นจะต้องเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและต้องสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้

จากองค์ประกอบของสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรที่สิ่งประดิษฐ์นั้นจะต้องมีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และต้องสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้นี่เองที่ทำให้ต้องพิจารณาว่าสูตรอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตาม Patent Act 1977 ได้หรือไม่ เนื่องจากสูตรอาหารนั้นมีลักษณะเป็นกรรมวิธี ซึ่งโดยปกติแล้วกรรมวิธีนี้สามารถขอรับความคุ้มครองตาม Patent Act 1977 ได้ แต่ต้องมีองค์ประกอบในการขอรับความคุ้มครองครบทั้ง 3 ประการ ซึ่งสูตรอาหารนั้นส่วนใหญ่จะเป็นกรรมวิธีที่มีใช้มาแต่โบราณ แต่มีการปรับปรุงเพิ่มเติม หรือเป็นการพัฒนาเพิ่มเติมมาจากสูตรอาหารที่มี

---

but the foregoing provision shall prevent anything from being treated as an invention for the purposes of this Act only to the extent that a patent or application for a patent relates to that thing as such.

(3) A patent shall not be granted for an invention the commercial exploitation of which would be contrary to public policy or morality.

(4) For the purposes of subsection (3) above exploitation shall not be regarded as contrary to public policy or morality only because it is prohibited by any law in force in the United Kingdom or any part of it.

(5) The Secretary of State may by order vary the provisions of subsection (2) above for the purpose of maintaining them in conformity with developments in science and technology; and no such order shall be made unless a draft of the order has been laid before, and approved by resolution of, each House of Parliament.

มาแต่ดั้งเดิม จึงทำให้เกิดปัญหาว่าสูตรอาหารเหล่านี้จะถือว่ามีความใหม่และมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหรือไม่อย่างไร

4.2.3 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

ประเทศอังกฤษมีการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ใช้คู่กันอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบเครื่องหมายการค้าที่บัญญัติไว้ใน Trade mark Act 1944 และระบบของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนที่เรียกว่า “Passing off”

Trade mark Act 1944 มาตรา 2 ได้บัญญัติถึงเครื่องหมายการค้าที่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Trade mark Act 1944 ไว้ โดยเครื่องหมายการค้านั้นจะต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้จึงจะได้รับความคุ้มครองตาม Trade mark Act 1944 แต่หากเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนก็จะได้รับความคุ้มครองตามหลัก Passing off กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษจึงต้องพิจารณาเป็น 2 ระบบคือ ระบบเครื่องหมายที่จดทะเบียนตาม Trade mark Act 1944 และ ระบบ Passing off ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน

4.2.3.1 ระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียน (Trade mark Act 1944)

กฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ทางอุตสาหกรรม โดยเครื่องหมายการค้านั้นใช้สำหรับการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าของผู้ผลิตรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ผลิตอีกรายหนึ่ง กฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นมีประโยชน์ในการปกป้องชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของสินค้าและเพื่อช่วยให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้[93]

4.2.3.1.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า

Trade mark Act 1944 มาตรา 1(1) เครื่องหมายการค้า หมายถึงเครื่องหมายใด ๆ ที่ปรากฏเป็นรูปภาพที่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่ง[94] จากความหมายของเครื่องหมายการค้าใน

---

[93] Law Teacher The law essay professinos, **Trade mark law in UK has been thoroughly revitalized** [Online], 15 July 2013. Available from www.lawteacher.net/business-law/essays/trade-mark-law-in-uk-has-been-thoroughly-revitalized-business-law-essay.php.

[94] Trade mark.

1. (1) In this Act a “trade mark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

มาตรา 1 ทำให้สิ่งที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้นั้นต้องมีลักษณะ 3 ประการคือ[95]

1) ต้องเป็นเครื่องหมาย เครื่องหมายนั้น Trade mark Act 1944 มาตรา 1(1) วรรคสองนั้นได้ให้เครื่องหมายหมายการค้าหมายรวมถึง คำ การออกแบบ จดหมาย ตัวเลข หรือรูปร่างของสินค้าหรือรูปร่างของหีบห่อบรรจุภัณฑ์ ด้วย แต่มิได้ให้นิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้แต่อย่างใด การที่ Trade mark Act 1944 ไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” เอาไว้ จึงต้องพิจารณานิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” จาก European Court of Justice (ECJ) ซึ่ง ECJ นั้นได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้อย่างกว้าง ๆ ซึ่ง คำว่า “เครื่องหมาย” ของ ECJ นั้นจะหมายความรวมถึงกลิ่นและเสียงด้วย จากการให้คำนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ของ ECJ ที่นิยามไว้อย่างกว้าง ๆ นี่เองที่ทำให้เครื่องหมายการค้านั้นอาจหมายความรวมถึงท่าทางหรือรสชาติด้วย

2) ต้องสามารถทำให้ปรากฏเป็นรูปภาพได้ กล่าวคือ สิ่งที่จะถือเป็นเครื่องหมายนั้น นอกจากจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายแล้ว จะต้องมีลักษณะที่สามารถปรากฏเป็นรูปภาพได้ การที่ Trade mark Act 1944 ได้กำหนดลักษณะนี้ไว้เพื่อจุดประสงค์ให้เครื่องหมายการค้านั้นสามารถตรวจสอบและจดทะเบียนได้โดยง่าย โดย ECJ ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายนั้นมีลักษณะที่สามารถทำให้ปรากฏเป็นรูปภาพไว้คือ ต้องเป็นรูปภาพ ผลิตภัณฑ์ หรือลักษณะที่สามารถใช้ประโยชน์ได้ และเครื่องหมายนั้นจะต้องมีความชัดเจน ถูกต้อง มีส่วนประกอบในตัวเอง สามารถเข้าถึงได้ เข้าใจได้ แข็งแรง และเป็นรูปธรรม[96]

3) ต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างได้ ลักษณะในข้อนี้นั้นจะแตกต่างจาก “การปราศจากความมีลักษณะเฉพาะ” เนื่องจากลักษณะที่ต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างได้นี้มีหน้าที่ มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาว่าสิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองตาม Trade mark Act 1944 นั้นมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย หรือไม่ แต่ “การปราศจากความมีลักษณะเฉพาะ” นั้นเป็นคุณสมบัติของเครื่องหมายที่สามารถขอรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ ซึ่งลักษณะที่ต้องสามารถแยกแยะความแตกต่าง กับ การปราศจากความมีลักษณะเฉพาะนี้สามารถแยกการพิจารณาออกจากกันได้ ดังจะเห็นได้จากคดีของ Phillips v. Remington ซึ่งคดีนี้ Phillips ได้ฟ้อง Remington เพื่อปกป้องเครื่องโกนหนวดที่มีหัวหมุนรอบในตัวเองสามหัว ซึ่งคดีนี้ศาล ECJ ได้ตัดสินโดยกล่าวว่าถ้าหากเครื่องหมายนั้นมีลักษณะเฉพาะในความเป็นจริงแล้ว ย่อมถือว่าเครื่องหมายนั้นมีความเป็น

A trade mark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letters, numerals or the shape of goods or their packaging.

[95]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 805-815.

[96]Ibid**,** 785.

เครื่องหมาย เนื่องจากมีลักษณะที่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าของโจทก์ออกจากสินค้าของจำเลยได้

จากคำตัดสินของ ECJ จะเห็นได้ว่า ถึงแม้เครื่องหมายการค้านั้นจะปราศจากความมีลักษณะเฉพาะในตนเอง แต่ก็มิได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้านั้นจะขาดลักษณะในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่ง ในทางตรงกันข้ามหากเครื่องหมายการค้านั้นขาดลักษณะในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการระหว่างบุคคลหนึ่งกับสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่ง เครื่องหมายการค้านั้นย่อมไม่มีลักษณะในการเป็นเครื่องหมายตามความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ในมาตรา 1(1) Trade mark Act 1944

4.2.3.1.2 หลักเกณฑ์การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

Trade mark Act 1944 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 3[97] ในมาตรา 3 นี้สามารถแยกกลุ่มของเครื่องหมายที่ไม่สามารถจด

---

[97] Absolute grounds for refusal of registration.

3.—

(1) The following shall not be registered—

(a) signs which not satisfy the requirements of section 1(1),

(b) trade marks which are devoid of any distinctive character,

(c) trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of services, or other characteristics of goods or services,

(d) trade marks which consist exclusively of signs or indications which have become customary in the current language or in the bona fideand established practices of the trade: Provided that, a trade mark shall not be refused registration by virtue of paragraph (b), (c) or (d) above if, before the date of application for registration, it has in fact acquired a distinctive character as a result of the use made of it.

(2) A sign shall not be registered as a trade mark if it consists exclusively of—

(a) the shape which results from the nature of the goods themselves,

(b) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result, or

(3) A trade mark shall not be registered if it is—

(a) contrary to public policy or to accepted principles of morality, or

(b) of such a nature as to deceive the public (for instance as to the nature, quality or geographical origin of the goods or service).

ทะเบียนได้ออกเป็น 3 กลุ่ม คือ 1) เป็นเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะของเครื่องหมายตามมาตรา 1(1) 2) เป็นเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ 3) เป็นเครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของศีลธรรมอันดี

กลุ่มของเครื่องหมายที่ไม่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 3

1) เป็นเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะของเครื่องหมาย

มาตรา 3(1) ได้บัญญัติให้เครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะของเครื่องหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1(1) นั้นไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ เครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะ 3 ประการ คือ ไม่มีลักษณะเป็นเครื่องหมาย ไม่สามารถทำให้ปรากฏเป็นรูปภาพและไม่สามารถใช้ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของบุคคลหนึ่งกับสินค้าหรือบริการของอีกบุคคลหนึ่งได้ ย่อมไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 3(1) (เอ) ได้

นอกจากนี้ในมาตรา 3(2) ยังได้บัญญัติห้ามเครื่องหมายที่มีลักษณะ 3 ประการดังต่อไปนี้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าด้วย

1.1) เครื่องหมายที่ประกอบด้วยรูปร่างที่เป็นธรรมดาที่แสดงถึงลักษณะของสินค้า

การที่มาตรา 3(2) (เอ)[98] บัญญัติเรื่องลักษณะที่แสดงถึงรูปร่างที่เป็นธรรมดาที่แสดงถึงลักษณะของสินค้าต้องห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เนื่องจากรูปร่างที่เป็นธรรมดาที่แสดงถึงลักษณะของสินค้านั้นไม่สามารถใช้ในการแยกแยะสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งได้ รูปร่างธรรมดาของสินค้าเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการทุกรายจำเป็นต้องใช้กับสินค้านั้น การอนุญาตให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งสามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากับรูปร่างพื้นฐาน หรือรูปร่างที่เป็นธรรมดาของสินค้าที่จำเป็นต้องใช้ในการผลิตนั้นย่อมเป็นการทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นนั้นเสียเปรียบในการแข่งขันทางการค้า[99] ตัวอย่างเช่น การผลิตปากกาที่

---

(4) A trade mark shall not be registered if or to the extent that its use is prohibited in the United Kingdom by any enactment or rule of law or by any provision of Community law.

(5) A trade mark shall not be registered in the cases specified, or referred to, in section 4 (specially protected emblems).

(6) A trade mark shall not be registered if or to the extent that the application is made in bad faith. Specially protected emblems.

[98] 3.—

(2) A sign shall not be registered as a trade mark if it consists exclusively of—

(a) the shape which results from the nature of the goods themselves,

[99] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 808.

จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นแท่งทรงกลมยาว ซึ่งผู้ผลิตปากกาทุกรายจำเป็นต้อองมีพื้นฐานทางรูปทรงเป็นทรงกลมเช่นนี้ ผู้ผลิตปากการายหนึ่งย่อมไม่สามารถจดทะเบียนรูปทรงกลมของปากกาได้ เนื่องจากรูปทรงกลมของปากกานั้นเป็นรูปทรงพื้นฐานที่จำเป็นต้องใช้ในการผลิตปากกา

1.2) เครื่องหมายที่ประกอบด้วยรูปร่างของสินค้าที่จำเป็นต่อการได้มาซึ่งผลลัพธ์ทางเทคนิค

รูปร่างของสินค้าที่จำเป็นต่อการได้มาซึ่งผลลัพธ์ทางเทคนิคไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ตามมาตรา 3(2) (บี)[100] บทบัญญัติในข้อนี้เถือเป็นรูปร่างที่เอื้อประโยชน์ต่อการทำงานของสินค้าเป็นหลัก กล่าวคือ หากสินค้านั้นไม่มีลักษณะรูปร่างเช่นนี้จะไม่สามารถทำงานได้ ลักษณะนี้จะเรียกว่า “หลักการสำคัญในการทำงาน” เช่น รูปร่างของภาชนะหรือขวดที่ใช้ใส่ของเหลว ช่องหรือรูที่อยู่ที่ภาชนะนั้นเป็นส่วนที่ทำให้ของเหลวสามารถออกจากภาชนะได้ ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะสำคัญและจำเป็นของภาชนะที่ไว้สำหรับใช้บรรจุของเหลว ลักษณะเช่นนี้ไม่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากเป็นลักษณะสำคัญที่จำเป็นทางเทคนิคของสินค้าเพื่อใช้สำหรับผลิตสินค้านั้น ไม่ควรให้บุคคลใดสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า[101]

นอกจากนี้เครื่องหมายที่ประกอบด้วยรูปร่างของสินค้าที่จำเป็นต่อการได้มาซึ่งผลลัพธ์ทางเทคนิคนั้นยังหมายความรวมถึงรูปร่างของสินค้าที่ใช้เพื่อความสะดวกในการเก็บรักษา หรือใช้ในการขนส่งของสินค้า หรือเพื่อให้ง่ายต่อการใช้งานของผู้ใช้ด้วย ซึ่งจะเรียกลักษณะเหล่านี้ว่า “ลักษณะความสะดวกแห่งการใช้”[102]

1.3) เครื่องหมายที่ประกอบด้วยรูปร่างที่บ่งบอกถึงคุณค่าที่สำคัญของสินค้า มาตรา 3(2) (ซี)[103] ได้บัญญัติห้ามมิให้เครื่องหมายที่ประกอบด้วยรูปร่างที่บ่งบอกถึงคุณค่าที่สำคัญของสินค้าจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เนื่องจากการอนุญาตให้เครื่องหมายที่เป็นรูปร่างที่บ่งบอกถึงคุณค่าสำคัญของสินค้าสามารถจดทะเบียนได้จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะใช้สิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้

---

[100] 3.—

(2) A sign shall not be registered as a trade mark if it consists exclusively of—

(b) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result, or

[101] มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 224.

[102] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 810.

[103] 3.—

(2) A sign shall not be registered as a trade mark if it consists exclusively of—

(c) the shape which gives substantial value to the goods.

เครื่องหมายการค้านั้นกับสินค้าของตนซึ่งเป็นการทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าของตนมากกว่าสินค้าของผู้ผลิตอีกรายหนึ่ง เพราะเกิดความเชื่อมั่นในคุณค่าของสินค้านั้นจากตัวเครื่องหมายการค้าดังกล่าว ตัวอย่างเช่น รูปร่างของขวด Coca-Cola นั้นจะเห็นได้ว่ารูปร่างของขวดนั้นไม่ได้แสดงให้ถึงคุณค่าของสินค้าที่บรรจุอยู่ภายในขวดแต่อย่างใด เนื่องจากสิ่งที่แสดงถึงคุณค่าของสินค้าคือรสชาติของน้ำอัดลมที่อยู่ในขวด รูปร่างของขวดเป็นเพียงการแสดงสัญลักษณ์ในการแยกแยะสินค้าของผู้ผลิต Coca-Cola กับผู้ผลิตรายอื่นเท่านั้น ดังนั้นรูปทรงของขวด Coca-Cola จึงไม่ใช่รูปร่างที่แสดงถึงคุณค่าของสินค้า[104]

2) เป็นเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ

มาตรา 3 (บี) – (ดี) ได้บัญญัติห้ามมิให้เครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งสามารถแยกหลักการพิจารณาได้ออกเป็นอนุมาตราดังนี้

อนุมาตรา (บี) เครื่องหมายการค้าที่ขาดลักษณะบ่งเฉพาะ ลักษณะบ่งเฉพาะนี้ศาล ECJ ได้ให้ความหมายไว้ดังนี้ “สำหรับเครื่องหมายการค้าทั้งหมด เครื่องหมายการค้านั้นต้องสามารถที่จะแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าดั้งเดิมของผู้ผลิตรายหนึ่งกับสินค้าพิเศษของผู้ผลิตอีกรายหนึ่งออกจากกันได้ การแยกแยะความแตกต่างของผู้ผลิตรายหนึ่งออกจากอีกรายหนึ่งได้เช่นนี้ถือว่าเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ” จากความหมายที่ศาล ECJ ให้ไว้ดังกล่าวการมีลักษณะบ่งเฉพาะจึงขึ้นอยู่กับความเกี่ยวของและเข้าใจในตัวสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคว่าสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการออกจากกันได้หรือไม่[105] หากผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการนั้นออกจากกันได้โดยการใช้เครื่องหมายการค้านั้น เครื่องหมายการค้าดังกล่าวก็ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ ทั้งนี้เครื่องหมายการค้านั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ การใช้ความคิดสร้างสรรค์ความพิเศษ หรือแม้กระทั้งศิลปะ[106] ลักษณะบ่งเฉพาะตามอนุมาตรานี้นั้นหมายความถึง ลักษณะบ่งเฉพาะในตนเองและลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้[107] ดังจะเห็นได้จากความหมายตามที่ศาล ECJ ให้ไว้ดังกล่าวข้างต้นที่ถือว่าเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะนั้นเป็นเครื่องหมายการค้าที่ผู้บริโภคสามารถจำและใช้เครื่องหมายนั้นในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าจากผู้ผลิตรายหนึ่งกับผู้ผลิตอีกรายหนึ่งได้ โดยถือเอาความจำและเข้าใจของผู้บริโภคเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ จากการพิจารณาความเข้าใจของผู้บริโภคนี้เองที่ทำให้เครื่องหมายการค้านั้นสามารถเกิดลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ได้ โดยเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตนเอง

---

[104]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 226.

[105]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 822.

[106]Ibid.

[107]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 218.

อนุมาตรา (ซี) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นชนิด คุณภาพ ปริมาณ วัตถุประสงค์ของการใช้ คุณค่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เวลาในการผลิตสินค้าหรือเสนอบริการ หรือลักษณะอื่นใดของสินค้าหรือบริการที่มีการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการดังกล่าว ลักษณะในอนุมาตรานี้สามารถเรียกอีกชื่อหนึ่งได้ว่าเป็นการปกป้องหน้าที่ในการใช้งาน (Protective Function) หลักเกณฑ์ในข้อนี้เกิดขึ้นเนื่องจากลักษณะของกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยกฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นให้สิทธิแต่ผู้เดียวแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในการใช้ หากมีการอนุญาตให้สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการบรรยายตัวของสินค้าหรือบริการ หรือจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะทั่วไปได้ ก็จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าขึ้น ตัวอย่างเช่น หากอนุญาตให้สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากับคำว่า องุ่นซึ่งใช้สำหรับผลไม้องุ่นได้ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าองุ่นก็มีสิทธิที่จะห้ามผู้แข่งขันรายอื่นใช้คำว่า องุ่นกับผลไม่องุ่น ซึ่งคำว่าองุ่นนี้เป็นชื่อธรรมดาของผลไม้ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้แข่งขันรายอื่น แต่หากคำว่า องุ่นนี้นำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ากับเครื่องใช้ไฟฟ้า เช่นนี้สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากไม่ใช่คำที่เป็นธรรมดาหรือบรรยายลักษณะของสินค้า[108]

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการนี้ จะใช้กับภาพรวมของเครื่องหมายทั้งเครื่องหมาย เนื่องจากบทบัญญัติในอนุมาตรานี้ใช้คำว่า “exclusively” ซึ่งหมายความถึงลักษณะโดยรวมของเครื่องหมายนั้นทั้งหมด หากเครื่องหมายนั้นมีลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการแต่เพียงบางส่วน ก็ยังคงสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้หากเครื่องหมายนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดีถึงแม้ว่าเครื่องหมายการค้านั้นจะมีลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการแต่เพียงบางส่วน แต่หากเครื่องหมายการค้านั้นถึงแม้จะมีการใช้จนมีลักษณะบ่งเฉพาะแล้วแต่ลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการยังคงอยู่ เครื่องหมายนั้นก็ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้[109]

นอกจากนี้ในอนุมาตรา (ซี) ยังได้บัญญัติถึงเครื่องหมายที่มีลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการไว้อย่างกว้างด้วย โดยให้เครื่องหมายที่มีคุณลักษณะอื่นของสินค้าหรือบริการ นอกเหนือจากชนิด คุณภาพ ปริมาณ วัตถุประสงค์ของการใช้ คุณค่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เวลาที่ผลิตสินค้าหรือเสนอบริการ ถือว่าเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการด้วย เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาอย่างกว้างถึงลักษณะที่บ่งบอกถึงตัวของสินค้าหรือบริการไว้ซึ่ง

---

[108] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 832.

[109] มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 219.

อาจเกิดลักษณะในการบรรยายถึงตัวของสินค้าหรือบริการใหม่ ๆ ในอนาคต[110] ซึ่งศาลในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ตัดสินคดีโดยใช้หลักการในข้อนี้พิจารณาในคดีที่โจทก์ของจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าคำว่า “Stinky” ซึ่งแปลว่ากลิ่นเหม็นโดยใช้กับสินค้าที่เป็นยากำจัดศัตรูพืช โดยศาลได้ตัดสินว่าคำว่า “Stinky” นี้เป็นคำที่บรรยายถึงลักษณะสำคัญของยากำจัดศัตรูพืชซึ่งส่งผลให้เห็นประสิทธิภาพในการใช้กำจัดศัตรูพืช[111]

อนุมาตรา (ดี) เป็นเครื่องหมายที่กลายเป็นปกติหรือเป็นเครื่องหมายสามัญ ศาล ECJ ได้ให้เหตุผลที่เครื่องหมายที่กลายเป็นปกติหรือเป็นเครื่องหมายสามัญนั้นไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากเครื่องหมายการค้าดังกล่าวนั้นขาดลักษณะในการแยกความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตรายหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตอีกรายหนึ่ง เพราะเครื่องหมายการค้านั้นกลายเป็นเครื่องหมายที่เป็นปกติวิสัยหรือเป็นเครื่องหมายสามัญที่บุคคลทั่วไปใช้แล้ว ซึ่งการที่เครื่องหมายนั้นกลายเป็นเครื่องหมายปกติหรือเครื่องหมายสามัญไปแล้วก็ควรที่จะให้ผู้อื่นมีสิทธิในการใช้

เครื่องหมายสามัญนั้นคือ เครื่องหมายที่แต่เดิมนั้นเป็นเครื่องหมายที่ลักษณะเฉพาะ แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปเครื่องหมายดังกล่าวกลายเป็นเครื่องหมายที่ใช้บ่งบอกถึงประเภทหรือชนิดของสินค้าหรือบริการมากกว่าที่จะใช้แยกแยะระหว่างสินค้าของผู้ผลิตรายหนึ่งออกจากผู้ผลิตอีกรายหนึ่ง ตัวอย่างเช่นเครื่องหมายการค้า LINOLEUM, YO-YO, ASPIRIN, และ CELLOPHANE ที่กลายเป็นเครื่องหมายสามัญซึ่งทำให้ขาดคุณลักษณะในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตรายหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตอีกรายหนึ่ง[112]

อย่างไรก็ดีแม้ว่าเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นปกติหรือเป็นเครื่องหมายสามัญทั้งหมดในเครื่องหมายนั้นต้องห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าก็ตาม แต่หากเครื่องหมายการค้าที่จะนำมาจดทะเบียนนั้นมีการใช้เครื่องหมายที่ถูกใช้จนกลายเป็นปกติหรือเป็นเครื่องหมายสามัญเป็นส่วนประกอบหนึ่งของเครื่องหมายการค้านั้น เครื่องหมายการค้าดังกล่าวก็ยังคงสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากเครื่องหมายนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้หรือลักษณะบ่งเฉพาะในตนเองก็ตาม[113]

---

[110]เรื่องเดียวกัน.

[111]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 835.

[112]Ibid, 839-840.

[113]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 219-220.

3) เป็นเครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของศีลธรรมอันดี ในมาตรา 3(3)(เอ) – (บี)[114] ได้วางหลักเกณฑ์ของเครื่องหมายการค้าที่ต้องห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าไว้ โดยเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดี หรือเป็นการหลอกลวงสาธารณชนนั้นห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นนอกจากจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย มีลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว เครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะต้องเป็นเครื่องหมายที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของศีลธรรมอันดี ซึ่งประกอบด้วยการไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ศีลธรรม รวมไปถึงไม่เป็นเครื่องหมายที่หลอกลวงสาธารณชนด้วย

นอกจากนี้ในมาตรา 3(5)-(6)[115] ยังได้บัญญัติห้ามมิให้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 และเครื่องหมายที่สร้างขึ้นด้วยเจตนาทุจริตห้ามจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าอีกด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปหลักเกณฑ์ของการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษได้คือ สิ่งที่สามารถจะนำมาขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย ต้องสามารถทำให้ปรากฏเป็นรูปภาพได้และต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างของเครื่องหมายออกจากกันได้ โดยนอกจากสิ่งที่จะนำมาขอจดทะเบียนนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายแล้ว เครื่องหมายดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามด้วย กล่าวคือ จะต้องไม่เป็นเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะของเครื่องหมาย ต้องไม่เป็นเครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ และต้องไม่เป็นเครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย หากเครื่องหมายใดไม่มีลักษณะดังที่กล่าวมาข้างต้นก็สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้

---

[114] 3. —

(3) A trade mark shall not be registered if it is—

(a) contrary to public policy or to accepted principles of morality, or

(b) of such a nature as to deceive the public (for instance as to the nature, quality or geographical origin of the goods or service).

[115] 3. —

(5) A trade mark shall not be registered in the cases specified, or referred to, in section 4 (specially protected emblems).

(6) A trade mark shall not be registered if or to the extent that the application is made in bad faith.

4.2.3.2 ระบบการลวงขาย (Passing Off)

ประเทศอังกฤษนั้นมีระบบที่ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าสองระบบ คือ ระบบเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน และระบบการลวงขาย (Passing Off) ระบบการลวงขายนั้นเป็นระบบที่อยู่ในกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ใช้เพื่อป้องกันความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า โดยระบบการลวงขายนี้มีการให้ความคุ้มครองที่กว้างกว่าระบบของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ซึ่งการลวงขายนี้ให้ความคุ้มครองตั้งแต่ วิธีการทางธุรกิจ Get-Up กลยุทธ์ทางการตลาด การโฆษณาชื่อหรือสัญลักษณ์ รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังไม่ได้ยื่นขอจดทะเบียน หรือเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถขอจดทะเบียนได้ เป็นต้น[116]

หลักการลวงขายนั้นเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในคดีของ JG v. Samford ซึ่งหลักการลวงขายในคดีนี้ศาลได้วางหลักของกฎหมายคอมมอนลอว์ไว้ว่า การลวงขายนั้นต้องประกอบด้วยการหลอกลวงและการสับสนหลงผิด ซึ่งต่อมาได้มีการอธิบายการสับสนหลงผิดไว้ด้วยว่าคือ การที่บุคคลใดพูดหรือกระทำการใด ๆ ด้วยการแนะนำ หรือกล่าวเท็จเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของตนว่าเป็นสินค้าหรือบริการของโจทก์ ซึ่งศาลเชื่อว่าสิทธิในชื่อหรือเครื่องหมายของสินค้าหรือบริการของโจทก์นั้นเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน ต่อมาศาลได้ปฏิเสธว่าสิทธิในเครื่องหมายหรือชื่อของสินค้าหรือบริการนั้นไม่ใช่สิทธิในทางทรัพย์สิน หากแต่เป็นสิทธิในทางค่านิยม (Goodwill) ซึ่งหลักของสิทธิในค่านิยมนี้ได้ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องการลวงขายมาจนถึงปัจจุบัน[117]

ในปัจจุบันการลวงขายนั้นใช้ในการให้ความคุ้มครองครอบคลุมในเรื่องของการหลอกลวงในการขายสินค้าหรือบริการ ตัวอย่างเช่น การหลอกลวงเรื่องของคุณภาพของสินค้าหรือบริการ การหลอกลวงว่าสินค้าหรือบริการนั้นเป็นสินค้าหรือบริการของตน รวมไปจนถึงการหลอกลวงในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสินค้าหรือบริการแก่บุคคลอื่น เป็นต้น[118] การที่หลักการลวงขายสามารถให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงชื่อเสียงทางธุรกิจ กลยุทธ์ทางการตลาด วิธีการทางธุรกิจ รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนด้วยนั้น ผู้ที่จะกล่าวอ้างสิทธิในการฟ้องร้องคดีเรื่องการลวงขายนั้นจึงต้องสามารถพิสูจน์หลักฐานให้ศาลเห็นได้ว่ามีการละเมิดสิทธิใน Goodwill ของโจทก์มากเพียงใด จึงทำให้เกิดองค์ประกอบในการพิสูจน์การลวงขายดังนี้

---

[116]มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 227.

[117]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 726-727.

[118]Ibid.

หลักเกณฑ์ในการพิสูจน์การลวงขาย

หลักเกณฑ์ในเรื่องการลวงขายนี้เกิดขึ้นมาจากคดี Warnink v. Townend หรือที่รู้จักกันในนามของ Advocaat ค.ศ. 1979 ซึ่งเป็นคดีที่ศาลได้วางหลักเกณฑ์ในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำแบบใดเป็นการลวงขาย ผู้ที่ต้องการกล่าวอ้างว่าตนมีสิทธิในชื่อเสียงทางการค้า วิธีทางธุรกิจ รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้นจะต้องสามารถพิสูจน์ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ได้ทุกข้อจึงจะถือว่าเป็นการลวงขาย[119]

1) ต้องพิสูจน์ว่าสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้างนั้นมีค่านิยมทางการค้า (Goodwill)[120]

การที่ผู้กล่าวอ้างจะสามารถกล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลยเป็นการลวงขายนั้น นอกจากจะต้องพิสูจน์ในข้อเท็จจริงที่ว่าผู้บริโภคสับสนในแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการแล้ว ผู้กล่าวอ้างยังต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยว่าสินค้าหรือบริการของตนนั้นมีค่านิยมทางการค้า (Goodwill)

Lord Macnaghten ได้ให้คำนิยามของ Goodwill ไว้ในคดี IRC v. Muller&Co.'s Margarine ไว้ว่า Goodwill คือ ผลประโยชน์และข้อได้เปรียบของการมีชื่อเสียง การมีกิติศัพท์ที่ดี และชื่อเสียงนั้นมีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจ ซึ่ง Goodwill นั้นเป็นสิ่งที่ดึงดูดไปสู่ธรรมเนียมปฏิบัติ เป็นสิ่งที่ทำให้สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างธุรกิจที่ได้ก่อตั้งมานานกับธุรกิจที่เริ่มก่อตั้ง โดย Goodwill นั้นต้องเป็นสิ่งพิเศษที่มาจากภายในธุรกิจสู่ภายนอก อย่างไรก็ตาม การขยายวงกว้างหรือการกระจายอำนาจชักจูงนั้นอาจทำให้ Goodwill มีค่ามากยิ่งขึ้น หากอำนาจในการดึงดูดนั้นมีเพียงพอต่อการทำให้ลูกค้ากลับมาหาถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าจากสิ่งที่ปรากฏดังกล่าว[121]

Goodwill ที่เกี่ยวข้องกับ passing off นั้นมีได้หลากหลายรูปแบบ ทั้ง Goodwill ที่อยู่ในรูปแบบของชื่อ สัญลักษณ์ โลโก้ หรือสิ่งอื่นใดที่ผู้ประกอบการค้าใช้ในธุรกิจและสิ่งดังกล่าวนั้นสามารถเชื่อมโยงให้เห็นถึงธุรกิจของผู้ประกอบการได้ ซึ่ง Goodwill ในสัญลักษณ์ต่าง ๆ เหล่านี้จะมีอยู่ทั้งในทางตรงและทางอ้อม Goodwill ทางอ้อมนี้จะมีตั้งแต่ที่ปรากฏอยู่ในรูปของคำบรรยาย Get-up หีบห่อบรรจุภัณฑ์ รวมไปถึง Trade dress ในผลิตภัณฑ์ด้วย

Goodwill ที่อยู่ในรูปแบบของคำบรรยายนั้น ผู้ประกอบการค้าที่ต้องการพิสูจน์ว่าสินค้าหรือบริการของตนนั้นมี Goodwill จะต้องสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าคำบรรยายที่มี Goodwill นั้นเป็นคำบรรยายที่มี "ลักษณะเฉพาะในข้อเท็จจริง" หรือคำบรรยายนั้นต้องมี "secondary meaning" โดย ผู้ประกอบการจะต้องแสดงให้เห็นว่าคำบรรยายนั้นไม่ได้ใช้ในการหมายถึงตัวของสินค้าหรือบริการ

---

[119] Ibid, 728.

[120] Ibid.

[121] มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 230.

แต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าคำบรรยายนั้นบ่งบอกให้เห็นถึงที่มาของสินค้าหรือบริการได้ด้วย ซึ่งการบ่งบอกให้เห็นถึงที่มาของสินค้าหรือบริการนี้เป็นสิ่งที่สำคัญต่อการแสดงให้เห็นว่าคำบรรยายนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะจากแหล่งกำเนิด ในการพิสูจน์ว่า Goodwill นั้นมี secondary meaning หรือไม่สามารถแสดงได้ด้วยการเสนอพยานหลักฐาน ตัวอย่างเช่น ระยะเวลาในการใช้และจำนวนเงินหรือการโฆษณาเป็นต้น

Goodwill ที่เกี่ยวกับหีบห่อผลิตภัณฑ์ get-up และ trade dress Goodwill ที่จะได้รับความคุ้มครองจาก passing off นี้จะต้องมีลักษณะพิเศษที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้จากลักษณะภายนอกของสินค้าหรือบริการมากกว่าจากคำ โดยผู้ร้องจะต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่า สาธารณชนสามารถจดจำลักษณะภายนอกของสินค้าหรือบริการ (get-up) ที่มีลักษณะบ่งเฉพาะของตนได้

บุคคลที่สามารถกล่าวอ้างว่าสินค้าหรือบริการของตนมี Goodwill ได้นั้นต้องเป็นบุคคลที่เป็นผู้ประกอบการค้า และบุคคลนั้นต้องประกอบการค้าด้วย

Goodwill นั้นจะเกี่ยวข้องกับหลักดินแดนด้วย โดยผู้กล่าวอ้างจำเป็นต้องพิสูจน์ได้ว่า Goodwill ของตนนั้นมีอยู่ในเขตอำนาจศาลที่ร้องขอ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องมีธุรกิจหรือกิจการตั้งอยู่ในเขตอำนาจศาลดังกล่าว และรวมไปถึง Goodwill ในระดับสากล กล่าวคือมีการขยายการให้ความคุ้มครองในเรื่อง Passing off แก่ธุรกิจที่มี Goodwill อยู่ในต่างประเทศที่มีการขอให้คุ้มครองตามหลักการลวงขายด้วย[122]

2) จำเลยต้องทำให้เกิดความสับสนหลงผิด ซึ่งเป็นการหลอกลวงสาธารณชน[123]

การสับสนหลงผิดเป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องการลวงขาย ซึ่งทำให้สามารถแยกแยะระหว่างหลักของการลวงขายออกจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมออกจากกัน การสับสนหลงผิดนี้จะเกี่ยวข้องกับการกระทำของจำเลยไม่ว่าจะเป็นการพูดหรือกระทำอย่างใด ๆ ก็ตาม เพื่อให้เชื่อได้ว่าสินค้าหรือบริการของจำเลยนั้นเป็นสินค้าหรือบริการของโจทก์ โดยการพูดหรือกระทำการอย่างใด ๆ นี้จะเกี่ยวข้องกับคุณภาพของสินค้าหรือบริการ หรือเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกันระหว่างจำเลยกับโจทก์และก่อให้เกิดความสับสนในตัวของสินค้าหรือบริการขึ้น การกระทำของจำเลยที่ถือว่าเป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดนั้นไม่สามารถแจกแจงอย่างละเอียดได้ว่าการกระทำใดถือเป็นการทำให้สับสนหลงผิด ซึ่งการสับสนหลงผิดนี้ต้องดูเป็นแต่ละกรณีไป ดังที่ Lord Parker ได้กล่าวในเรื่องการสับสนหลงผิดไว้ว่า “เป็นไปไม่ได้ที่จะแจกแจงหรือจำแนกสิ่งที่ผู้ประกอบการ

---

[122] เรื่องเดียวกัน, 231.

[123] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 745-765.

ค้าใช้ในการค้า...แต่มันขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี” จากคำกล่าวของ Lord Parker จึงเห็นได้ว่าการสับสนหลงผิดนั้นไม่สามารถที่จะชี้ให้ชัดว่าการกระทำใดเป็นการทำให้สับสนหลงผิด

การกระทำที่ถือว่าเป็นการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดนี้จะไม่ได้พิจารณาจากเจตนาของจำเลยว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดหรือไม่ แต่จะพิจารณาจากความสับสนหลงผิดของสาธารณชนเป็นหลัก กล่าวคือ แม้จำเลยจะกระทำการที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดโดยไม่มีเจตนาที่จะทำให้เกิดความสับสนหลงผิดก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชนก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวของจำเลยเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความสับสนหลงผิด อย่างเช่นในคดีของ Parker Knoll v. Knoll International คือนี้ Hans Knoll โจทก์ได้ก่อตั้งบริษัทผลิตเฟอร์นิเจอร์โดยใช้ชื่อว่า Knoll International. และจำเลยคือลุงของ Hans Knoll ได้ตั้งบริษัทผลิตเฟอร์นิเจอร์เช่นเดียวกัน โดยใช้ชื่อว่า Parker Knoll คดีนี้ศาลได้ตัดสินห้ามมิให้จำเลยใช้ชื่อว่า Parker Knoll แม้ว่าจำเลยจะมีสิทธิในการใช้ชื่อของตนเองในการตั้งเป็นชื่อทางการค้าก็ตาม แต่การใช้ชื่อดังกล่าวของจำเลยก่อให้เกิดความสับสนแก่สินค้าหรือบริการของโจทก์ จากคดีนี้จะเห็นได้ว่าแม้จำเลยจะไม่ได้มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในตัวของสินค้าของตนโดยจำเลยนั้นนำชื่อของตนเองมาใช้เป็นชื่อของสินค้านั้น แต่การตั้งชื่อตนเองของจำเลยนั้นก่อให้เกิดความสับสนแก่สาธารณชนว่าสินค้าเฟอร์นิเจอร์นั้นเป็นสินค้าเดียวกันกับสินค้าของโจทก์ จำเลยจึงไม่มีสิทธิในการใช้ชื่อตัวของจำเลยในการตั้งชื่อสินค้า

การสับสันหลงผิดนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ อาทิเช่น การสับสนหลงผิดในรูปแบบของคำ การกระทำให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้า คุณภาพ การแสดงว่าตนเป็นผู้แทนจำหน่ายสินค้าหรือบริการ การนำสินค้าของผู้กล่าวอ้างมาใส่ในภาชนะบรรจุของตนแล้วกล่าวอ้างว่าสินค้านั้นเป็นของตน (Reverse Passing Off) การโฆษณาที่ใกล้เคียงกัน เป็นต้น

การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดนั้น ศาลมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 8 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ความแข็งแกร่งของเครื่องหมายของผู้กล่าวอ้าง กล่าวคือ หากเครื่องหมายของผู้กล่าวอ้างมีลักษณะเฉพาะมากเท่าไร ศาลจะยิ่งพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการมากขึ้นเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในคดีของ Lego ที่เครื่องหมายของ Lego ที่มีชื่อและสีที่เป็นสวนพลาสติกนั้นมีความแข็งแรงทางสัญลักษณ์ ซึ่งทำให้ผู้อื่นที่ใช้ชื่อคล้ายกันมีความสับสนหลงผิด

(2) มีความคล้ายกับเครื่องหมายของจำเลย

(3) ธุรกิจของผู้กล่าวอ้างกับจำเลยมีความใกล้เคียงกัน

(4) ตำแหน่งที่ตั้งทางการค้าของธุรกิจของจำเลยและผู้กล่าวอ้างอยู่ใกล้เคียงกัน

(5) ลักษณะเฉพาะของตลาด

(6) ความตั้งใจของจำเลย ในการพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดนั้น แม้ว่าจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดของจำเลยก็ตาม หากผู้กล่าวอ้างสามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดของจำเลยได้ ก็จะทำให้การกระทำดังกล่าวถูกถือว่าเป็นการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดได้มากยิ่งขึ้น

(7) ไม่ว่าจำเลยจะยอมรับการกระทำดังกล่าวหรือไม่ และ

(8) ไม่ว่าจำเลยจะพยายามที่จะเลียนแบบหรือเสียดสีผู้กล่าวอ้าง

3) การสับสนหลงผิดดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายแก่ค่านิยมทางการค้า (Goodwill) ของผู้กล่าวอ้าง[124]

การก่อให้เกิดความเสียหายแก่ค่านิยมทางการค้านี้ถือเป็นปัจจัยที่สามที่ใช้ในการพิจารณาในเรื่องลวงขาย ซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการกระทำที่ทำให้เกิดความสับสนหลงผิดของจำเลยนั้นทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก แต่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริง เพียงแต่มีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นต่อ Goodwill ของโจทก์ก็เพียงพอแล้วที่จะเข้าปัจจัยในข้อนี้[125]

ความเสียหายนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท กล่าวคือ ความเสียหายที่ยังคงมีอยู่ต่อเนื่องของการค้าและผลกำไร ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ต่อการค้าและผลกำไร ความเสียหายต่อชื่อเสียง และความเสียหายจากการเสื่อมคุณค่าของเครื่องหมาย (Dilution)

1) ความเสียหายที่มีอยู่อย่างต่อเนื่องของการค้าและผลกำไร

ความเสียหายที่มีอยู่อย่างต่อเนื่องของการค้าและผลกำไรนี้เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการทำให้เกิดความสับสนในแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการ โดยการที่จำเลยนั้นผลิตสินค้าหรือบริการที่ใกล้เคียงกับสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้างหรือสินค้าหรือบริการนั้นเป็นสินค้าหรือบริการที่อยู่ในสาขาเดียวกันกับสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้าง อย่างเช่น การสูญเสียผลกำไรจากการจำหน่ายสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้าง เป็นต้น

2) ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ต่อการค้าและผลกำไร

ความเสียหายชนิดนี้เกิดขึ้นจากการที่จำเลยก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการแล้วส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้กล่าวอ้างในการที่คาดว่าจะได้รับผลกำไรจากการค้านั้นในอนาคต ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ต่อการค้าและผลกำไรนี้จะรวมถึงการสูญเสียโอกาสในทางธุรกิจที่

---

[124] Ibid, 768-771.

[125] มธุรส เจิมจันทร์โสภณ, **การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress)**, 234.

จะขยายกิจการไปยังสาขาใหม่ และการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้กล่าวอ้างด้วย

3) ความเสียหายต่อชื่อเสียง

ความเสียหายชนิดนี้ เป็นความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการนั้นก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบแก่ชื่อเสียงของผู้กล่าวอ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้สินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้างไม่สามารถที่จะแข่งขันทางการค้ากับสินค้าหรือบริการของจำเลยได้ โดยความเสียหายต่อชื่อเสียงนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อจำเลยได้ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการของสาธารณชน โดยทำให้สาธารณชนเชื่อว่าสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้างกับสินค้าหรือบริการของจำเลยมีความเกี่ยวข้องกัน ส่วนมากความเสียหายต่อชื่อเสียงของผู้กล่าวอ้างนี้มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่สินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้างมีคุณภาพดี โดยจำเลยได้กระทำการใด ๆ เพื่อที่จะทำลายชื่อเสียงในสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้าง

4) ความเสียหายจากการเสื่อมคุณค่าของเครื่องหมาย (dilution)

ความเสียหายชนิดนี้เกิดจากการที่จำเลยก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดซึ่งเป็นสาเหตุให้เครื่องหมายของผู้กล่าวอ้างกลายเป็นสิ่งที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือเป็นสิ่งปกติ โดยการกระทำของจำเลยเป็นการทำลายความสามารถของเครื่องหมายในการที่จะใช้เพื่อแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือคุณค่าของสินค้า การทำให้เกิดความสับสนหลงผิดของจำเลยนั้นเป็นการดึงเอาคุณสมบัติหรือ Goodwill ของเครื่องหมายของผู้กล่าวอ้างออกไป โดยการพิสูจน์ในเรื่องความเสียหายจากการเสื่อมคุณค่าของเครื่องหมายนี้จะใช้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่สาธารณชนไม่สับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการหรือการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดของจำเลยนั้นไม่ถึงกับขนาดที่ทำให้ผู้กล่าวอ้างสูญเสียชื่อเสียงไป

จากการศึกษาเรื่องหลักการลวงขาย (Passing Off) แล้วจะเห็นได้ว่าหลักการลวงขาย (Passing off) นั้นจะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าทั้งผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วและยังไม่ได้จดทะเบียน โดยหลักการลวงขาย (Passing Off) นี้จะให้ความคุ้มครองกว้างขวาง ครอบคลุมตั้งแต่วิธีการทางธุรกิจ Get-up กลยุทธ์ทางการตลาด การโฆษณาชื่อหรือสัญลักษณ์ รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ด้วย หากว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือกลยุทธ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการลวงขายเกิดขึ้น โดยใช้หลักเกณฑ์ 4 ประการคือ 1) สามารถพิสูจน์ได้ว่าสินค้าหรือบริการของผู้กล่าวอ้างนั้นมีค่านิยมทางการค้า (Goodwill) 2) จำเลยทำให้เกิดความสับสนหลงผิด ซึ่งเป็นการหลอกลวงสาธารณชน 3) การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของผู้กล่าวอ้างและ 4. ความเสียหายจากการกระทำนั้นเป็นความเสียหายโดยการทำให้เครื่องหมายการค้าของผู้กล่าวอ้างเสื่อมคุณค่าของเครื่องหมาย (Dilution)

4.2.4 กฎหมายความลับทางการค้า

ประเทศอังกฤษนั้นไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้ในเรื่องความลับทางการค้าโดยเฉพาะ แต่จะอาศัยการพัฒนาจากแนวคำพิพากษาของศาล โดยใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาใช้ในการปกป้องความลับทางการค้า จึงส่งผลให้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปกป้องความลับทางการค้ามีความกว้างและยืดหยุ่นสูงซึ่งหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการปกป้องความลับทางการค้านั้นจะขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี[126]

4.2.4.1 หลักกฎหมายที่ใช้ในการปกป้องความลับทางการค้า

การให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้าของประเทศอังกฤษนั้นส่วนใหญ่จะมีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายที่ใช้กับการละเมิด (Tort) การทำสัญญา (Contract) หลักสิทธิในทรัพย์สิน (Property) หรือหลักความเชื่อใจ (Confidential Relationship) แต่หลักกฎหมายเหล่านี้ล้วนมาจากหลักของความยุติธรรม (Equity) โดยสามารถแบ่งหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าได้เป็น 5 ประการ กล่าวคือ

1) หลักความไว้วางใจ (Confidential Relationship)

หลักความไว้วางใจนี้เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของประเทศอังกฤษที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้า โดยหลักความไว้วางใจนี้จะอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างผู้เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้ากับผู้รับข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้านั้น โดยผู้รับข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้านั้นมีหน้าที่ในการที่จะต้องปกป้องข้อมูลนั้นให้เป็นความลับ โดยผู้รับข้อมูลความลับนั้นจะต้องไม่ใช้หรืออนุญาตให้ใช้ข้อมูลความลับนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เปิดเผยข้อมูล และเมื่อใดที่ประโยชน์ระหว่างผู้เปิดเผยข้อมูลกับผู้รับข้อมูลขัดแย้งกัน ผู้รับข้อมูลจำเป็นจะต้องรักษาประโยชน์ของผู้เปิดเผยข้อมูลในข้อมูลความลับทางการค้านั้น ซึ่งหลักความไว้วางใจนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ผู้เปิดเผยข้อมูลมีความไว้เนื้อเชื่อใจหรือไว้วางใจบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นผู้รับข้อมูลความลับทางการค้าของตน หรือเมื่อผู้รับข้อมูลสามารถรู้หรือควรรู้ได้ว่าข้อมูลที่ผู้เปิดเผยข้อมูลให้แก่ตนนั้นควรจะต้องเก็บรักษาไว้เป็นความลับอย่างเช่นที่วิญญูชนทั่วไปจะสามารถคาดถึงได้

การที่หลักความไว้วางใจ (Confidential Relationship) นี้เกิดขึ้นจากความไว้วางใจของผู้เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับที่มีต่อบุคคลซึ่งเป็นผู้รับข้อมูลอันเป็นความลับของตนนี้เอง จึงทำให้บุคคลผู้รับข้อมูลความลับนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้อง ดูแล รักษาข้อมูลอันเป็นความลับนั้นมิให้ถูกเปิดเผย หลักความไว้วางใจนี้จึงครอบคลุมไปถึงบุคคลที่สามผู้ที่เป็นผู้ได้รับข้อมูลความลับทางการค้านั้นมาจากบุคคลผู้มีหน้าที่ที่จะต้องปกป้อง รักษาข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้านั้นด้วย ถ้าบุคคลที่

---

[126] อัจฉรา ประไพพักตร์, **ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของความลับทางการค้า: ศึกษากรณีการค้นพบโดยอิสระและการค้นพบโดยการทำวิศวกรรมย้อนกลับ** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552), 39.

สามซึ่งได้รับข้อมูลความลับทางการค้านั้นมาโดยสุจริต กล่าวคือ การรับข้อมูลความลับทางการค้านั้นมาโดยไม่ทราบ หรือควรทราบว่าข้อมูลความลับทางการค้านั้นเป็นความลับ บุคคลที่สามดังกล่าวก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปกป้อง รักษาข้อมูลนั้นให้เป็นความลับ แต่ถ้าบุคคลที่สามนั้นรู้หรือควรรู้ได้ว่าข้อมูลที่ตนได้รับมานั้นเป็นความลับทางการค้า บุคคลที่สามดังกล่าวนั้นก็มีหน้าที่ที่จะต้องปกป้อง รักษาข้อมูลนั้นเพื่อให้เป็นความลับทางการค้าต่อไปด้วย ตามหลักการของความไว้เนื้อเชื่อใจนั่นเอง[127]

2) หลักสัญญา (Contract)

หลักสัญญาที่นำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่ความลับทางการค้านี้จะสามารแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ เป็นกรณีที่เป็นสัญญาโดยชัดแจ้ง และเป็นกรณีที่สัญญาไม่ชัดแจ้ง

กรณีที่ 1 สัญญาโดยชัดแจ้งนั้นศาลสามารถตีความตามที่คู่ความกำหนดกันไว้ในสัญญาได้ ศาลสามารถบังคับตามเงื่อนไขในสัญญาได้ในทันทีไม่จำเป็นต้องอาศัยการตีความโดยปริยายแต่อย่างใด

กรณีที่ 2 กรณีที่สัญญานั้นไม่ได้ระบุให้มีการปกป้องความลับทางการค้าเอาไว้ กรณีนี้ศาลจำเป็นต้องอาศัยการตีความในสัญญาว่าสัญญานั้นมีจุดประสงค์เพื่อให้เก็บรักษาข้อมูลนั้นอย่างเป็นความลับด้วยหรือไม่ โดยการตีความตามสัญญาที่ไม่ได้ระบุเงื่อนไขในการเก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับนี้ ศาลต้องตีความเพื่อความจำเป็น “เพื่อให้นิติกรรมนั้นเกิดผลอันคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างชัดแจ้ง และเป็นผลที่หากไม่มีเสียแล้วจะทำให้สัญญานั้นไร้ผล” เช่นนี้ศาลจึงจะสามารถตีความในสัญญาที่ไม่ได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งได้[128]

3) หลักความยุติธรรม (Equity)

หลักความยุติธรรมนี้ ศาลจะใช้เป็นหลักกฎหมายเสริมในการชดใช้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายในกรณีที่ถูกละเมิดจากข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องรักษาความลับทางการค้า โดยในกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ศาลมีอำนาจในเรื่องของการละเมิดเพียงแค่การให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายจากการทำละเมิดเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจที่จะบังคับให้ผู้กระทำละเมิดหยุดกระทำการละเมิด ศาลจึงใช้หลักของความยุติธรรมเพื่อให้มีอำนาจในการบังคับให้ผู้กระทำละเมิดหยุดการกระทำละเมิดอันเป็นการเยียวยาแก่ผู้ถูกละเมิด ซึ่งศาลในประเทศอังกฤษก็ได้นำเอาหลักความยุติธรรมนี้มาใช้ในการละเมิดสัญญาที่มีข้อกำหนดให้ต้องเก็บรักษาข้อมูลให้เป็นความลับด้วย โดยศาลสามารถมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้กระทำละเมิดทำการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้านั้นได้

นอกจากนี้หลักความยุติธรรมยังสามารถใช้บังคับแก่บุคคลที่สามที่ได้รับข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้านั้นไปได้ด้วย ไม่ว่าบุคคลที่สามนั้นจะได้ข้อมูลนั้นมาด้วยความสุจริตหรือไม่ หากบุคคลที่สาม

---

[127] เรื่องเดียวกัน, 40-41.

[128] เรื่องเดียวกัน, 41.

นั้นได้รับข้อมูลมาด้วยความสุจริต ผู้ถูกละเมิดต้องมีหนังสือเตือนไปยังบุคคลที่สามเสียก่อน หากบุคคลที่สามไม่ปฏิบัติตามหนังสือเตือน ศาลจึงสามารถใช้หลักความยุติธรรมนี้ในการสั่งห้ามมิให้บุคคลที่สามเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้านั้นต่อไปได้[129]

4) หลักทรัพย์สิน (Property)

หลักทรัพย์สิน (Property) ถือเป็นหลักกฎหมายที่ศาลใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า โดยศาลใช้หลักนี้เพื่อปกป้องสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าและเพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการกำหนดมาตรการในเรื่องการเยียวยาและค่าเสียหายให้แก่ผู้เป็นเจ้าของความลับทางการค้า โดยศาลถือว่าความลับทางการค้านั้นถือเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ซึ่งทำให้ผู้เอาความลับทางการค้าไปอาจผิดอาญาฐานลักทรัพย์ได้ แต่อย่างไรก็ดี ความผิดฐานลักทรัพย์ในความลับทางการค้านั้นจะไม่รวมถึง การที่บุคคลได้ได้ความลับทางการค้าไปโดยการทำวิศวกรรมย้อนกลับ เนื่องจากในความลับทางการค้านั้นสามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับได้ หากการทำวิศวกรรมย้อนกลับนั้นเกิดจากการวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์ที่ได้วางจำหน่ายในท้องตลาดแล้ว และการค้นคว้าโดยอิสระ[130]

5) หลักกฎหมายเกี่ยวกับละเมิด (Tort)

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการละเมิดนั้น ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า แต่หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับละเมิดนี้จะมีขอบเขตในการใช้งานที่จำกัดกว่าหลักความยุติธรรม เนื่องจากการใช้หลักเรื่องการละเมิดนั้น บุคคลที่สามสามารถรับผิดในฐานละเมิดความลับทางการค้าได้ก็ต่อเมื่อ โจทก์สามารถพิสูจน์ศาลเห็นได้ว่าจำเลยผู้กระทำละเมิดความลับทางการค้านั้นรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดความลับทางการค้าของบุคคลอื่น แต่หลักความยุติธรรมนั้นบุคคลจะมีความรับผิดทันที่ที่ได้รับคำเตือน (Notice) จากเจ้าของความลับทางการค้าว่าตนกำลังกระทำละเมิดความลับทางการค้า โดยที่ไม่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าบุคคลที่สามจะทราบหรือไม่ทราบว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิดความลับทางการค้าของบุคคลอื่น อีกทั้งหลักการละเมิดนั้นโจทก์จำเป็นต้องแสดงหลักฐานให้เห็นว่าตนเองได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดดังกล่าว แต่หลักความยุติธรรมไม่จำเป็นต้องพิสูจน์หลักฐานว่าตนเสียหายจากการละเมิด[131]

จากการที่ประเทศอังกฤษไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องของความลับทางการค้าไว้โดยเฉพาะ และไม่ได้บัญญัติในเรื่องของความลับในสิทธิส่วนบุคคล (Confidence and private information) และความลับทางการค้าออกจากกันอย่างชัดเจนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การพิจารณาของศาลในเรื่องของความลับทางการค้าจึงขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี โดยศาลของประเทศอังกฤษจะถือเอาว่า

---

[129] เรื่องเดียวกัน, 42-43.

[130] เรื่องเดียวกัน, 44.

[131] เรื่องเดียวกัน, 44-45.

ความลับทางการค้านั้นเป็นสิ่งที่จะต้องให้ความคุ้มครองตาม “หลักของการรักษาความลับ (Law of Confidence)[132]

ผู้พิพากษา Megarry J ได้วางหลักในเรื่องของปัจจัยของการให้ความคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับเอาไว้ โดยจะเรียกว่า หลักการละเมิดการรักษาความลับ (breach of confidence) ไว้ในคดีของ Coco v. Clark โดยผู้เปิดเผยข้อมูลต้องสามารถพิสูจน์ได้ดังนี้

1) ข้อมูลดังกล่าวต้องมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นความลับ

2) ผู้รับข้อมูลนั้นมีหน้าที่จะต้องเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับและ

3) ผู้รับข้อมูลได้ใช้ข้อมูลความลับนั้นนอกเหนือไปจากที่ได้ตกลงกันไว้[133]

หลักของการรักษาความลับ (Law of Confidence)

หลักของการรักษาความลับ คือ หลักกฎหมายที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคนขึ้นไปในเรื่องของความลับ การที่บุคคลฝ่ายหนึ่ง (Confider) เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง (Confidant) ทราบ บุคคลฝ่ายที่เป็นผู้รับข้อมูลอันเป็นความลับนั้นจึงเกิดหน้าที่ที่จะต้องรักษาข้อมูลที่ได้รับมานั้นให้เป็นความลับ โดยไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้บุคคลอื่นล่วงรู้ (Obligation of Confidence)

การฟ้องร้องคดีในเรื่องของการรักษาความลับนี้จะเป็นการฟ้องร้องคดีโดยเป็นเรื่องของการละเมิดการรักษาความลับ (Breach of Confidence) ซึ่งการจะพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุแห่งคดีในเรื่องของการละเมิดความลับนี้ได้ จึงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ[134]

1) ผู้เปิดเผยข้อมูลต้องแสดงให้ผู้รับข้อมูลทราบว่า ข้อมูลที่ผู้เปิดเผยบอกให้ผู้รับข้อมูลทราบนั้นเป็นความลับ ซึ่งข้อมูลที่เป็นความลับนี้สามารถแสดงได้โดย ข้อมูลดังกล่าวต้องไม่เป็นข้อมูลที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้และข้อมูลนั้นต้องไม่ใช่ข้อมูลที่เป็นข้อมูลของสาธารณสมบัติ (Public Property) หรือต้องไม่เป็นข้อมูลที่เป็นที่รู้กันอยู่โดยทั่วไป (Public Knowledge)

2) ผู้เปิดเผยข้อมูลต้องแสดงให้ผู้รับข้อมูลทราบว่าการเปิดเผยข้อมูลความลับนั้น ทั้งการเปิดเผยโดยชัดแจ้ง (Explicitly) และโดยไม่ชัดแจ้ง (Implicitly) นั้นจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ผู้รับข้อมูลมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาข้อมูลความลับที่ได้รับมานั้นให้เป็นความลับอยู่ตลอดไป และผู้รับข้อมูลสามารถใช้ข้อมูลความลับที่ได้รับมาจากผู้เปิดเผยข้อมูลได้เพียงเฉพาะตามที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น ซึ่งในการตกลงให้

---

[132] พัลภา ชัยอาญา, **การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า : วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), 50.

[133] Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law,** 1008.

[134] พัลภา ชัยอาญา, **การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า : วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545**, 51-52.

ใช้ความลับกันระหว่างคู่สัญญานี้จึงเรียกว่า วัตถุประสงค์ที่จำกัดของการใช้ข้อมูล (Limited Purpose) ตัววัตถุประสงค์ที่จำกัดของการใช้ข้อมูล จึงเป็นตัวกำหนดหน้าที่ของผู้รับข้อมูลอันเป็นความลับนั้นให้หลีกเลี่ยงการใช้ข้อมูลในวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ทั้งนี้หน้าที่ตามวัตถุประสงค์ที่จำกัดของการใช้ข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลมีหน้าที่ต่อผู้เปิดเผยข้อมูลนั้นยังขยายหน้าที่นี้ไปยังบุคคลที่สาม (Third Parties) ผู้ที่ได้รับข้อมูลความลับนั้นจากผู้รับข้อมูลโดยละเมิดหน้าที่ต่อผู้เปิดเผยข้อมูลอีกด้วย

3) ผู้เปิดเผยข้อมูลต้องแสดงให้ศาลเห็นได้ว่า ผู้รับข้อมูลนั้นกระทำละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับต่อกันตามวัตถุประสงค์ที่จำกัดของการใช้ข้อมูลด้วย โดยต้องแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าผู้รับข้อมูลได้ใช้ข้อมูลความลับนั้นนอกเหนือไปจากหน้าที่ที่ได้ตกลงกันไว้ในวัตถุประสงค์ที่จำกัดของการใช้ข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เปิดเผยข้อมูลก่อน (An Unauthorized Use)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้เปิดเผยข้อมูลและผู้รับข้อมูลจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขครบทั้ง 3 ประการข้างต้นก็ตาม แต่ในการพิจารณาคดีนั้นศาลจะคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะควบคู่ไปด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้เปิดเผยข้อมูลมีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับข้อมูลต้องปฏิบัติตามที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่สมเหตุสมผล (An Unreasonable Restraint of Trade) ศาลสามารถนำประเด็นของการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผลนี้ไปใช้ในการพิจารณาคดีได้ เนื่องจากการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่สมเหตุสมผล ถือเป็นการกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของสาธารณะ ศาลจึงสามารถนำประเด็นดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดีได้เพื่อยังให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณี แม้ว่าผู้เปิดเผยข้อมูลจะสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงเงื่อนไขครบทั้ง 3 ประการข้างต้นก็ตาม[135]

หน้าที่ในการรักษาความลับ (Obligation of Confidence)

การที่หลักการในการรักษาความลับ (Law of Confidence) นั้นมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความสัมพันธ์กันระหว่างผู้เปิดเผยข้อมูลกับผู้รับข้อมูลในลักษณะที่ผู้รับข้อมูลมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาข้อมูลที่ตนได้รับมาจากผู้เปิดเผยข้อมูลให้เป็นความลับตลอดช่วงระยะเวลาหนึ่งนั้น หน้าที่ในการรักษาความลับจึงอาจเกิดจากความสัมพันธ์ 2 ประการ คือ

1) หน้าที่ที่เกิดจากความสัมพันธ์โดยตรง (Direct Relationship)

หน้าที่ที่เกิดจากความสัมพันธ์โดยตรงนี้อาจเกิดจากข้อสัญญาทั้งสัญญาโดยชัดแจ้งและสัญญาโดยปริยาย ตัวอย่างเช่น สัญญาให้ใช้สิทธิในเทคนิค ที่มีการตกลงกันระหว่างผู้ให้ใช้ข้อมูลกับผู้รับข้อมูลให้มีหน้าที่ในการรักษาข้อมูลความลับโดยชัดแจ้ง หรือสัญญาระหว่างธนาคารกับลูกค้า ที่ไม่ได้มีการตกลงให้รักษาความลับไว้โดยชัดแจ้ง แต่ธนาคารย่อมมีหน้าที่ในการรักษาความลับของลูกค้าโดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันไว้ในสัญญาแต่อย่างใด หรือเกิดจากความสัมพันธ์ในหน้าที่หรือจากความ

---

[135] เรื่องเดียวกัน.

ซื่อสัตย์สุจริต (A Fiduciary Relationship) คือ ความสัมพันธ์ที่เกิดจากบุคคลหนึ่งมีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นตามหลักความยุติธรรม เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง เป็นต้น[136]

2) ความสัมพันธ์กับบุคคลที่สามผู้รับข้อมูล (Third-parties Recipients)

กรณีนี้เป็นกรณีที่ความสัมพันธ์ในหน้าที่ที่จะต้องรักษาข้อมูลความลับนั้นเกิดขึ้นแก่บุคคลที่สาม กล่าวคือ บุคคลที่สามผู้ที่ได้รับข้อมูลไปจากผู้รับข้อมูลนั้นย่อมมีหน้าที่ในการรักษาข้อมูลความลับนั้นด้วย เปรียบเสมือนเป็นผู้รับข้อมูลเสียเอง โดยหน้าที่ของบุคคลที่สามนี้ ศาลจะให้หลักความยุติธรรมในการพิจารณา โดยหน้าที่ในการรักษาข้อมูลของบุคคลที่สามนั้นจะเกิดขึ้นได้เป็น 2 กรณีคือ

2.1 กรณีที่บุคคลที่สามนั้นรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลเปิดเผยแก่ตนนั้นเป็นความลับ กรณีนี้บุคคลที่สามย่อมเกิดหน้าที่ในการรักษาข้อมูลนั้นให้เป็นความลับทันที

2.2 กรณีที่บุคคลที่สามไม่รู้ในขณะที่ได้รับข้อมูลความลับนั้นมาจากผู้รับข้อมูล กรณีนี้ศาลจะถือว่าหน้าที่ในการรักษาข้อมูลให้เป็นความลับของบุคคลที่สามนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อบุคคลที่สามนั้นได้รู้ว่าข้อมูลที่ตนได้รับมานั้นเป็นข้อมูลความลับ

การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

เนื่องจากความลับทางการค้านั้นใช้หลักการในการรักษาความลับทางการค้า ซึ่งเป็นหลักการที่บุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปมีความสัมพันธ์กันในการรักษาข้อมูลที่เป็นความลับ โดยข้อมูลที่เป็นความลับนี้จะมีขอบเขตที่กว้าง กล่าวคือ ข้อมูลที่เป็นความลับนี้หมายถึง ข้อมูลราชการ ข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลทางการค้า[137] ซึ่งอาจรวมไปถึงความคิดที่เป็นการสร้างเครื่องยึดพรมรุ่นใหม่ (New Type of Carpet Grip) ความคิดในการสร้างสรรค์รายการทีวี โครงสร้างพันธุกรรมของต้นไม้ สูตรยา รายชื่อลูกค้า ข้อมูลความลับ ความลับทางวัฒนธรรมของชนเผ่าอบอริจิน (Cultural and Religious Secrets of an Aboriginal Community) และรวมไปถึงรายงานการศึกษาเงื่อนไขของการจ้างงานของรัฐอีกด้วย จากข้อมูลที่ถือว่าเป็นความลับที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักการในการรักษาความลับที่มีความหลากหลายนี้เอง จึงทำให้สามารถสรุปได้ว่า ข้อมูลความลับนั้นไม่ได้จำกัดการให้ความคุ้มครองไว้แต่เพียงข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของข้อมูลที่จับต้องได้เท่านั้น แต่ยังให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลที่ถือว่าเป็นความลับที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบอื่นด้วย ตัวอย่างเช่น ข้อมูลความลับที่ปรากฏอยู่ในรูปของงานเขียน การวาดรูป ภาพวาด ภาพถ่าย สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ หรือข้อมูลความลับที่ถูกถ่ายทอดออกมาทางวาจา ดังนั้นข้อมูลความลับนั้นจึงไม่จำกัดการให้ความคุ้มครองอยู่แต่เพียงข้อมูลที่ปรากฏเป็นรูปร่างอย่างถาวร แต่ยังให้ความคุ้มครองถึงข้อมูลความลับที่ไม่มีรูปร่างได้อีกด้วย ข้อมูลความลับจึงสามารถเป็นได้ทั้งข้อมูล

---

[136] เรื่องเดียวกัน.

[137] เรื่องเดียวกัน, 55.

ความลับที่อยู่ในรูปของการเขียน วาจา รหัสลับ รูปแบบทางกายภาพแบบอื่น เช่น โครงสร้างทางพันธุกรรมของต้นไม้ รูปร่างของผลิตภัณฑ์ สูตร แผน รวมไปถึงรูปภาพร่างได้อีกด้วย[138]

การที่ข้อมูลความลับทางการค้านั้นอยู่ภายใต้หลักการในการรักษาความลับนี้เอง การฟ้องร้องคดีว่ามีการละเมิดข้อมูลความลับทางการค้าเกิดขึ้นนั้นจึงต้องฟ้องร้องคดีโดยผ่านหลักการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ (Breach of Confidence) ซึ่งผู้กล่าวอ้างว่าตนได้รับความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับนั้นจำเป็นต้องพิสูจน์ในศาลเห็นได้ว่า ข้อมูลของตนนั้นเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาข้อมูลที่ได้รับไปนั้นให้เป็นความลับ และผู้กระทำละเมิดได้เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับนั้นนอกเหนือไปจากที่ได้ตกลงกันไว้

งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมร้านอาหารที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศอังกฤษนี้ คือ สูตรอาหาร ซึ่งมีคดีเกี่ยวกับสูตรอาหารที่สามารถได้รับความคุ้มครอง ดังนี้

“คดี Morison v. Moat (1851) 9 Hare 241 โดยศาลได้มีคำพิพากษาว่า สูตรลับในการปรุงอาหารที่เจ้าของร้านบอกให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทราบโดยความไว้เนื้อเชื่อใจนั้นได้รับความคุ้มครองจากถูกเปิดเผยข้อมูลความลับ การที่ที่ผู้เป็นหุ้นส่วนนำไปเปิดเผยให้บุตรชายของตนทราบ บุตรชายของผู้เป็นหุ้นส่วนต้องถูกสั่งห้ามมิให้ได้ประโยชน์จากการใช้สูตรลับอันได้มาจากการผิดหน้าที่แห่งความไว้เนื้อเชื่อใจนี้”[139]

จากการศึกษากฎหมายความลับทางการค้าข้างต้นนั้นสามารสรุปได้ว่าประเทศอังกฤษนั้นไม่ได้มีหลักกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องของการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีการนำหลักการละเมิดการรักษาความลับ (Breach of Confidence) มาใช้ในการให้ความคุ้มครองข้อมูลความลับทางการค้า โดยผู้เปิดเผยข้อมูลต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่า ข้อมูลนั้นมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นความลับ ผู้รับข้อมูลนั้นมีหน้าที่ต้องเก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับและผู้รับข้อมูลได้ใช้ข้อมูลความลับนั้นนอกเหนือไปจากที่ตกลงกัน โดยข้อมูลความลับนั้นมีขอบเขตครอบคลุมที่กว้าง โดยข้อมูลความลับนั้นจะหมายถึง ข้อมูลราชการ ข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลทางการค้า สูตรยา ความคิดสร้างสรรค์รายการทีวี โครงสร้างพันธุ์พืช รายชื่อลูกค้า และรวมไปถึงรายงานการศึกษาเงื่อนไขของการจ้างงานของรัฐอีกด้วย

---

[138]Bently, L., & Sherman, B., **Intellectual Property Law**, 1010.

[139]พัลภา ชัยอาญา, **การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า : วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545**, 56.

กฎหมายสิทธิบัตรออกแบบผลิตภัณฑ์

ประเทศอังกฤษนั้นได้ให้ความคุ้มครองแก่งานออกแบบผลิตภัณฑ์ไว้ใน Copyright, Designs and Patent Act 1988 โดยให้ความคุ้มครองแก่งานออกแบบผลิตภัณฑ์ไว้เป็น 3 หลักเกณฑ์ คือ

1) การให้ความคุ้มครองงานออกแบบผลิตภัณฑ์โดยการจดทะเบียน (Registered Design System) แต่เดิมประเทศอังกฤษได้มีการใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองงานออกแบบผลิตภัณฑ์ไว้ใน Registered Designs Act 1949 (RDA) โดยให้คำนิยามของการออกแบบผลิตภัณฑ์ไว้ดังนี้ “การออกแบบผลิตภัณฑ์ คือ ลักษณะของรูปทรง ลักษณะของรูปร่างภายนอก แผนแบบ หรือสิ่งประดับตกแต่งที่เป็นสิ่งที่ใช้ประโยชน์โดยกรรมวิธีด้านอุตสาหกรรม ที่มีลักษณะทำเสร็จแล้วที่สามารถพิจารณาและตัดสินได้จากสายตา...” ซึ่งต่อมา RDA นี้ได้ถูกแก้ไขในปีค.ศ. 2003 เนื่องจากการรวมตัวเข้าเป็นสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษจึงได้รับเอาคำนิยามของคำว่า การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ใช้สำหรับสหภาพยุโรปมาใช้แทน RDA 1949 ทั้งนี้การให้ความคุ้มครองงานออกแบบผลิตภัณฑ์โดยการจดทะเบียนนั้นให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบที่ใช้สำหรับผลิตภัณฑ์ Designs Regulation Art. 3 No.6/2002[140] ได้ให้คำนิยามของการออกแบบผลิตภัณฑ์ไว้ดังนี้

“การออกแบบ (Design) ไว้ว่า คือ รูปลักษณะภายนอกที่ปรากฏทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งของผลิตภัณฑ์ที่เป็นผลมาจากลักษณะของผลิตภัณฑ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตัวของสินค้า ลักษณะทั่วไป สี รูปร่าง โครงสร้างพื้นฐาน หรือวัตถุดิบที่ใช้สำหรับผลิตภัณฑ์หรือใช้สำหรับการตกแต่งผลิตภัณฑ์”

“ผลิตภัณฑ์ หมายถึง สินค้าใด ๆ ที่มาจากการผลิตทางอุตสาหกรรมหรือหัตถกรรมที่ไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งผลิตภัณฑ์หมายถึง หีบห่อบรรจุภัณฑ์ Get-up สัญลักษณ์กราฟฟิค แม่พิมพ์ และส่วนอื่นที่นำมาประกอบเป็นผลิตภัณฑ์”

จาก Designs Regulation Art. 3 No.6/2002 จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองแก่งานออกแบบผลิตภัณฑ์ของประเทศอังกฤษหลังจากรวมเข้าเป็นสหภาพยุโรปนั้นจะมีความหมายถึงการออกแบบที่ใช้สำหรับผลิตภัณฑ์ทั้งที่เป็นการผลิตในอุตสาหกรรมหรือหัตถกรรม และยังหมายความรวมถึงรูปลักษณะ หรือรูปแบบของการออกแบบผลิตภัณฑ์ทั้งที่เป็นบรรจุภัณฑ์ Get-up (รูปลักษณะภายนอกโดยรวมของสินค้า) สัญลักษณ์กราฟฟิค แม่พิมพ์หรือแบบพิมพ์ และส่วนอื่นที่นำมาประกอบ

---

[140] Art. 3

Design: “the appearance of the whole or a part of a product resulting from the features of, in particular, the lines, contours, colours, shape, texture or materials of the product or its ornamentation.”

Product: “means any industrial or handicraft item other than a computer program: and, in particular, includes packaging, get-up, graphic symbols, typographic typefaces and parts intended to be assembled into a complex product.”

เป็นผลิตภัณฑ์ได้ ทั้งนี้การออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นจะไม่หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จากนิยามของคำว่า “การออกแบบผลิตภัณฑ์” นี้เองที่ทำให้จำแนกคุณสมบัติที่สำคัญของการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถจดทะเบียนได้ดังนี้

คุณสมบัติของการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถจดทะเบียนได้

1.1) ต้องมีลักษณะที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา ตาม RDA 1949 นั้นได้บัญญัติถึงลักษณะการมองเห็นได้ชัดด้วยตา (Eye-appeal) ซึ่งมีความหมายว่า การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ถือว่าเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นต้องสามารถทำให้บุคคลที่มองเห็นผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการออกแบบนั้นมีรู้สึกถึงความงดงามของผลิตภัณฑ์นั้นได้ในทันทีที่มองเห็นตัวผลิตภัณฑ์[141] ซึ่งใน Designs Regulation Art. 3 No.6/2002 นี้ก็ได้ให้คำนิยามความหมายของคำว่า “การออกแบบผลิตภัณฑ์” ไว้ว่าต้องมีการปรากฏ (Appearance) ซึ่งหมายถึง ลักษณะภายนอกที่สามารถมองเห็นได้ชัด ดังนั้น งานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตาม Designs Regulation No.6/2002 ในฐานะที่เป็นงานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถจดทะเบียนได้นั้นจะต้องมีลักษณะภายนอกที่สามารถมองเห็นได้ชัด

การออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นไม่จำเป็นต้องถูกจำกัดอยู่ในรูปแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะ การออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นอาจเป็นได้ทั้งภาพวาด โปสเตอร์ จดหมาย แสตมป์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะที่ทำให้ผู้เห็นผลิตภัณฑ์นั้นมีความรู้สึกถึงความงามของผลิตภัณฑ์นั้นทันทีที่ได้เห็น แต่ทั้งนี้การออกแบบผลิตภัณฑ์จะไม่รวมถึงการออกแบบที่เป็นการออกแบบเพื่อหน้าที่การทำงานของผลิตภัณฑ์นั้น เช่น การออกแบบกลไกของผลิตภัณฑ์ หรือเครื่องยนต์ เป็นต้น[142]

1.2) ต้องเป็นการออกแบบที่มีความใหม่ และมีลักษณะเฉพาะตัว (Novelty and Individual Character) เนื่องจาก Designs Regulation No.6/2002 นั้นมีผลกระทบต่อบุคคลที่สามไม่เพียงแต่จะมีผลบังคับกับเฉพาะผู้เลียนแบบการออกแบบผลิตภัณฑ์เท่านั้น การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะสามารถจดทะเบียนได้จึงต้องมีลักษณะที่มีความใหม่ และมีลักษณะเฉพาะตัวด้วย ซึ่งในเรื่องความใหม่นี้จะเป็นความใหม่เช่นเดียวกับความใหม่ของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 4.2.2

ส่วนความมีลักษณะเฉพาะตัว (Individual Character) นั้นเพียงแค่มีลักษณะที่ทำให้บุคคลผู้ที่ได้เห็นผลิตภัณฑ์นั้นสามารถมองเห็นได้เท่านั้น ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่จะต้องทำให้ผู้ชมนั้นรู้สึกถึงความงดงามในตัวของผลิตภัณฑ์หรือรู้ถึงความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์[143]

---

[141]สิทธิชัย สุวรรณลพ, **การคุ้มครองงานออกแบบอุตสาหกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร: ศึกษาเฉพาะกรณี งานออกแบบแฟชั่นเสื้อผ้า** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), 64.

[142]Cornish, W., & Llewelyn, D., **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights** (London: Sweet & Maxwell, 2007), 575-576.

[143]Ibid.

1.3) หน้าที่ทางเทคนิค (Technical Function) การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถจดทะเบียนได้นั้นต้องไม่ใช่การออกแบบเพื่อใช้สำหรับเป็นหน้าที่ทางเทคนิคของผลิตภัณฑ์ กล่าวคือ งานออกแบบที่สามารถจดทะเบียนได้นั้นต้องออกแบบมาเพื่อไว้ใช้สำหรับผลิตภัณฑ์ แต่ต้องไม่เป็นการออกแบบสำหรับหน้าที่ทางเทคนิคในการใช้สอยของผลิตภัณฑ์ อย่างไรก็ตามการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถจดทะเบียนได้นั้นไม่จำเป็นต้องมีความสวยงามทางศิลปะ เช่นในคดีของ Landor & Hawa v Azure Designs ซึ่งผู้พิพากษา Fysh ได้ให้ความเห็นว่า “การออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นมีความจำเป็น แต่ไม่จำเป็นจะต้องเป็นการออกแบบเพื่อหน้าที่ใช้สอยแต่เพียงอย่างเดียว” [144]

1.4) ต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะและศีลธรรมอันดี[145]

2) การให้ความคุ้มครองงานออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่จดทะเบียน (Unregistered Design Right)

การให้ความคุ้มครองงานออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่จดทะเบียนของประเทศอังกฤษนี้มีขึ้นเพื่อจุดประสงค์ในการแยกแยะระหว่างแบบผลิตภัณฑ์ที่ใช้สำหรับอุตสาหกรรมออกจากกฎหมายลิขสิทธิ์ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรูปร่างของผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม

การที่กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมีการให้ความคุ้มครองแก่รูปร่างของสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองอันเป็นการให้ความคุ้มครองใกล้เคียงกับการให้ความคุ้มครองแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ต้องจดทะเบียน จึงทำให้การให้ความคุ้มครองแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ต้องจดทะเบียนต้องการคุณสมบัติของแบบผลิตภัณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามการให้ความคุ้มครองแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ต้องจดทะเบียนดังนี้

คุณสมบัติของงานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ต้องจดทะเบียน[146]

1) ต้องมีความเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มด้วยตนเอง (Original) กล่าวคือ งานออกแบบที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่จดทะเบียนได้นั้น ต้องมีความเป็นงานออกแบบที่มีความคิดริเริ่มในตัวของแบบผลิตภัณฑ์เอง ซึ่งแตกต่างกับการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถจดทะเบียนได้ที่ต้องการคุณสมบัติในเรื่องความใหม่ (Novelty)

งานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ต้องจดทะเบียนมีลักษณะที่ไม่เป็นทางการ กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองแบบที่ไม่ต้องจดทะเบียนนี้การกระทำละเมิดเพียงแค่มีการลอกเลียนแบบและสิ่งที่ลอกเลียนแบบมานั้นเป็นการเลียนแบบความคิดริเริ่ม (Originality) ของเจ้าของแบบผลิตภัณฑ์ ก็ถือได้ว่ามีการละเมิดงานออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่จดทะเบียนนี้แล้ว ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่การเลียนแบบความคิดริเริ่ม (Originality) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

---

[144] Ibid, 578.

[145] Ibid.

[146] Ibid.

การพิจาณาว่าความคิดริเริ่มของเจ้าของแบบผลิตภัณฑ์จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ต้องพิจารณาในส่วนของงานที่มีความคิดริเริ่มนั้นเป็นงานออกแบบที่เป็นธรรมดาสามัญของงานออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นหรือไม่ การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่เป็นธรรมดาของการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นไม่สามารถได้รับความคุ้มครองได้ ตัวอย่างเช่น การออกแบบรูปทรงของขวดน้ำเป็นทรงกระบอกและมีฝาปิด รูปร่างเช่นนี้ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่ต้องจดทะเบียน เนื่องจากการออกแบบรูปทรงขวดน้ำเป็นทรงกระบอกและมีฝาปิดนั้น ถือว่าเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่เป็นรูปทรงธรรมดาทั่วไปของกระบอกน้ำที่ต้องมีทรงสูง และมีฝาปิดเท่านั้น ถือว่ารูปทรงขวดน้ำมีไม่มีความเป็น “ความคิดริเริ่ม” (Originality)[147]

แม้ว่าสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่ต้องจดทะเบียนจะให้ความคุ้มครองแก่งานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มของผู้ออกแบบโดยไม่ต้องการความใหม่ (Novelty) และการมีลักษณะเฉพาะตัว (Individual Character) เช่นอย่างสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์แบบจดทะเบียนได้ก็ตาม แต่สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่ต้องจดทะเบียนนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นที่จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่งานออกแบบผลิตภัณฑ์บางประเภทด้วย โดยใช้หลักการในเรื่องของลักษณะของรูปร่างหรือส่วนประกอบ (Features of Shape or Configuration)

ข้อยกเว้นของงานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่ต้องจดทะเบียน[148]

1) งานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่แตกต่างจากแบบผลิตภัณฑ์อื่น แต่เป็นแบบผลิตภัณฑ์ที่ออกแบบมาเพื่อการใช้สอย หรือ (Enable the article to be connected to, or placed around or against, another article so that either article may perform its function, or)

2) งานออกแบบผลิตภัณฑ์เป็นผลมาจากการปรากฏตัวของงานออกแบบผลิตภัณฑ์ของผู้อื่นที่ผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นตั้งใจให้งานออกแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นแม่แบบในส่วนที่สำคัญของผลิตภัณฑ์ (Are dependent upon the appearance of another article of which the article is intended by the designer to form an integral part.)

3) การให้ความคุ้มครองการออกแบบผลิตภัณฑ์ด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์

Copyright, Designs and Patents Act 1988 ให้ความคุ้มครองแก่งานภาพวาด โดยไม่คำนึงถึงว่างานภาพวาดนั้นจะมีคุณค่าทางศิลปะหรือไม่ แต่ให้ความสำคัญแก่การใช้แรงงาน ทักษะ ความชำนาญ และคำพิพากษา เป็นตัวชี้วัดถึงความเป็นงานต้นแบบ (Originality) โดยสามารถละเมิด

---

[147] Ibid, 590-591.

[148] Ibid..

งานดังกล่าวได้โดยการทำซ้ำในรูปแบบสามมิติ และไม่ว่าการกระทำละเมิดดังกล่าวจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม[149]

อย่างไรก็ตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 นั้นได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการแยกระหว่างการให้ความคุ้มครองงานตามกฎหมายลิขสิทธิ์ออกจากผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรมไว้ในมาตรา 51 ดังนี้

“มาตรา 51 เอกสารการออกแบบและรูปแบบ[150]

(1) การกระทำใด ๆ แก่เอกสารการออกแบบหรือสิ่งบันทึก หรือสิ่งที่เป็นรูปร่างที่ใช้ในการออกแบบที่มีลิขสิทธิ์ที่นอกเหนือไปจากงานทางศิลปะหรืองานแบบพิมพ์ที่ใช้สำหรับการออกแบบผลิตภัณฑ์หรือใช้ในการลอกแบบผลิตภัณฑ์เพื่อใช้ในการออกแบบย่อมไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(2) การกระทำใด ๆ ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของฟิล์ม การกระจายเสียงและภาพ เคเบิล รายการ หรือสิ่งอื่นใดที่เป็นศีลธรรมอันดีภายใต้อนุ (1) ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการนั้น

(3) ในมาตรานี้

“การออกแบบ” หมายถึง การออกแบบลักษณะของรูปร่างหรือส่วนประกอบ (ไม่ว่าจะเป็นภายในหรือภายนอก) ไม่ว่าจะเป็นการออกแบบทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งของผลิตภัณฑ์ นอกจากการตกแต่งภายนอก; และ “เอกสารการออกแบบ” หมายถึง สิ่งบันทึกการออกแบบ, ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบ

---

[149] Ibid, 586.

[150] Design documents and models.

51.-

(1) It is not an infringement of any copyright in a design document or model recording or embodying a design for anything other than an artistic work or a typeface to make an article to the design or to copy an article made to the design.

(2) Nor is it an infringement of the copyright to issue to the public, or include in a film, broadcast or cable programme service, anything the making of which was, by virtue of subsection

(1) not an infringement of that copyright.

(3) In this section-

"design" means the design of any aspect of the shape or configuration (whether internal or external) of the whole or part of an article, other than surface decoration; and

"design document" means any record of a design, whether in the form of a drawing, a written description, a photograph, data stored in a computer or otherwise. Effect of exploitation of design derived from artistic work.

ของการวาดภาพ, การเขียนคำบรรยาย, รูปถ่าย, การเก็บข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์, หรือในรูปแบบอื่นใด”

จากมาตรา 51 สามารถเห็นได้ว่า Copyright, Designs and Patents Act 1988 นี้ไม่ให้ความคุ้มครองแก่ตัวของผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการออกแบบ แต่กลับให้ความคุ้มครองแก่เอกสารการออกแบบหรือตัวที่ใช้เป็นแม่แบบในการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ใช่งานทางด้านศิลปะ ย่อมกล่าวได้ว่า Copyright, Designs and Patents Act 1988 ให้ความคุ้มครองแก่เอกสารของการออกแบบมากกว่าการให้ความคุ้มครองแก่ตัวผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการออกแบบ ตัวอย่างเช่น เอกสารการออกแบบรถยนต์ เอกสารการออกแบบเครื่องสูบน้ำ ซึ่งการออกแบบผลิตภัณฑ์เหล่านี้ถือว่าไม่ใช่ผลิตภัณฑ์ทางด้านศิลปะ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 51 เป็นต้น[151]

จากการศึกษากฎหมายสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ของประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่า กฎหมายสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ของประเทศอังกฤษนั้นมีการให้ความคุ้มครองการออกแบบผลิตภัณฑ์เป็น 3 ระบบ คือ 1) ระบบการให้ความคุ้มครองการออกแบบผลิตภัณฑ์แบบจดทะเบียน โดยระบบนี้การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะสามารถขอจดทะเบียนได้จะต้องมีลักษณะที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา มีความใหม่ มีลักษณะเฉพาะตัว ไม่ใช่การออกแบบเพื่อหน้าที่ทางเทคนิคและต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะและศีลธรรมอันดี 2) ระบบการให้ความคุ้มครองการออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่ต้องจดทะเบียน โดยระบบนี้จะให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มด้วยตนเอง ไม่เป็นการออกแบบเพื่อประโยชน์ใช้สอย และต้องไม่ใช่แม่แบบที่จะใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ และ 3) ระบบการให้ความคุ้มครองการออกแบบผลิตภัณฑ์ด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยระบบนี้จะมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ตัวเอกสารการออกแบบหรือตัวที่ใช้เป็นแม่แบบในการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ใช่งานทางศิลปะมากกว่าการให้ความคุ้มครองแก่ตัวผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการออกแบบ

---

[151] Ibid, 587.

บทที่ 5
วิเคราะห์การให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

ในบทที่ 5 นี้จะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ประเด็นคือ 5.1 ประเด็นปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร และ 5.2 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

5.1 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

ในปัญหานี้จะแบ่งการวิเคราะห์ปัญหาออกเป็น 6 ปัญหา ได้แก่ 1) ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่สูตรอาหาร 2) ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่รายการอาหาร 3) ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร 4) ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่อาหารจานดัง (Signature Dish) 5) ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ภายในและภายนอกของร้าน 6) ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร ซึ่งจะวิเคราะห์ปัญหาทั้ง 6 ข้อนี้โดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา และวิเคราะห์คดีที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมการบริการอาหารด้วย

5.1.1 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่สูตรอาหาร

สูตรอาหารนั้นมีลักษณะเป็นการรวมกันระหว่างส่วนที่มีลักษณะเป็นส่วนประกอบที่เป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการประกอบอาหารและส่วนที่เป็นขั้นตอนการอธิบายวิธีที่ใช้ในการประกอบอาหาร ซึ่งในส่วนของขั้นตอนการอธิบายถึงวิธีที่ใช้ในการปรุงอาหารนี้เป็นส่วนที่มีการใส่เทคนิคในการประกอบอาหารลงไปด้วย ซึ่งเทคนิคในการประกอบอาหารนี้เกิดมาจากการใช้ความพยายาม ความรู้ ประสบการณ์ รวมไปถึงเงินทุนของผู้คิดค้นสูตรอาหารเป็นอย่างมาก โดยสูตรอาหารนั้นจะประกอบไปด้วย 2 ส่วนคือ สูตรอาหารที่เป็นกรรมวิธีในการผลิตอาหาร และสูตรอาหารที่ได้มีการแสดงออกมาให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ อาทิ เช่น รูปแบบของหนังสือ สื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ รูปแบบของคำบรรยายด้วยวาจา หรือในรูปแบบของสื่อดิจิตอลไม่ว่าจะเป็นที่ปรากฏอยู่ตามหน้าเว็บไซต์ หรือในอุปกรณ์ดิจิตอล เป็นต้น

ในปัจจุบันนั้นสูตรอาหารทั้ง 2 รูปแบบ กล่าวคือ สูตรอาหารในส่วนที่เป็นกรรมวิธีในการประกอบอาหาร และสูตรอาหารที่ได้แสดงออกมาให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ถ้าหากว่าสูตรอาหารทั้ง 2 รูปแบบนั้นครบองค์ประกอบของการเป็นความลับทางการค้า คือ สูตรอาหารนั้นต้องมีลักษณะเป็นข้อมูลทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ดังนี้

1) ต้องเป็นสิ่งที่สามารถสื่อให้เห็นถึงความหมายของเรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใดซึ่งรวมไปถึงสูตร รูปแบบ หรืองานที่ได้รวบรวมประกอบขึ้น

2) ต้องมีสถานะเป็นความลับ กล่าวคือ สูตรอาหารนั้นจะต้องมีการเก็บเอาไว้เป็นความลับ โดยต้องเป็นสูตรอาหารที่บุคคลธรรมดาไม่สามารถเข้าถึงได้

3) ต้องเป็นสูตรอาหารที่มีการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ กล่าวคือ สูตรอาหารนั้นจะต้องเป็นสูตรอาหารที่ใช้เพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ด้วย ตราบเท่าที่ข้อมูลดังกล่าวนั้นยังคงเป็นความลับอยู่ และ

4) สูตรอาหารนั้นต้องมีมาตรการในการเก็บรักษาเพื่อให้สูตรอาหารนั้นยังคงมีลักษณะเป็นความลับทางการค้าอยู่

จากองค์ประกอบของข้อมูลทางการค้าที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้าแล้วสามารถพิจารณาสูตรอาหารได้ดังนี้

1) สูตรอาหารที่มีลักษณะเป็นกรรมวิธี สูตรอาหารในส่วนนี้ยังคงสามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ได้ถ้าหากว่าเจ้าของสูตรอาหารในส่วนกรรมวิธีนี้ยังคงมีมาตรการในการเก็บรักษาสูตรอาหารนี้ไว้เป็นความลับ เนื่องจากกฎหมายความลับทางการค้านั้นให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีด้วย

2) สูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ สูตรอาหารในส่วนนี้ปัจจุบันมีการเผยแพร่สู่สาธารณะโดยหลากหลายวิธีตั้งแต่การเผยแพร่ที่อยู่ในรูปแบบหนังสือ ข้อมูลดิจิตอลผ่านทางอินเตอร์เน็ต หรือการบอกกล่าวด้วยวาจานั้นจะเห็นได้ว่าสูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นั้นขาดองค์ประกอบในข้อที่ต้องมีมาตรการในการเก็บรักษาให้เป็นความลับซึ่งทำให้สูตรอาหารที่ถูกเผยแพร่ในรูปแบบดังกล่าวข้างต้นไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

การที่สูตรอาหารซึ่งต้องใช้ความพยายาม ความรู้ ทักษะ ประสบการณ์ และเงินลงทุนอย่างมากของผู้คิดค้นสูตรอาหารที่ถูกเผยแพร่ออกสู่สาธารณะนั้นไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า จึงควรพิจารณากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นที่จะใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหาร เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายที่มีขอบเขตที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองสูตรอาหารที่มีการแสดงให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ กล่าวคือ กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นเป็น

กฎหมายที่มีการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ ไม่ว่างานสร้างสรรค์นั้นจะได้มีปรากฏมาก่อนอยู่แล้วหรือไม่ก็ตาม เพียงแต่เป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เองก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นถึงแม้ว่าจะเป็นงานที่เป็นชนิดเดียวกันและมีลักษณะคล้ายกันกับงานที่เคยมีผู้สร้างสรรค์มาก่อนแล้ว หากงานสร้างสรรค์ที่ทำขึ้นมาในภายหลังนั้นเกิดขึ้นจากความคิดของตัวผู้สร้างสรรค์งานนั้นเองโดยมิได้เลียนแบบงานสร้างสรรค์ของผู้อื่น งานสร้างสรรค์ดังกล่าวก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้นั่นเอง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์อยู่ 9 ประเภท ได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีใด เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสูตรอาหารทั้ง 2 รูปแบบนั้นจะเห็นได้ว่าสูตรอาหารที่ได้แสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบหนังสือ รูปแบบดิจิตอล รูปแบบวาจา หรือรูปแบบอื่นใดนั้นจะมีลักษณะเป็นงานวรรณกรรมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ที่ได้ให้ความหมายของ “งานวรรณกรรม” ไว้ว่าคือ งานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย ทั้งนี้สูตรอาหารที่แสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นั้นมีองค์ประกอบที่เป็นลักษณะของงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือ

1) มีลักษณะเป็นงานสร้างสรรค์ โดยสูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นี้เป็นงานที่เกิดขึ้นด้วยความคิดริเริ่มของผู้คิดค้นสูตรอาหารเอง และเป็นงานที่มีคุณค่าในตัวของงาน ถึงแม้ว่าสูตรอาหารนั้นจะมีส่วนที่เป็นการอธิบายถึงส่วนประกอบที่เป็นเพียงวัตถุดิบที่ใช้ในการประกอบอาหารด้วยก็ตาม แต่สูตรอาหารนั้นก็ยังประกอบด้วยส่วนที่เป็นการอธิบายถึงขั้นตอนที่ใช้ในการประกอบอาหาร ซึ่งในส่วนของขั้นตอนที่ใช้ในการปรุงอาหารนี้เองที่มีการอธิบายถึงเทคนิคที่ใช้ในการประกอบอาหาร ซึ่งเป็นส่วนที่เกิดขึ้นจากความพยายาม ความรู้ ทักษะ ประสบการณ์ และเงินทุนของผู้คิดค้นสูตรอาหารที่ใช้ไปในการคิดค้นสูตรอาหารหนึ่งขึ้นมา สูตรอาหารในส่วนของการอธิบายขั้นตอนในการประกอบอาหารจึงเป็นส่วนสำคัญที่เกิดขึ้นจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้คิดค้นสูตรอาหารนั่นเอง ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ปรากฏคดีที่มีการฟ้องร้องในเรื่องของสูตรอาหารว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ มีแต่เพียงคำพิพากษาฎีกาที่มีการอธิบายถึงความหมายของผู้สร้างสรรค์และระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537 ซึ่งพจนานุกรมที่เป็นหนังสือรวบรวมคำศัพท์ ซึ่งคำศัพท์นั้นเป็นสิ่งที่มีความหมายมาอยู่แล้วตั้งแต่อดีต ก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ หากพจนานุกรมดังกล่าวนั้นได้เกิดจากความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ด้วยการให้บทนิยามหรือความหมายของคำต่าง ๆ ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นได้ถึงความคิดริเริ่มตามลีลาของผู้

สร้างสรรค์เอง และพจนานุกรมนั้นไม่ได้เกิดจากการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานของผู้อื่น และจากคำพิพากษาฎีกาที่ 4486/2539 ที่ได้ยืนยันถึงการให้ความคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์ที่เป็นงานที่มีมาแต่ดั้งเดิม หากมีการปรับปรุงด้วยลีลาของผู้สร้างสรรค์เองก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

2) มีลักษณะเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ กล่าวคือ สูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ ที่มีการเผยแพร่ออกสู่สาธารณะนั้นจะเป็นสิ่งที่มีรูปร่างปรากฏอยู่แล้ว เช่น สูตรอาหารที่อยู่ในรูปแบบของหนังสือ สื่อสิ่งพิมพ์ รูปแบบดิจิตอลต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นที่อยู่ในรูปแบบของดีวีดี ซีดี หรือในหน้าเว็บไซต์ทางอินเตอร์เน็ต หรือการบอกกล่าวสูตรอาหารด้วยวาจา ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่มีรูปร่างปรากฏไม่ว่าจะเป็นการปรากฏในรูปแบบใด

3) เป็นงานที่มีกฎหมายกำหนด กล่าวคือ สูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ มีลักษณะเป็นงานวรรณกรรม ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้บัญญัติให้งานวรรณกรรมเป็นงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ และ

4) เป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นเห็นว่าสูตรอาหารที่มีการแสดงให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นั้นน่าจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์และคำพิพากษาฎีกาของไทยได้ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรม เนื่องจากเป็นงานที่นิพนธ์ขึ้น และมีลักษณะเข้าตามเงื่อนไขทั้ง 4 ประการ ถึงแม้ว่าในประเทศไทยจะยังไม่เกิดคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดสูตรอาหารก็ตาม

ส่วนสูตรอาหารที่มีลักษณะเป็นเพียงกรรมวิธีในการประกอบอาหารที่ยังไม่ได้มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบใดนั้นจะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากในมาตรา 6 วรรคสองนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่คลุมถึงความคิด ขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบหรือวิธีใช้หรือทำงาน แนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีกฎหมาย 2 ฉบับที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหาร คือ กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายความลับทางการค้า โดยได้มีคดีเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในสูตรอาหารเกิดขึ้นหลายคดีตั้งแต่คดี Fargo Mercantile Co. v. Brechet & Richter Co. คดี Publications International, Limited v. Meredith Corp. คดี Lambing v. Godiva Chocolatier และคดี Barbour v. Head ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นการฟ้องร้องว่าจำเลยกระทำการละเมิดสูตรอาหารของโจทก์ที่เป็นสูตรอาหารอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลล้วนตัดสินว่าสูตรอาหารดังกล่าวไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้เนื่องจากเป็นสูตรอาหารที่ลักษณะเป็นเพียงการเรียบเรียงข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่ศาลก็ได้มีความเห็นว่าหากสูตรอาหารที่เป็นส่วนสำคัญนั้นมีลักษณะเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดที่มีลักษณะเป็นงานวรรณกรรม และอยู่ในรูปแบบของการอธิบายหรือเป็นคำแนะนำ เช่นสูตรอาหารที่อยู่ในรูปแบบของหนังสือทำอาหาร ก็จะถือว่าเป็นงานพื้นฐานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Copyright Act

1976 มาตรา 102 (b) ได้ ส่วนกฎหมายความลับทางการค้านั้นก็จะให้ความคุ้มครองแก่ส่วนประกอบของข้อมูล รูปแบบ ส่วนประกอบโปรแกรม เครื่องมือ ขั้นตอน เทคนิค หรือกระบวนการ โดยข้อมูลเหล่านี้ต้องเป็นสิ่งที่มีมูลค่าทางพาณิชย์ โดยไม่เป็นข้อมูลที่รับรู้กันอยู่โดยทั่วไปและต้องมีการเก็บรักษาไว้เป็นความลับ ซึ่งสูตรอาหารที่มีมาตรการในการเก็บรักษาให้เป็นความลับนั้นก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้

ส่วนในประเทศอังกฤษนั้นก็มีกฎหมาย 2 ฉบับที่ให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหาร กล่าวคือ Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 3(1) และกฎหมายความลับทางการค้า โดย Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 3(1) ให้ความคุ้มครองแก่งานวรรณกรรม โดยงานวรรณกรรมที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 3(1) นั้นสามารถทำให้ปรากฏอยู่ในรูปแบบใด ๆ ก็ได้และไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่มีคุณภาพ หากแต่เป็นงานที่มีการใช้ความคิดสร้างสรรค์และความพยายามในการสร้างสรรค์ก็เพียงพอแล้วที่จะได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 3(1) ซึ่งสามารถเห็นได้จากบทบัญญัติที่เขียนเอาไว้ว่า “งานวรรณกรรม คือ งานใด ๆ ที่นอกเหนือจากงานที่เกี่ยวกับการเต้น และงานดนตรีกรรม ไม่ว่างานนั้นจะอยู่ในรูปแบบของการเขียน การพูดหรือร้อง และรวมไปถึงรูปแบบของตารางที่แสดงส่วนประกอบแต่ต้องเป็นส่วนประกอบที่มีมากกว่าการเป็นเพียงแค่ข้อมูล และโปรแกรมคอมพิวเตอร์” และได้มีคำพิพากษาในคดีของ Hollinrake v. Truswell ที่ศาลได้ให้คำนิยามของคำว่า “งานวรรณกรรม” ไว้ว่า “งานที่สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตาม Copyright Act 1842 ได้นั้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่สามารถแสดงข้อมูล คำแนะนำ หรือความน่าพอใจให้อยู่ในรูปแบบของความสนุกของงานวรรณกรรมได้” ถึงแม้ว่าในประเทศอังกฤษจะไม่มีการฟ้องร้องคดีการละเมิดสูตรอาหารเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็สามารถวิเคราะห์จากความหมายของการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 3(1) ได้ว่า สูตรอาหารที่ได้มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 ได้ แต่สูตรอาหารที่มีลักษณะเป็นกรรมวิธีในการประกอบอาหารที่ยังไม่ได้มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นั้นไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่ความคิด กรรมวิธี หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์ ส่วนกฎหมายความลับทางการค้านั้น ในประเทศอังกฤษจะไม่มีบทบัญญัติในเรื่องความลับทางการค้าไว้อย่างเช่นกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา แต่ได้มีการใช้หลักการในการรักษาความลับทางการค้า ซึ่งข้อมูลที่เป็นความลับนี้จะมีขอบเขตที่กว้าง กล่าวคือ ข้อมูลที่เป็นความลับนี้หมายถึง ข้อมูลราชการ ข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลทางการค้า โดยกฎหมายความลับทางการค้าของประเทศอังกฤษนี้จะมีการพิจารณาตัดสินคดีเป็นรายคดีไปโดยการฟ้องร้องคดีต้องฟ้องโดยผ่านหลักการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับ (Breach of Confidence) ซึ่งผู้กล่าวอ้างว่า

ตนได้รับความเสียหายจากการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับนั้นจำเป็นต้องพิสูจน์ในศาลเห็นได้ว่าข้อมูลของตนนั้นเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาข้อมูลที่ได้รับไปนั้นให้เป็นความลับ และผู้กระทำละเมิดได้เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับนั้นนอกเหนือไปจากที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งได้เคยมีคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดสูตรอาหารคือ คดีของ Morison v. Moat (1851) 9 Hare 241 โดยศาลได้มีคำพิพากษาว่า สูตรลับในการปรุงอาหารที่เจ้าของร้านบอกให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทราบโดยความไว้เนื้อเชื่อใจนั้นได้รับความคุ้มครองจากถูกเปิดเผยข้อมูลความลับ การที่ที่ผู้เป็นหุ้นส่วนนำไปเปิดเผยให้บุตรชายของตนทราบ บุตรชายของผู้เป็นหุ้นส่วนต้องถูกสั่งห้ามมิให้ได้ประโยชน์จากการใช้สูตรลับอันได้มาจากการผิดหน้าที่แห่งความไว้เนื้อเชื่อใจนี้

เมื่อพิเคราะห์ทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายความลับทางการค้าของทั้งประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษแล้ว พบว่า ทั้ง 3 ประเทศมีการให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหารโดยใช้กฎหมายความลับทางการค้าในการให้ความคุ้มครองเป็นหลักเช่นเดียวกัน หากแต่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการละเมิดสูตรอาหารโดยใช้หลักของกฎหมายลิขสิทธิ์ในการฟ้องร้อง โดยศาลได้ตัดสินว่าสูตรอาหารนั้นไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นเพียงการรวบรวมข้อเท็จจริง ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่ข้อเท็จจริง แต่ศาลได้มีความเห็นไว้ว่าสูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นั้นสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้หากเป็นสูตรอาหารที่มีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการสร้างขึ้นมาที่มีลักษณะเป็นงานวรรณกรรม และอยู่ในรูปแบบของการอธิบายหรือเป็นคำแนะนำ เช่น สูตรอาหารที่อยู่ในรูปแบบของหนังสือทำอาหาร มิใช่เป็นแต่เพียงการรวบรวมข้อเท็จจริงเอาไว้ก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ ถึงแม้ว่าในประเทศไทยและประเทศอังกฤษจะไม่มีตัวอย่างคดีที่มีการฟ้องร้องเรื่องการละเมิดสูตรอาหารโดยใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ของทั้ง 2 ประเทศแล้วก็พบว่า สูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ นั้นเป็นงานพื้นฐานที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

5.1.2 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่รายการอาหาร

รายการอาหารมีลักษณะเป็นการบรรยายถึงเรื่องราวของอาหาร ความเป็นศิลปะและประสบการณ์ของพ่อครัว โดยมีการใช้คำหรือประโยคที่สามารถอธิบายถึงลักษณะของอาหารและใช้ในการบอกเล่าเรื่องราวต่าง ๆ ผ่านประโยคดังกล่าว โดยในการเขียนรายการอาหารหนึ่งขึ้นมา พ่อครัวต้องมีการคิดว่าในการทานอาหารหนึ่งมื้อนั้นควรจะทานอาหารชนิดใดคู่กับอาหารชนิดใด เช่น อาหารซีฟู้ดต้องทานคู่กับไวน์ขาว หรือ เนื้อสเต็กฮือกกูเบราสซอสแบล็กทรัฟเฟิล ต้องทานคู่กับไวน์แดง กาแบร์เนต์

โซวีนยอง[1] เป็นต้น ซึ่งการทานอาหารประเภทใดคู่กับอาหารประเภทใดจะถูกเขียนไว้ในรายการอาหารแล้ว อีกทั้งรายการอาหารนั้นสามารถใช้เป็นสิ่งที่ลูกค้าใช้ในการจดจำร้านอาหารได้ด้วย

รายการอาหารนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

1) รายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กัน เช่น อาหารซีฟู้ดต้องทางคู่กับไวน์ขาว หรือ เนื้อสเต็กฮ็อกกูเบราสซอสแบล็กทรัฟเฟิล ต้องทานคู่กับไวน์แดง กาแบร์เนต์ โซวีนยอง[2] เป็นต้น โดยรายการอาหารประเภทนี้เป็นรายการอาหารชนิดที่ต้องใช้ความรู้ในการประกอบอาหารของพ่อครัวในการเขียน

2) รายการอาหารชนิดที่เป็นการคิดสร้างสรรค์คำเรียกชื่อ เช่น ยำแม่ลูกอ่อน ซึ่งก็คือ ยำหัวปลีนารีคะนองไฟ คือ หอยทอด[3] เป็นต้น รายการอาหารที่มีชื่อเรียกแปลกเหล่านี้ก็เกิดจากความคิดของพ่อครัวในการคิดตั้งชื่อให้มีความแปลกใหม่ เพื่อให้รายการอาหารของตนเป็นเอกลักษณ์ในการจดจำของผู้บริโภค

เมื่อพิจารณาจากรูปแบบของรายการอาหารทั้ง 2 ประเภทแล้วเห็นว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่รายการอาหารนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

5.1.2.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์เพียง 9 ประเภท ซึ่งงานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวข้องกับรายการอาหารมากที่สุดคือ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม โดยงานวรรณกรรมนั้นในมาตรา 4 ได้ให้ความหมายไว้ว่าคือ งานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด โดยให้ความคุ้มครองคุ้มครองในทุกรูปแบบของงานวรรณกรรม ไม่ว่างานสร้างสรรค์นั้นนั้นจะปรากฏในรูปร่างเช่นใด แต่ถึงแม้ว่างานสร้างสรรค์นั้นจะมีลักษณะเป็นงานนิพนธ์ที่ทำขึ้นแล้วก็ตาม งานวรรณกรรมที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 6 ได้นั้น จะต้องประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการ กล่าวคือ ต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีความคิดริเริ่ม โดยใช้ทักษะ ความชำนาญ ความรู้ และสติปัญญาในการสร้างสรรค์ผลงานมากพอสมควรในระดับหนึ่งด้วยซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537 และคำพิพากษาฎีกาที่ 4486/2539[4] ได้ตัดสินถึงระดับของความคิดริเริ่มในงานสร้างสรรค์เอาไว้ โดยมีใจความสำคัญว่าแม้พจนานุกรมหรือแผนที่กรมทางหลวงก็ยังสามารถได้รับความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมได้หากได้มีการนำเอาพจนานุกรมหรือแผนที่นั้นมาทำการสร้างสรรค์ผลงานโดยใส่

---

[1]Lady Manager, **ไวน์ชนิดไหนคู่กับเมนูประเภทใด มารยาทที่ต้องรู้ในการจิบ!,** [Online], 2 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา www.manager.co.th/CelebOnline/ViewNews.aspx?NewsID=9540000084784.

[2]เรื่องเดียวกัน.

[3]Ratana_sri, **ภาษาที่ใช้ตั้งชื่ออาหาร** [Online], 3 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา www.bloggang.com/mainblog.php?id=noona&month=05-08-2009&group=2&gblog=14.

[4]ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 4486/2539.

ความคิดริเริ่มตามลีลา หรือทักษะความรู้ความชำนาญของผู้สร้างสรรค์ลงไปมากพอสมควร ต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ และต้องเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของรายการอาหารทั้ง 2 ประเภท กับกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว สามารถพิเคราะห์ได้ดังนี้

1) รายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กัน จากความหมายของคำว่า “งานวรรณกรรม” ที่มีความหมายถึงงานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด จะเห็นได้ว่ารายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กันนี้เป็นงานนิพนธ์ เพราะเกิดขึ้นด้วยการเขียนความคิดของผู้สร้างสรรค์ออกมา แต่ทั้งนี้รายการอาหารชนิดนี้จะสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจาก 3 องค์ประกอบ กล่าวคือ ต้องเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มที่มีระดับในการสร้างสรรค์งานพอสมควร ต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ และต้องเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งรายการอาหารที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กันนี้เป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ แต่จะถือว่ามีระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์พอสมควรหรือไม่นั้น เห็นว่าการเขียนรายการอาหารโดยการบรรยายว่าอาหารชนิดใดต้องรับประทานคู่กับอาหารชนิดใดนั้น เป็นการเขียนที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มากพอสมควรแล้ว เนื่องจากการเขียนว่าอาหารชนิดใดควรทานคู่กับอาหารชนิดใดนั้นเกิดขึ้นจากการใช้ความรู้ ทักษะและความชำนาญของพ่อครัวในการเขียนขึ้น ถึงแม้ว่าความรู้ที่นำมาเขียนเป็นรายการอาหารนั้นจะเป็นความรู้ที่มีการเรียนสืบเนื่องต่อกันมาเป็นระยะเวลานานแล้วก็ตาม ก็สามารถเป็นงานเขียนที่เกิดขึ้นจากความคิดริเริ่มที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจาก สิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในโลก เพียงแต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการใช้ความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ในการสร้างเองก็ถือว่าเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว อีกทั้งรายการอาหารที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กันนั้นเป็นสิ่งที่มีรูปร่างปรากฏและเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นรายการอาหารชนิดที่มีการทานอาหารคู่กันนี้จึงน่าจะสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้

2) รายการอาหารชนิดที่เป็นการคิดสร้างสรรค์คำเรียกชื่อ รายการอาหารชนิดนี้ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากการสร้างสรรค์รายการอาหารชนิดนี้ไม่มีลักษณะเป็นงานนิพนธ์ ถึงแม้ว่าจะมีลักษณะเป็นการเขียนคำโดยใช้ความคิดริเริ่มของตนเองขึ้นมาก็ตาม เพราะงานนิพนธ์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 6 ได้นั้นจะต้องเป็นงานนิพนธ์ที่มีลักษณะเป็นงานที่สามารถสื่อความหมายได้ในตัวเอง ดังจะเห็นได้จากความหมายของคำว่า “วรรณกรรม” ในมาตรา 4 ที่มีการยกตัวอย่างงานนิพนธ์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองไว้ เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งพิมพ์ สิ่งเขียน ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะเห็นได้ว่าตัวอย่างของงานวรรณกรรม

เหล่านี้สื่อให้เห็นถึงว่างานเขียนที่สามารถได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นงานเขียนที่สามารถสื่อความหมายได้ในตนเอง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะของรายการอาหารชนิดที่เป็นงานสร้างสรรค์ชื่อคำแล้วจะเห็นได้ว่า คำที่คิดขึ้นมานั้นบางครั้งจะไม่มีความหมายในตนเอง ดังนี้รายการอาหารชนิดที่เป็นการคิดสร้างสรรค์คำเรียกชื่อ จึงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ ถึงแม้ว่าจะได้มีการนำเอารายการอาหารชนิดที่เป็นการคิดสร้างสรรค์คำเรียกชื่อไปรวบรวมไว้เป็นรูปเล่ม รายการอาหารชนิดนี้ก็ยังคงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 12 ได้ เนื่องจากงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานรวบรวมได้นั้นต้องเป็นการรวบรวมงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 เสียก่อน ซึ่งรายการอาหารชนิดที่เป็นการสร้างสรรค์คำเรียกชื่อนี้ไม่มีลักษณะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

5.1.2.2 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับรายการอาหารนี้จะอยู่ในส่วนของเครื่องหมายบริการ โดยลักษณะของสิ่งที่จะถือว่าเป็นเครื่องหมายการบริการได้หรือไม่นั้นจะใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายการค้าตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 80 ที่ให้เครื่องหมายบริการใช้เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองเดียวกันกับเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ทั้งนี้ เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้านั้น สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องประกอบไปด้วย การมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย มีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย และต้องไม่ลอกเลียนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว

เมื่อพิจารณาลักษณะของรายการอาหารทั้ง 2 ประเภทกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2537 แล้วสามารถพิเคราะห์ได้ดังนี้

1) รายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กัน รายการอาหารชนิดนี้มีลักษณะเป็นเครื่องหมาย ตามความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 จะเห็นได้ว่าเครื่องหมายนั้นหมายถึง ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งรวมกัน จะเห็นได้ว่ารายการอาหารชนิดนี้มีลักษณะเป็นข้อความ และพ่อครัวผู้คิดค้นรายการอาหารชนิดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นที่หมายที่หรือเกี่ยวข้องกับบริการในร้านของตน และเพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของลักษณะของรายการอาหารของร้านตนว่ามีความแตกต่างจากร้านอื่น อย่างไรก็ดีถึงแม้ว่ารายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กันนั้นจะมีลักษณะเป็นเครื่องหมายก็ตาม แต่รายการอาหารชนิดนี้ก็ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายบริการได้เนื่องจากขาดเงื่อนไขในการขอจดทะเบียนเครื่องหมายบริการ กล่าวคือ ขาดเงื่อนไขในข้อที่ต้องเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ทั้งนี้ตามความหมายของคำว่า “ลักษณะบ่งเฉพาะ” นี้ในมาตรา 7 ได้ให้ความหมายไว้ว่าคือ เครื่องหมายที่ทำให้ประชาชนผู้ใช้บริการนั้นทราบและเข้าใจได้ว่าบริการนั้นมีความแตกต่างจากบริการอื่น โดยความหมายของคำว่า “ลักษณะบ่งเฉพาะ” นี้เองที่ทำให้ เครื่องหมายที่จะถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะนั้นจะต้องเป็นเครื่องหมายที่

มีลักษณะพิเศษที่ทำให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการนั้นกับบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น ซึ่งรายการอาหารชนิดที่เป็นการบรรยายถึงอาหารที่ทานคู่กันนี้เป็นข้อความที่มีลักษณะเป็นการบรรยายถึงการทานอาหารคู่กันอีกทั้งมีลักษณะเป็นคำพูดธรรมดาที่ไม่มีลักษณะพิเศษที่จะทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะบริการของร้านที่ใช้รายการอาหารชนิดนี้ออกจากร้านอื่นได้ และถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าจะมีการบัญญัติถึงหลักการลวงขายเอาไว้ในมาตรา 46 ก็ตาม หลักการลวงขายนี้ก็ไม่สามารถใช้คุ้มครองรายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายถึงการทานอาหารคู่กันได้ เนื่องจากการลวงขายนั้นเป็นหลักการที่ใช้ในการพิจารณาคดีโดยมองที่ภาพรวมของการใช้เครื่องหมายการค้าหรือบริการ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 768/2509, 1080/2512, 282/2516 ซึ่งเป็นการฟ้องร้องเกี่ยวกับการเลียนแบบหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้าว่ามีลักษณะเป็นการลวงขายสินค้า โดยหีบห่อบรรจุภัณฑ์นั้นถือเป็นลักษณะโดยรวมของสินค้า แต่รายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายถึงการทานอาหารคู่กันนั้นมิใช่เป็นภาพรวมของบริการ แต่เป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของการบริการในร้านอาหารเท่านั้น ดังนั้นรายการอาหารชนิดที่มีการบรรยายการทานอาหารคู่กันนี้ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2537

2) รายการอาหารชนิดที่เป็นการคิดสร้างสรรค์คำเรียกชื่อ รายการอาหารชนิดนี้มีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 จะเห็นได้ว่าเครื่องหมายนั้นหมายถึง ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสีรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งรวมกัน จะเห็นได้ว่ารายการอาหารชนิดนี้มีลักษณะเป็นข้อความ และพ่อครัวผู้คิดค้นรายการอาหารชนิดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นที่หมายที่หรือเกี่ยวข้องกับบริการในร้านของตน และเพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของลักษณะของรายการอาหารของร้านตนว่ามีความแตกต่างจากร้านอื่น เมื่อรายการอาหารชนิดนี้มีลักษณะเป็นเครื่องหมายแล้ว ก็ต้องพิจารณาว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ ลักษณะของรายการอาหารชนิดที่เป็นการสร้างสรรค์คำเรียกชื่อนี้มีลักษณะเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 เนื่องจากเป็นเครื่องหมายที่สามารถทำให้ผู้บริโภคผู้ใช้บริการของร้านอาหารนั้นสามารถทราบและเข้าใจได้ว่ารายการอาหารที่เป็นการสร้างสรรค์คำเรียกชื่อนี้ความแตกต่างจากบริการของร้านอาหารอื่น อีกทั้งรายการอาหารชนิดนี้ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย และไม่ลอกเลียนเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้อีกด้วย รายการอาหารชนิดที่เป็นการสร้างสรรค์คำเรียกชื่อนี้จึงสามารถขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายบริการของร้านอาหารได้ตามมาตรา 4 ประกอบมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

พ.ศ. 2534 เช่น McNuggets, McSkilet, McFish Filet-o-Fish[5] ซึ่งเป็นรายการอาหารที่เป็นที่รู้จักแพร่หลายของร้าน McDonal's โดยชื่อรายการอาหารเหล่านี้สามารถสื่อให้เห็นถึงความแตกต่างของรายการอาหารของร้าน McDonal's กับรายการอาหารของร้านอาหารอื่นได้ และมีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้เครื่องหมายการค้านี้มาเป็นเวลานานพอสมควร

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการให้ความคุ้มครองรายการอาหารโดยใช้หลักการ Trade dress ที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเครื่องหมายการค้า The Lanham Act มาตรา 43(a) โดยหลัก Trade dress นี้ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่รูปลักษณ์ทั้งหมดของฉลาก หีบห่อหรือภาชนะบรรจุภัณฑ์ รวมไปถึงการรวมกันของปัจจัยต่าง ๆ ของผลิตภัณฑ์หรือบริการที่แสดงออกมาให้ผู้บริโภคเห็น ซึ่งเป็นการสร้างมุมมองในการแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค[6] โดยใช้หลักการที่เรียกว่า "Look and Feel" โดยศาลได้ใช้หลัก Trade dress นี้ในการให้ความคุ้มครองแก่รายการอาหาร แต่รายการอาหารนั้นต้องประกอบไปด้วยลักษณ์ของร้านอีกหลายประเภทเพื่อก่อให้เกิดความเหมือนหรือคล้ายของรูปลักษณ์ภายนอกโดยรวมของร้านที่ถูกละเมิด ซึ่งเกิดคดีที่ฟ้องร้องกันในเรื่องของการละเมิดรายการอาหารหลายคดี เช่น คดี Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.[7] คดีนี้เป็นคดีที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เป็นหลักในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับหลัก Trade dress กล่าวคือ ในคดีนี้ Taco Cabana Inc. ได้ฟ้องร้องว่า Two Pesos Inc. เลียนแบบการตกแต่งร้านอาหารของตน ซึ่งในคดีนี้ศาลชั้นต้นของสหรัฐอเมริกาก็ได้วางหลักไว้ว่า "การตกแต่งภายในของร้าน ห้องครัว รายการอาหาร การให้บริการอาหาร หรือลักษณะอื่นภายในร้านอาหาร ถือว่าเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ใช้บริการสามารถแยกแยะถึงความแตกต่างของร้านอาหารได้" ต่อมาได้มีคดีของ Vasquez v. Ybarra[8] ซึ่งเป็นการฟ้องร้องการถูกละเมิดรายการอาหารที่โจทก์ได้รวบรวมไว้ในหนังสือที่แต่งขึ้นด้วยสไตล์ของตนเอง โดยศาลได้ให้ความเห็นไว้ว่า รายการอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองได้ ถ้าหากว่ามีลักษณะเป็นการอธิบายถึง

---

[5]INTABulletin, **Branding the Sandwish: Establishing Trademarks in Restaurant Menu Items** [Online], 5 September 2014. Available from www.hoganlovells.com/files/Publication/c5e93c8d-5d25-4237-b2c2-e5ef655507b4/Presentation/PublicationAttachment/00a097c8-2fba-4697-aaec-e948416a5624/INTABulletin_March_2009.pdf.

[6]Cunningham, E., **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?** [Online], 2013. Available from www.westlaw.com.

[7]Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753 120 L. Ed. 2d 615, U.S. Tex., 1992. 60 USLW 4762, 23 U.S.P.Q. 2d 1081.

[8]Vasquez v. Ybarra, 150 F. Supp. 2d 1157 D. kan., 2001.

ลักษณะของผลิตภัณฑ์ และต้องใช้ความคิด จินตนาการ และแนวคิดในการรวบรวม และรายการอาหารนั้นเปรียบเสมือนเป็นรูปแบบของหีบห่อผลิตภัณฑ์ด้วย

จากสองคดีนี้จะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลัก Trade dress ที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่รายการอาหาร โดยให้ความคุ้มครองรายการอาหารโดยเปรียบเสมือนรูปแบบหีบห่อของบรรจุภัณฑ์ ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาในการให้ความคุ้มครองรายการอาหารที่ไม่จำเป็นต้องนำรายการอาหารไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ แต่เป็นการให้ความคุ้มครองรายการอาหารโดยใช้หลัก Trade dress

ส่วนของประเทศอังกฤษนั้น จากการศึกษาพบว่ามีระบบการลวงขาย (Passing Off) ที่น่าจะให้ความคุ้มครองแก่รายการอาหาร โดยระบบการลวงขาย (Passing Off) ให้ความคุ้มครองตั้งแต่วิธีการทางธุรกิจ Get-Up กลยุทธ์ทางการตลาด การโฆษณาชื่อหรือสัญลักษณ์ รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังไม่ได้ยื่นขอจดทะเบียน หรือเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถขอจดทะเบียนได้ ทั้งนี้ในประเทศอังกฤษไม่มีคดีที่เป็นการฟ้องร้องการเลียนแบบรายการอาหาร จึงสามารถวิเคราะห์ได้แต่เพียงตามหลักการของระบบการลวงขาย (Passing Off) เท่านั้น ซึ่งระบบการลวงขาย (Passing Off) นี้เป็นระบบของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เกิดขึ้นมาเพื่อกำจัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยมีหลักการของผู้ที่จะฟ้องร้องในระบบการลวงขาย (Passing Off) มีหน้าที่ในการที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าสินค้าหรือบริการของตนนั้นมีชื่อเสียงทางการค้าเพียงพอ (Good Will) มีการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในตัวสินค้าหรือบริการ และความสับสนหลงผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงในทางการค้าของผู้ฟ้องร้อง (Good Will) ทั้งนี้รายการอาหารก็ถือเสมือนเป็นหีบห่อบรรจุภัณฑ์ที่ใช้ในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งจากการบริการของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง รายการอาหารจึงน่าจะได้รับความคุ้มครองตามระบบการลวงขาย (Passing Off) ของประเทศอังกฤษ

เมื่อพิเคราะห์จากทั้ง 3 ประเทศ คือ ประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ แล้วจะเห็นได้ว่า ในประเทศไทยนั้นมีกฎหมายที่อาจจะให้ความคุ้มครองแก่รายการอาหารอยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยยังไม่เคยปรากฏคดีที่มีการฟ้องร้องในเรื่องของการละเมิดรายการอาหารแต่อย่างใด แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการให้ความคุ้มครองรายการอาหารโดยใช้หลัก Trade dress ในการให้ความคุ้มครองแต่เป็นการให้ความคุ้มครองรายการอาหารโดยการพิจารณารวมกับงานสร้างสรรค์อื่น ส่วนในประเทศอังกฤษนั้นจะใช้ระบบการลวงขาย (Passing Off) ในการให้ความคุ้มครองรายการอาหาร

5.1.3 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร

ในการนำเสนออาหารในร้านอาหารหนึ่งจานนั้น นอกจากจะต้องเป็นอาหารที่มีรสชาติอร่อย สะอาดแล้ว ยังจะต้องมีการตกแต่งรูปลักษณ์ในการนำเสนออาหารให้มีความสวยงาม แปลกใหม่ สะดุดตาด้วย ซึ่งในการตกแต่งรูปลักษณ์ในการนำเสนออาหารแต่ละจานนั้น พ่อครัวหรือผู้ตกแต่งนั้นจำเป็นต้องใช้ทักษะความรู้ ความชำนาญในการตกแต่ง ซึ่งการตกแต่งนั้นอาจเกิดจากการวาดรูปโดยเป็นการออกแบบในกระดาษก่อนนำมาตกแต่งบนจาน หรืออาจเป็นการวาดลงบนจานอาหารทันทีก็ได้ การตกแต่งรูปลักษณ์ในการนำเสนออาหารนั้นผู้ตกแต่งจำเป็นจะต้องมีความรู้ในด้านศิลปะ ความคิดสร้างสรรค์ และความพยายามเพื่อทำให้การตกแต่งรูปลักษณ์ในการนำเสนอนั้นมีความสวยงาม ตัวอย่างเช่นในรายการแข่งขันทำอาหารของต่างประเทศ Top Chef นั้นจะมีการแจ้งโจทย์ในการประกอบอาหารให้แก่พ่อครัว เพื่อให้พ่อครัวไปคิดค้นอาหารที่เข้ากับโจทย์ปัญหาที่ตั้งขึ้น ในการแข่งขันเช่นนี้จะเห็นได้ว่า พ่อครัวนั้นนอกจากจะคิดค้นรสชาติของอาหารให้มีความอร่อย แปลกใหม่แล้ว พ่อครัวยังต้องมีการคิดตกแต่งรูปลักษณ์ในการนำเสนออาหารออกมาให้สวยงามแปลกตาด้วย โดยมีวิธีการในการตกแต่งที่ต่างกันไป พ่อครัวบางคนก็จะวาดรูปแบบการตกแต่งลงในกระดาษก่อน บางคนก็จะทำการตกแต่งทันทีโดยไม่มีการร่างก่อน เป็นต้น การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนี้จึงสามารถถือได้ว่าเป็นงานศิลปะแขนงหนึ่งซึ่งควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเช่นกัน เมื่อพิจารณาแล้วจะมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 2 ฉบับที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 โดยวิเคราะห์ได้ดังนี้

1) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2534 สิ่งที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีลักษณะครบ 4 ประการ กล่าวคือ ต้องเป็นงานสร้างสรรค์ เป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ เป็นงานที่กฎหมายกำหนด และเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอแล้วเห็นได้ว่า การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นมีลักษณะครบ 3 ประการคือ เป็นงานสร้างสรรค์ เป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ และเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นงานที่เกิดขึ้นจากความคิดสร้างสรรค์ในการตกแต่งของผู้สร้างสรรค์นั้นเอง โดยการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นเกิดขึ้นจากความคิดริเริ่ม (Originality) ของผู้สร้างสรรค์เอง และเป็นงานที่เกิดขึ้นจากทักษะ ความรู้ ความชำนาญ ความพยายามเชี่ยวชาญ และการลงทุนลงแรงของผู้ตกแต่งนั้นเอง และเป็นงานที่มีระดับของความคิดสร้างสรรค์มากพอสมควร เพราะมีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตัวผู้ตกแต่งเองในการตกแต่ง อีกทั้งการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารย่อมเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏอยู่แล้วแน่นอน และเป็นงานที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

ลักษณะประการที่สำคัญที่จะพิจารณาได้ว่าการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ คือในส่วนลักษณะที่เป็นงานที่กฎหมายกำหนด โดยตามมาตรา 6 นั้นงานที่

กฎหมายกำหนดมี 9 ประเภทคือ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนะวัสดุ ภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ โดยงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายกำหนดที่เกี่ยวกับการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนี้คือในส่วนของงานศิลปกรรม

จากความหมายของคำว่า “งานศิลปกรรม” ตามมาตรา 4 นั้น จะเห็นได้ว่าการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นจะถือว่าเป็นศิลปกรรมตามความหมายในมาตรา 4 หรือไม่ เนื่องจากความหมายของ “งานศิลปกรรม” ตามมาตรา 4 นั้นมีความหมายถึงงานศิลปกรรม 7 ประเภทเท่านั้นคือ งานจิตรกรรม งานประติมากรรม งานภาพพิมพ์ งานสถาปัตยกรรม งานภาพถ่าย งานภาพประกอบ และงานศิลปประยุกต์เท่านั้น งานในแผนกศิลปกรรมอื่นใด จะไม่ถือว่าเป็นงานศิลปกรรมตามความหมายในมาตรา 4 นี้ เมื่อพิเคราะห์จากลักษณ์ของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอแล้วเห็นว่า การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นไม่ถือว่าเป็นงานศิลปกรรมตามความหมายของมาตรา 4 เนื่องจากงานศิลปกรรมที่ใกล้เคียงกับการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารมากที่สุดคือ งานจิตรกรรม ซึ่งตามความหมายของงานจิตรกรรมนั้น คือ งานศิลปะที่แสดงออกด้วยการวาด ระบายสี และการจัดองค์ประกอบความงามอื่นเพื่อให้เกิดภาพ 2 มิติ โดยถือว่าเป็นการสร้างงานทัศนศิลป์บนพื้นระนาบรองรับ ด้วยการลาก ขีด ขูด ป้ายวัสดุบนพื้นระนาบรองรับ ซึ่งจะมีเพียง 2 ประเภทคือ งานภาพวาดและภาพเขียน[9] ซึ่งจากลักษณะของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นไม่ใช่งานภาพวาดและภาพเขียน

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงประเภทของงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายกำหนดให้แล้วพบว่า การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นจัดอยู่ในประเภทของงานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ เนื่องจากงานที่กฎหมายกำหนดให้ประเภทนี้เกิดขึ้นจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ต้องการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์แก่งานสร้างสรรค์ใหม่ ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นก็มีลักษณะในการใช้ทักษะทางด้านศิลปะของผู้สร้างสรรค์ กล่าวคือ ต้องมีการใช้สีสันต่าง ๆ แต่มิใช่สีที่มาจากสีที่ใช้ในการวาดภาพ แต่เป็นสีที่เกิดจากธรรมชาติของอาหารนำมาประกอบรวมกันเพื่อก่อให้เกิดรูปลักษณ์ของจานอาหารให้สวยงาม จึงถือว่าเป็นงานศิลปะแขนงหนึ่ง ซึ่งสามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2534 ได้

2) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นั้นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นคือ ในส่วนของสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งอยู่ในมาตรา 56 โดยในมาตรา 56 นี้สิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ได้ต้องเป็นงานที่เกิด

---

[9]กิจวัฒน์ แสนศรีระ, **เรื่องที่ 1 ความเป็นมาของงานจิตรกรรม** [Online], 6 มีนาคม 2557, แหล่งที่มา www.cpss.ac.th/learnonline/art_nam/unit_1_1.html.

จากการสร้างสรรค์ด้วยการออกแบบ กล่าวคือ งานนั้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวข้องกับรูปร่างหรือรูปทรงของผลิตภัณฑ์และต้องเป็นการออกแบบที่มีลักษณะพิเศษและเพื่อใช้เป็นแบบในการผลิตผลิตภัณฑ์ด้วย นอกจากนี้งานนั้นต้องเป็นงานที่เป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ กล่าวคือ ต้องเป็นงานออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่เคยมีปรากฏมาก่อน โดยดูได้จากรูปร่างภายนอกของผลิตภัณฑ์ และต้องเป็นการออกแบบที่ใช้ในอุตสาหกรรมและหัตถกรรมได้ กล่าวคือ งานออกแบบนี้จะต้องเป็นงานที่มีวัตถุประสงค์ที่จะใช้ในทางอุตสาหกรรมด้วยนั่นเอง

เมื่อพิจารณาการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอแล้ว จะเห็นได้ว่า การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นมีลักษณะเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ และเป็นการออกแบบเพื่อใช้ในการตกแต่งรูปลักษณ์ภายนอกของตัวอาหารที่ถือว่าเป็นผลิตภัณฑ์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นแบบในการผลิตผลิตภัณฑ์ต่อไป กล่าวคือ พ่อครัวจะมีการตกแต่งรูปลักษณ์ภายนอกของจานอาหารที่เป็นอาหารชนิดเดียวกันในแบบเดียวกัน เช่น หากมีการตกแต่งน้ำพริกลงเรือ ด้วยการนำมะเขือมาแกะสลักเป็นรูปเรือแล้วใส่น้ำพริกลงไป แล้วนำผักเคียงต่าง ๆ มาตกแต่งไว้รอบ ๆ เรือ ด้วยเปรียบเสมือนแม่น้ำให้เรือล่องไป เช่นนี้ ทุกจานที่เป็นน้ำพริกลงเรือก็จะมีการตกแต่งในแบบเดียวกัน จึงถือได้ว่าการออกแบบตกแต่งรูปลักษณ์ภายนอกของจานอาหารนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้เป็นแบบในการผลิตผลิตภัณฑ์ และก็ถือว่าการออกแบบตกแต่งรูปลักษณ์นี้เป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ แต่ในข้อที่เป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์เพื่อใช้ในอุตสาหกรรมนั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการตกแต่งรูปลักษณ์ภายนอกของจานอาหารที่นำเสนอนี้ไม่มีลักษณะที่จะเป็นอุตสาหกรรม เนื่องจาก การมีลักษณะเป็นอุตสาหกรรมนั้นต้องเป็นการผลิตคราวละมาก ๆ แต่การตกแต่งจานอาหารนี้เป็นการตกแต่งทีละจาน เมื่อมีคำสั่งจากลูกค้าเท่านั้น ไม่ได้มีลักษณะเป็นการผลิตคราวละมาก ๆ ในครั้งเดียว อย่างไรก็ตามในมาตรา 56 นั้นกฎหมายยังบัญญัติให้รวมถึงวัตถุประสงค์ที่จะใช้ในทางหัตถกรรมด้วย ซึ่งการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนี้มีลักษณะเป็นงานหัตถกรรมชนิดหนึ่ง เนื่องจากเป็นการตกแต่งด้วยมือในแต่ละจานตามที่ลูกค้าสั่งเท่านั้น ดังนั้นการตกแต่งรูปลักษณ์ภายนอกของจานอาหารจึงสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ตามมาตรา 56

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่าการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายสองตัว คือ กฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2534 เนื่องจากถือว่าเป็นงานอื่นใดในแผนกศิลปะ และกฎหมายสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เนื่องจากเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ จะเห็นได้ว่ามีการให้ความคุ้มครองซ้อนกันอยู่ ซึ่งในประเทศไทยยังไม่เกิดกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารขึ้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจากการศึกษาพบว่า Copyright Act 1976 มาตรา 102 นั้นได้ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เป็นงานภาพวาด ภาพพิมพ์และงานแกะสลัก ซึ่งการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นไม่อยู่ในขอบเขตของงานประเภทนี้ แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 102 (b) นั้นเป็นการให้

ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์แบบกว้าง โดยให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ชนิดอื่นที่ไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่อยู่ในข่ายงานสร้างสรรค์ 8 ประเภทสามารถได้รับความคุ้มครองได้ ถ้าหากว่างานสร้างสรรค์ดังกล่าวเป็นงานที่มีระดับของการแสดงออกซึ่งความคิดอยู่พอสมควรและสามารถทำให้ปรากฏอยู่ในรูปแบบที่สามารถจับต้องได้ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารแล้วเห็นว่า การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารน่าจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 102(b) นี้ได้เนื่องจาก การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารเป็นการใช้ความคิดสร้างสรรค์ที่มากพอสมควร มีระดับของการแสดงออกซึ่งความคิดออกมาและการแสดงออกซึ่งความคิดนั้นสามารถจับต้องได้ การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารจึงน่าจะได้รับความคุ้มครองตาม Copyright Act 1976 มาตรา 102(b) นี้ หากแต่ยังไม่ตัวอย่างการฟ้องร้องคดีในเรื่องของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารโดยใช้หลักกฎหมายลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะไม่มีคดีพิพาทในเรื่องของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารโดยใช้หลักลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ได้เกิดคดีพิพาทเรื่องการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารที่นำเสนอขึ้นโดยใช้หลักการ Trade dress ที่อยู่ใน The Lanham Act ขึ้นในคดีของ Rebecca Charles v. Edward McFarland[10] โดยในคดีนี้ Rebecca นั้นฟ้องร้อง Edward ว่ามีการละเมิดรูปแบบการนำเสนออาหารของร้านตน โดยได้ใช้หลักการของ Trade dress ในการฟ้องร้อง ซึ่งเป็นการอาศัยการพิจารณาจากภาพลักษณ์โดยรวมของร้านอาหารในการฟ้องร้องคดี แต่ผลของการตัดสินคดีนี้เป็นความลับ จึงไม่สามารถวิเคราะห์ได้ว่าศาลสหรัฐอเมริกาใช้หลัก Trade dress ในการให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารหรือไม่ แต่จากการศึกษาหลักการ Trade dress แล้วพบว่าเป็นหลักการที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่รูปลักษณ์โดยรวมของสินค้าหรือบริการโดยใช้หลักการของ “Look and Feel” คือ หลักของความเหมือนและคล้ายในการพิจารณาว่ามีการละเมิดงานสร้างสรรค์นั้นหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารแล้วคาดว่าศาลน่าจะใช้หลักการนี้ในการให้ความคุ้มครอง

ส่วนในประเทศอังกฤษนั้นจากการศึกษาพบว่า Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 4(1) นั้นให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ทางด้านศิลปะ โดยงานสร้างสรรค์ทางศิลปะนั้นรวมถึงงานหัตถศิลป์ด้วย ซึ่งจากลักษณะของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นงานหัตถศิลป์ทางศิลปะที่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 4(1) ได้ เนื่องจากองค์ประกอบของการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นครบตามลักษณะของงานหัตถศิลป์ทางศิลปะ กล่าวคือ เป็นงานที่ทำขึ้นด้วยมือและเป็นงานสร้างสรรค์ที่สามารถสื่อให้บุคคลผู้

[10]Rebecca Charles v. Edward McFarland. (Powerful Katinka, Inc. d/b/a Pearl Oyster Bar, v. Edward Mcfarland and Ed’s Lobster Bar LLc.), 2007 WL 2064059 United States District Court, S.D. New York (S.D.N.Y.).

รับชมการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารดังกล่าวเกิดความพอใจและมีความสุขจากการได้รับชมการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้น ทั้งนี้ในประเทศอังกฤษยังไม่เกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลียนแบบการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารขึ้น

เมื่อศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจากทั้ง 3 ประเทศแล้วพบว่า ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ให้ความคุ้มครองการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกามี Copyright Act 1976 และหลัก Trade dress ของ The Lanham Act ให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร ส่วนประเทศอังกฤษมี Copyright, Designs and Patents Act 1988 ในการให้ความคุ้มครอง

5.1.4 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่อาหารจานดัง (Signature Dish)

อาหารจานดัง (Signature Dish) คือ อาหารที่ถือว่าเป็นอาหารที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะของร้านอาหารที่มีการคิดค้นขึ้นมาเพื่อไม่ให้เหมือนกับร้านอาหารอื่น ซึ่งถือว่าเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของร้านและเป็นสิ่งที่ใช้ดึงดูดลูกค้าให้จำและเข้าร้านได้ โดยอาหารจานดัง (Signature Dish) นี้ถือเสมือนเป็นตัวแทนของร้านอาหาร การคิดค้นอาหารจานดัง (Signature Dish) นั้นต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์และทักษะ ความรู้ ความชำนาญของพ่อครัวผู้คิดค้นจึงเป็นงานสร้างสรรค์ที่สมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่ามีกฎหมายเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพียงตัวเดียวที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการให้ความคุ้มครองมากที่สุด ถึงแม้ว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าจะเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใกล้เคียงกับการให้ความคุ้มครองแก่อาหารจานดัง (Signature Dish) มากที่สุดแล้วก็ตาม เมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็คงยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่อาหารจานดัง (Signature Dish) ได้เนื่องจากสิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองในกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้ามาตรา 4 เสียก่อนจึงจะพิจารณาลักษณะอื่นต่อไป กล่าวคือ ต้องเป็นภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกัน เมื่อพิจารณาถึงอาหารจานดัง (Signature Dish) แล้วจะเห็นได้ว่า ไม่มีลักษณะเป็นเครื่องหมาย แต่อาหารจานดัง (Signature Dish) นั้นมีลักษณะที่ทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะความแตกต่างของร้านอาหารแต่ละร้านออกจากกันได้ และเป็นงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ความพยายามของพ่อครัวผู้คิดค้นด้วย

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจากการศึกษาพบว่ายังไม่มีการให้ความคุ้มครองแก่อาหารจานดัง (Signature Dish) แต่ได้มีบทความทางวิชาการของ Naomi Straus[11] ที่ได้เสนอให้ใช้หลัก Trade dress ในการให้ความคุ้มครองแก่อาหารจานดัง (Signature Dish) เนื่องจากอาหารจานดัง (Signature Dish) มีลักษณะเป็นตัวแทนของร้านอาหารที่ทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะความแตกต่างของร้านอาหารออกจากกันได้ แม้ว่าจะไม่มีลักษณะของเครื่องหมายการค้าก็ตาม

ส่วนในประเทศอังกฤษนั้นจากการศึกษาพบว่าไม่มีกฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองแก่อาหารจานดัง (Signature Dish) ไว้โดยเฉพาะ และไม่มีคดีที่มีการฟ้องร้องเรื่องการละเมิดอาหารจานดัง (Signature Dish) คงมีแต่เพียงหลักกฎหมายที่เป็นระบบการลวงขาย (Passing Off) ที่เป็นระบบกฎหมายที่น่าจะใช้ในการให้ความคุ้มครองได้ เนื่องจากระบบการลวงขาย (Passing Off) นั้นให้ความคุ้มครองตั้งแต่ วิธีการทางธุรกิจ Get-Up กลยุทธ์ทางการตลาด การโฆษณาชื่อหรือสัญลักษณ์ รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังไม่ได้ยื่นขอจดทะเบียน หรือเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถขอจดทะเบียนได้ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอาหารจานดัง (Signature Dish) นั้นสามารถใช้ในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากบริการของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งได้

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายทั้ง 3 ประเทศแล้วจะพบว่าอาหารจานดัง (Signature Dish) นั้นไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่ให้ความคุ้มครองโดยตรง โดยในประเทศไทยนั้นพบว่ามีแต่เพียงพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ที่เป็นกฎหมายที่มีความใกล้เคียงที่จะสามารถใช้ในการให้ความคุ้มครองได้ และในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีเพียงหลัก Trade dress ที่น่าจะสามารถนำมาใช้ในความคุ้มครองได้ และในประเทศอังกฤษมีกฎหมายเครื่องหมายการค้าในเรื่องของระบบการลวงขา (Passing Off) ที่ใกล้เคียงที่จะนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองได้

5.1.5 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ภายในและภายนอกของร้าน

การตกแต่งรูปลักษณ์ภายในและภายนอกของร้านอาหารนั้นเป็นสิ่งที่ต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ของเจ้าของร้านอาหารในการออกแนวความคิดที่ใช้เพื่อการตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านอาหารเพื่อให้มีความแปลก สะดุดตา สวยงามเป็นที่ดึงดูดให้ลูกค้าเข้ามาใช้บริการร้านของตนและสามารถจดจำได้ว่าการตกแต่งร้านเช่นนี้จะหมายถึงร้านของเจ้าของร้านอาหารใด ตัวอย่างเช่น การแต่งร้านอาหารให้มีรูปแบบเป็นการทานอาหารในห้องน้ำ หรือเป็นการทานอาหารที่มีการตกแต่งให้มีบรรยากาศเหมือนกับ

---

[11]Straus, N., **Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-ip industry** [Online], 2012. Available from www.westlaw.com.

นั่งรับประทานอาหารภายในเรือนจำ หรือเหมือนกับการนั่งรับประทานอาหารภายในซากปรักหักพังของเมืองเก่า เป็นต้น การตกแต่งรูปลักษณ์ร้านอาหารจึงเป็นงานสร้างสรรค์อย่างหนึ่งที่ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อพิจารณากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยแล้วจะเห็นได้ว่ามีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ และกฎหมายที่ใกล้เคียงที่น่าจะให้ความคุ้มครองคือ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

การตกแต่งรูปลักษณ์ภายในและภายนอกของร้านอาหารนั้นถือว่าเป็นงานสถาปัตยกรรมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2522 มาตรา 6 เนื่องจากเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวข้องกับการตกแต่งอาคารที่ได้มีการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว การตกแต่งรูปลักษณ์ภายในและภายนอกของร้านอาหารจึงถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งได้รับความคุ้มครองแล้ว อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าการตกแต่งภายในและภายนอกของร้านอาหารจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2522 มาตรา 6 แล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในเรื่องของหลักการลวงขายแล้วจะพบว่า หลักการลวงขายตามมาตรา 46 นั้นใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าทั้งที่ได้จดทะเบียนและไม่ได้จดทะเบียนในการฟ้องร้องผู้ที่ทำละเมิดเครื่องหมายการค้าของตน โดยหลักการลวงขายนี้ใช้ในการให้ความคุ้มครองอย่างกว้าง ซึ่งการให้ความคุ้มครองนี้สามารถรวมไปถึงตัวของหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้าหรือบริการได้ด้วย เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการตกแต่งภายในภายนอกของร้านอาหารนั้น จะพบว่าการตกแต่งภายในและภายนอกของร้านอาหารนั้นถือเสมือนเป็นหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของร้านอาหารได้ เนื่องจากการตกแต่งภายในและภายนอกของร้านอาหารให้สวยงามนั้นสามารถทำให้เป็นที่ดึงดูดลูกค้าให้ใช้บริการได้ อีกทั้งสามารถทำให้ลูกค้าแยกแยะความแตกต่างของบริการได้ ซึ่งเป็นหน้าที่หลักของเครื่องหมายการค้า แต่ในประเทศไทยนั้นยังไม่มีการฟ้องร้องคดีละเมิดการตกแต่งภายในและภายนอกของร้านอาหารโดยใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีการให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งภายในและภายนอกของร้านตาม Copyright Act 1976 ในฐานะที่เป็นงานสถาปัตยกรรมเช่นเดียวกันกับประเทศไทย แต่มีข้อแตกต่างจากประเทศไทยที่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งภายในและภายนอกของร้านอาหารโดยใช้หลัก Trade dress ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าด้วย โดยสืบเนื่องมาจากคดีของ Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.[12] ที่ Taco Cabana ฟ้องร้อง Two Pesos ว่าทำเลียนแบบการตกแต่งร้านอาหารของตนที่มีการตกแต่งร้านด้วยสีที่สว่างตา มีภาพวาด กระโจมและร่มภายใต้แนวความคิดของเทศกาลการทานอาหารค่ำของชาวแมกซิโก ซึ่งศาลได้ตัดสินให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี โดยให้ความเห็นว่า “Trade dress นั้นคือภาพลักษณ์ทั้งหมดและสิ่งที่ปรากฏโดยรวมของสินค้า

[12]Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753 120 L. Ed. 2d 615, U.S. Tex., 1992. 60 USLW 4762, 23 U.S.P.Q. 2d 1081.

และอาจรวมถึงลักษณะต่าง ๆ เช่น ขนาด รูปร่าง สีหรือกลุ่มของสี องค์ประกอบอื่น ภาพพิมพ์ หรือเทคนิคอื่นที่ใช้ในการขายสินค้า” และนอกจากคดีนี้แล้วยังมีอีกหลายคดีที่มีการนำเอาหลัก Trade dress มาใช้ในการฟ้องร้องคดีเพื่อให้มีการให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ภายในและภายนอกของร้านอาหารด้วย ได้แก่ คดี Rodriquez v. Casa Salsa Restaurant[13] คดี Rebecca Charles v. Edward McFarland[14] คดี Peso’s Kitchen and Lounge[15] เป็นต้น

ส่วนประเทศอังกฤษนั้นจากการศึกษาไม่พบว่ามีคดีที่ฟ้องร้องกันในเรื่องของการละเมิดการตกแต่งภายในและภายนอกของร้านอาหาร จึงทำการศึกษาได้แต่เพียงหลักของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น เมื่อศึกษาแล้วจึงพบว่าประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งภายในและภายนอกเป็นงานสถาปัตยกรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 แต่ถึงแม้ว่าการตกแต่งภายในและภายนอกนั้นจะได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 แล้ว แต่ประเทศอังกฤษยังคงมีระบบการลวงขาย (Passing Off) ในการให้ความคุ้มครอง เนื่องจากระบบการลวงขาย (Passing Off) นั้นให้ความคุ้มครองอย่างกว้าง โดยคุ้มครองตั้งแต่ วิธีการทางธุรกิจ Get-Up กลยุทธ์ทางการตลาด การโฆษณาชื่อหรือสัญลักษณ์ รวมไปถึงเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะการที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังไม่ได้ยื่นขอจดทะเบียน หรือเครื่องหมายการค้านั้นไม่สามารถขอจดทะเบียนได้ ทั้งนี้การตกแต่งรูปลักษณ์ทั้งภายในและภายนอกของร้านก็ถือว่าเป็นวิธีการทางธุรกิจ และกลยุทธ์ทางการตลาดเช่นกัน เนื่องจากการตกแต่งภายในและภายนอกของร้านให้ดูดี แปลกตาก็สามารถดึงดูดลูกค้าให้เข้ามาใช้บริการภายในร้านได้อีกทั้งยังเป็นที่จดจำซึ่งทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากบริการของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งด้วย

เมื่อพิจารณากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของทั้ง 3 ประเทศแล้วจะพบว่ามีการให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งภายในและภายนอกของร้านด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นงานสถาปัตยกรรมเช่นเดียวกัน หากแต่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งภายในและภายนอกของร้านนอกเหนือจากการเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ มีการให้ความคุ้มครองการตกแต่งภายในและภายนอกของร้านด้วยหลัก Trade dress ที่บัญญัติอยู่ใน The Lanham Act ด้วย โดยใช้การพิจารณาจากภาพลักษณ์โดยรวมของร้านตามหลักการ “Look and Feel” ด้วยนั่นเอง

---

[13]Rodriquez v. Casa Salsa Restaurant., 260 F. Supp. 2d 413 D. Puerto Rico, 2003.

[14]Rebecca Charles v. Edward McFarland. (Powerful Katinka, Inc. d/b/a Pearl Oyster Bar, v. Edward Mcfarland and Ed’s Lobster Bar LLc.), 2007 WL 2064059 United States District Court, S.D. New York (S.D.N.Y.).

[15]Peso”s Kitchen and Lounge (El Diablo, Inc. v. Mel-OppdGriff LLc.), No. 07-2-01203-6 SEA. (King County Super.) Superior Court of Washington for King County.

5.1.6 ปัญหาการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร

การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร ก็ถือว่าเป็นสิ่งหนึ่งที่สำคัญต่อร้านอาหาร เนื่องจากหากร้านอาหารนั้นมีการออกแบบชุดแต่งกายของพนักงานในร้านให้มีความแปลกแตกต่างไปจากร้านอื่น ก็จะทำให้ลูกค้าสามารถจดจำได้ว่าการแต่งกายของพนักงานเช่นนี้หมายถึงร้านอาหารนี้ ตัวอย่างเช่น การให้พนักงานในร้านแต่งกายในชุดของคนรับใช้ ก็จะทำให้ลูกค้าสามารถจำได้ว่าชุดแต่งกายเช่นนี้หมายถึงร้าน maid café เป็นต้น ดังนั้นการแต่งกายของพนักงานในร้านจึงเป็นสิ่งที่ทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะความแตกต่างของร้านอาหารได้เช่นเดียวกัน ชุดแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารจึงถือเป็นงานสร้างสรรค์ชนิดหนึ่ง เมื่อพิจารณากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยแล้วพบว่ามีกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบชุดแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร กล่าวคือ การออกแบบชุดแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารนี้ถือว่าเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 56 เนื่องจากเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ และเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์เพื่อใช้ในการอุตสาหกรรมหรือหัตถกรรม เพราะมีจุดประสงค์ในการออกแบบชุดแต่งกายมาเพื่อใช้ในทางพาณิชย์ ชุดแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารจึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรตามมาตรา 56

แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการให้ความคุ้มครองแก่การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารโดยใช้หลัก Trade dress ในการให้ความคุ้มครอง โดยหลัก Trade dress นี้เกิดมากจากคดีของ Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. ที่มีการฟ้องร้องกันในเรื่องภาพลักษณ์โดยรวมของร้านอาหาร ซึ่งศาลในคดีนี้ได้กล่าวถึงหลักการสำคัญในการใช้หลัก Trade dress ในการพิจารณาคดี โดย Trade dress นั้นสามารถใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่ภาพลักษณ์โดยรวมของร้าน ไม่ว่าจะเป็นภาพลักษณ์โดยรวมของสินค้า ขนาด รูปร่าง สีหรือกลุ่มของสี องค์ประกอบอื่น ภาพพิมพ์ หรือเทคนิคอื่นที่ใช้ในการขายสินค้า ซึ่งรวมถึงการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารด้วย หลังจากศาลได้ตัดสินคดีนี้แล้ว ต่อมาก็ได้เกิดคดี HI Ltd. Partnership v. Winghouse of Florida, Inc.[16] โดยโจทก์ฟ้องร้องว่าจำเลยทำการเลียนแบบชุดแต่งกายของพนักงานในร้านของตน โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินโดยใช้หลักการ Trade dress โดยพิจารณาว่า ชุดแต่งกายที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress นั้นจะต้องเป็นชุดที่ไม่ได้ออกแบบมาเพื่อหน้าที่ในการใช้งานเท่านั้น จึงจะสามารถได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือ ชุดแต่งกายที่สามารถได้รับความคุ้มครองตามหลัก Trade dress นั้นจะต้องเป็นชุดที่ออกแบบมาเพื่อความสวยงาม ทำให้ลูกค้าสามารถแยกแยะความแตกต่างของร้านอาหารได้ และต้องไม่ใช่ชุดที่ออกแบบมาเพื่อหน้าที่ในการใช้สอยแต่เพียงอย่างเดียว

[16]HI Ltd. Partnership v. Winghouse of Florida, Inc., 347 F. Supp. 2d 1256, 18 Fla. L, Weekly Fed. D 317 M.D. Fla., 2004.

ส่วนในประเทศอังกฤษอังกฤษ จากการศึกษาพบว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ Copyright, Designs and Patents Act 1988 ได้ให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบทางด้านศิลปะที่เป็นงานหัตถศิลป์ ซึ่งการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารนั้น หากมีการร่างแบบของชุดแต่งกายเป็นเอกสารก็จะสามารถได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 51 แต่เอกสารการออกแบบชุดแต่งกายนั้นจำเป็นจะต้องเป็นการออกแบบที่มีคุณค่าในทางศิลปะจึงจะสามารถได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 เมื่อพิจารณาแล้วการออกแบบการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เครื่องแต่งกายในทางศิลปะ แต่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า จึงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม Copyright, Designs and Patents Act 1988 ได้ ถึงแม้ว่าการออกแบบการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารจะไม่ได้รับความคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ในเอกสารการออกแบบ แต่ Copyright, Designs and Patent Act 1988 ยังให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่ต้องจดทะเบียนด้วย กล่าวคือ การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองแบบไม่จดทะเบียนนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์เพื่อวัตถุประสงค์ในทางศิลปะ แต่ต้องประกอบด้วยการสร้างสรรค์งานโดยใช้ความคิดริเริ่มของผู้ออกแบบเอง โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ของแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองได้ คือ หากการออกแบบนั้นเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์เพื่อประโยชน์ใช้สอย หรือเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นตั้งใจให้งานออกแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นแม่แบบในส่วนที่สำคัญของผลิตภัณฑ์ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารนั้น หากผู้ออกแบบเครื่องแต่งกายนั้นมีวัตถุประสงค์ในการออกแบบเพื่อใช้ในทางการค้า กล่าวคือ ออกแบบเครื่องแต่งกายเพื่อใช้ในการดึงดูดผู้บริโภคให้เข้ามาใช้บริการภายในร้าน โดยที่ไม่ใช่การออกแบบเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้สอย เช่น ไม่ได้ออกแบบเครื่องตายกายเพื่อเอื้ออำนวยให้พนักงานทำงานได้สะดวกขึ้นเนื่องจากเครื่องแต่งกาย การออกแบบเครื่องแต่งกายนั้นก็จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจากทั้ง 3 ประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า ในประเทศไทยนั้นพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นั้นให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบเครื่องแต่งกาย ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการให้ความคุ้มครองแก่การแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารแตกต่างออกไป กล่าวคือ มีการให้ความคุ้มครองโดยใช้หลัก Trade dress ส่วนในประเทศอังกฤษนั้นมีจะมีการให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบเครื่องแต่งกายโดยสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์แบบไม่จดทะเบียน

5.2 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

จากการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในบทที่ 3 และ บทที่ 4 จะเห็นได้ว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารทั้ง 3 ประเทศนั้นจะ

พบว่ามีอยู่ทั้งหมด 4 ฉบับด้วยกันกล่าวคือ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายความลับทางการค้า ซึ่งต่อไปนี้จะวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมที่จะนำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับใดในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เจ้าของงานสร้างสรรค์

กฎหมายลิขสิทธิ์ จากการศึกษาในข้อ 5.1 จะพบว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมอาหารสร้างสรรค์ได้แก่ สูตรอาหารที่มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ รายการอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร และการตกแต่งภายในและภายนอกของร้าน

กฎหมายสิทธิบัตร จากการศึกษาในข้อ 5.1 พบว่ากฎหมายสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองแก่การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารและการแต่งกายของพนักงานในร้าน

กฎหมายเครื่องหมายการค้า จากการศึกษาในข้อ 5.1 พบว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าให้ความคุ้มครองแก่รายการอาหาร

กฎหมายความลับทางการค้า จากการศึกษาพบว่ามีการให้ความคุ้มครองแก่สูตรอาหารที่ยังไม่ได้มีการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ

จากการศึกษาในข้อ 5.1 จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ ซึ่งงานสร้างสรรค์บางชนิด เช่น สูตรอาหารและรายการอาหารนั้นมีการให้ความคุ้มครองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ซ้อนกัน ซึ่งในขณะเดียวกันงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารบางชนิด เช่น อาหารจานดัง (Signature Dish) กลับไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้เกิดการคุ้มครองไม่ทั่วถึงแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทแล้วจะพบว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เหมาะสมที่สุดในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร ดังนี้

5.2.1 กฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์นี้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ “การแสดงออกซึ่งความคิด” มากกว่าที่จะให้ความคุ้มครองแก่ “ความคิด” หรือ “กระบวนการทางความคิด” โดยการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ทั้งหมด เช่น อาหารจานดัง (Signature Dish) ซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่สำคัญส่วนหนึ่งก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นเป็นกฎหมายที่มีการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์โดยจำกัด กล่าวคือ มีการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์เพียง 9 ประเภทตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้เท่านั้น งานสร้างสรรค์อื่นที่อยู่นอกเหนืองานทั้ง 9 ประเภทจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมอาหารเพื่อให้มีความครอบคลุม

มากยิ่งขึ้นก็ทำได้ยาก กฎหมายลิขสิทธิ์จึงไม่เหมาะสมที่จะใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

5.2.2 กฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรนั้นเป็นกฎหมายที่มีเงื่อนไขที่จะให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่มีความยากในการขอรับความคุ้มครองมากที่สุด กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ที่จะขอรับความคุ้มครองได้นั้นต้องเป็นงานที่มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และต้องสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ยากต่อการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริกาอาหาร เนื่องจากงานสร้างสรรค์บางชนิดนั้นใช้พื้นฐานความรู้ดั้งเดิมที่เคยมีปรากฏอยู่แล้วมาพัฒนาต่อยอด อีกทั้งงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นส่วนใหญ่จะเป็นงานที่ใช้เทคนิคในการปรุงที่มาจากเทคนิคดั้งเดิมในการปรุง หากแต่มีการเพิ่มเติมทักษะบางอย่างของพ่อครัวลงไปเพิ่มเติม ซึ่งทำให้ไม่อยู่ในเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตร อีกทั้งกฎหมายสิทธิบัตรนั้นใช้ระยะเวลาในการตรวจสอบและขอรับความคุ้มครองนาน ซึ่งกระบวนการในการขอรับความคุ้มครองที่ยาวนานและมีขั้นตอนการปฏิบัติมากนี้เป็นอุปสรรคต่อการขอรับความคุ้มครองของงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร จึงไม่เหมาะสมที่จะใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร

5.2.3 กฎหมายความลับทางการค้า

กฎหมายความลับทางการค้านั้นเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูล หรือสูตรที่เป็นข้อมูลที่มีความสำคัญในทางพาณิชย์และมีมาตรการในการรักษาให้ข้อมูลหรือสูตรนั้นคงอยู่เป็นความลับ ซึ่งตามลักษณะของงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้น ข้อมูลหรือสูตรบางชนิดไม่สามารถที่จะเก็บให้เป็นความลับได้ อีกทั้งในปัจจุบันนี้เป็นยุคที่มีการสื่อสารแพร่หลาย จึงเกิดธุรกิจที่พ่อครัวทำรายการอาหารออกสู่สาธารณะ เช่นรายการสอนทำอาหารผ่านโทรทัศน์ เช่นนี้กฎหมายความลับทางการค้าก็ไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่พ่อครัวผู้คิดค้นสูตรอาหารได้ เนื่องจากสูตรอาหารดังกล่าวไม่ได้มีมาตรการการรักษาให้เป็นความลับ กฎหมายความลับทางการค้าจึงไม่เหมาะสมที่จะใช้เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร

5.2.4 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่คำหรือข้อความหรือสัญลักษณ์ที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของผู้ให้บริการได้ อีกทั้งกฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดในสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ

ซึ่งจากการศึกษาลักษณะของงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารแล้วจะพบว่า งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นเกิดขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะใช้เพื่อให้เกิดความแตก

แต่งระหว่างการบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งกับการบริการของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะสำคัญของกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยกฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นเป็นกฎหมายที่มีการให้ความคุ้มครองที่มีความยืดหยุ่นสูง กล่าวคือ กฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นสามารถใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่ลักษณะโดยรวมของสินค้าหรือบริการทั้งหมดได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา The Lanham Act ที่มีหลัก Trade dress ที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหาร โดยพิจารณาที่ภาพรวมของการประกอบธุรกิจทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็น สูตรอาหาร รายการอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร การตกแต่งภายในและภายนอกของร้าน รวมไปถึงการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร โดยจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีเช่น คดีของ Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., Rodriquez v. Casa Salsa Restaurant., Rebecca Charles v. Edward McFarland. เป็นต้น ซึ่งในประเทศไทยเองก็มีหลักการลวงขายที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองครอบแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนในการฟ้องร้องบุคคลอื่นที่นำเอาเครื่องหมายการค้าของตนไปลวงขาย ซึ่งในบทบัญญัติมาตรา 46 วรรคสองนั้นก็มิได้ให้ความหมายของคำว่า “ลวงขาย” เอาไว้ว่ามีความหมายครอบคลุมเพียงใด โดยความหมายของคำว่า “ลวงขาย” นั้นสามารถพิจารณาได้จากตัวอย่างคำพิพากษาในคดีลวงขายที่ศาลฎีกาได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า “การลวงขายนั้นไม่ใช่เป็นการลวงขายในวัตถุเท่านั้นแต่หมายความรวมถึงการรวมในความเป็นเจ้าของด้วย” และจากคำพิพากษาคดีในกลุ่มการลวงขายในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่ามีตัวอย่างการให้ความคุ้มครองการลวงขายถึงแค่เพียงตัวหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้า เนื่องจากได้มีคดีที่ฟ้องร้องกันเพียงในเรื่องของหีบห่อบรรจุภัณฑ์สินค้าเท่านั้นดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1120/2511, 1080/2512, 282/2516, และ 677/2532 จากความหมายของหลักการลวงขายของศาลฎีกานี้ก็น่าจะอนุมานได้ว่าหลักการลวงขายของประเทศไทยนั้นน่าที่จะให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารได้ด้วย ตัวอย่างเช่น ร้านอาหาร ก. มีการตกแต่งรูปลักษณ์ร้านอาหารของตนให้มีฉากคล้ายกับอยู่ในเรือโจรสลัด โดยมีรายการอาหารที่มีชื่อเรียกเฉพาะของตน อีกทั้งการจัดตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารเป็นแบบลักษณะเฉพาะของตนเอง และมีอาหาจานดัง (Signature Dish) ที่ขึ้นชื่อไม่เหมือนใคร หากร้านอาหาร ข. มาเปิดบริการในพื้นที่บริเวณใกล้เคียงกับร้าน ก. และมีการตกแต่งร้านในแนวโจรสลัดเช่นเดียวกันกับร้าน ก. อีกทั้งรายการอาหารก็มีลักษณะใกล้เคียงกันกับรายการอาหารของร้าน ก. เช่นนี้ก็น่าจะใช้หลักการลวงขายในการให้ความคุ้มครองแก่ร้านของนาย ก. ได้ เนื่องจากความหมายของหลักการลวงขายมีการให้ความคุ้มครองอย่างกว้าง ซึ่งการลวงขายในประเทศไทยนั้นไม่เพียงแต่จะให้ความคุ้มครองแก่การลวงขายในวัตถุเท่านั้น แต่ยังให้ความคุ้มครองรวมไปถึงการลวงขายในความเป็นเจ้าของด้วย

จากกรณีโจทย์ปัญหาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการที่ร้านของนาย ข. เปิดร้านโดยมีการตกแต่งรูปลักษณ์ของร้านให้เป็นแนวโจรสลัดคล้ายคลึงกับร้านของนาย ก. อีกทั้งยังมีรายการอาหารที่คล้ายกัน

ซึ่งการกระทำของร้านนาย ข.นี้ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดของผู้บริโภคได้ว่าร้านทั้งสองนั้นเป็นร้านที่เกิดจากเจ้าของคนเดียวกัน ซึ่งถือได้ว่าเป็นการลวงขายในความเป็นเจ้าของของบริการนั้นด้วย

อย่างไรก็ตามแม้ว่าในประเทศไทยนั้นจะมีบทบัญญัติในเรื่องการลวงขายไว้ในมาตรา 46 วรรคสองของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และศาลฎีกาได้ให้ความหมายของคำว่า “ลวงขาย” ซึ่งใช้เป็นหลักในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการลวงขายไว้ก็ตาม แต่ก็ยังขาดหลักเกณฑ์ที่จะให้ศาลใช้ในการพิจารณาในคดีที่เกี่ยวกับการลวงขาย ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ศาลต้องใช้หลักดังกล่าวในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการใช้หลัก Trade dress เอาไว้ ดังนี้

1) สิ่งที่ทำละเมิดนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะในตนเอง หรือมี Secondary Meaning หรือไม่

2) สิ่งที่ทำละเมิดนั้นมีความคล้ายหรือเหมือนจนก่อให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดหรือไม่ และ

3) สิ่งที่ทำละเมิดนั้นต้องไม่ได้มีการออกแบบมาเพื่อประโยชน์ในการใช้สอย

จากหลักเกณฑ์ที่ศาลสหรัฐอเมริกาใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับหลัก Trade dress ทำให้เห็นว่าประเทศไทยควรจะมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการลวงขายเอาไว้ โดยใช้แนวทางในการพิจารณาคดีจากศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดไว้เป็นข้อกำหนดคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ดังนี้

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการลวงขาย

1) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมของสินค้าหรือบริการนั้นต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองตามความหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 หรือหากเครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมดังกล่าวไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมีลักษณะพิเศษที่สามารถทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าใจและนึกถึงผู้ผลิตหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการนั้นได้ในทันที

2) การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดนั้นต้องเป็นการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดของผู้บริโภค โดยให้พิจารณาจาก

2.1) ความแข็งแรงของเครื่องหมายของโจทก์ กล่าวคือ เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมของโจทก์นั้นต้องมีลักษณะเฉพาะและผู้บริโภคสามารถจดจำได้

2.2) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ

2.3) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมีความคล้ายคลึงกัน

2.4) ช่องทางการตลาดที่เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นถูกนำไปจำหน่ายหรือเผยแพร่

2.5) พยานหลักฐานที่แสดงได้ว่าผู้บริโภคมีความสับสน โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้บริโภคจำนวนมาก เพียงแต่เป็นผู้บริโภคในกลุ่มเดียวกันมีความสับสนก็เพียงพอแล้ว

2.6) ระดับความเป็นไปได้ของผู้บริโภคที่จะซื้อสินค้าหรือบริการจากการเห็นเครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวม

2.7) จำเลยมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้น

2.8) การกระจายตัวของสินค้าหรือบริการที่วางจำหน่าย

3) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมิได้มีการออกแบบมาเพื่อประโยชน์ในการใช้สอย โดยหน้าที่ในการใช้สอยนั้นต้องพิจารณาจาก 3 ข้อดังต่อไปนี้

3.1) การออกแบบเพื่อประโยชน์ในการใช้สินค้าหรือบริการนั้น หมายถึง การออกแบบที่เป็นลักษณะจำเป็นของสินค้าหรือบริการนั้นเอง

3.2) การออกแบบที่จำเป็นต่อการพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรือบริการ ซึ่งเป็นความจำเป็นในการแข่งขันทางการค้า หมายถึง การออกแบบสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต้องใช้คุณลักษณะดังกล่าวในการพัฒนาตัวผลิตภัณฑ์ที่ผู้ประกอบการทุกคนจำเป็นต้องใช้

3.3) การออกแบบเพื่อประโยชน์ในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หมายถึง การออกแบบสินค้าหรือบริการเพื่อใช้ประโยชน์ในการขนส่งสินค้าหรือบริการนั้น

ถึงแม้ว่าในปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่มีการฟ้องร้องกันในเรื่องของการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารเช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่ต่อไปในอนาคตคาดว่าจะต้องมีการฟ้องร้องคดีในการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหารเกิดขึ้น เนื่องจากประเทศไทยมีนโยบายที่ใช้สนับสนุนอุตสาหกรรมการบริการอาหารซึ่งก็คือ นโยบาย “ครัวไทยสู่ครัวโลก” อีกทั้งประเทศไทยยังเป็นประเทศที่มีอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวที่มีนักท่องเที่ยวเดินทางเข้าออกประเทศมาก เมื่อนักท่องเที่ยวมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น อุตสาหกรรมการบริการอาหารซึ่งเป็นหนึ่งในอุตสาหกรรมที่มีการเติบโตไปพร้อม ๆ กับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวย่อมมีการเพิ่มจำนวนและมีการแข่งขันกันในกลุ่มอุตสาหกรรมการบริการอาหารมากขึ้น ประเทศไทยจึงควรที่จะมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหาร จากการศึกษาข้อมูลของผู้วิจัย ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความเหมาะสมที่สุดในการใช้ให้ความคุ้มครองแก่อุตสาหกรรมการบริการอาหารของประเทศไทย

บทที่ 6
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ปัจจุบันอุตสาหกรรมการบริการอาหารถือว่าเป็นอุตสาหกรรมหนึ่งที่มีความสำคัญในประเทศไทยอันเนื่องมาจากอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวนั้นมีความเจริญเพิ่มมากขึ้น ซึ่งส่งผลให้อุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นมีแนวโน้มที่จะพัฒนาเจริญมากขึ้นตามอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว อุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นประกอบด้วยงานสร้างสรรค์หลายชนิด ได้แก่ สูตรอาหาร รายการอาหาร การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหาร อาหารจานดัง (Signature Dish) การตกแต่งภายในและภายนอกร้าน และการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหาร ซึ่งงานสร้างสรรค์เหล่านี้ล้วนเกิดมาจากความคิดสร้างสรรค์ เงินทุน ความพยายามของผู้ประกอบการที่ต้องการจะใช้งานสร้างสรรค์เหล่านี้เพื่อสร้างจุดเด่นให้ร้านอาหารของตนและสามารถเรียกลูกค้าให้เข้าร้านของตนเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดรายได้ทางพาณิชย์แก่ตนให้มากที่สุด

งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่กล่าวมาข้างต้นนี้จากการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยแล้วพบว่าในปัจจุบันมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับที่สามารถใช้ในการให้ความคุ้มครอง ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายความลับทางการค้า ซึ่งสูตรอาหาร รายการอาหาร และการตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ กล่าวคือ สูตรอาหารส่วนที่เป็นการแสดงออกให้ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ สามารถได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์และสูตรอาหารที่เป็นส่วนกรรมวิธีสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า รายการอาหารสามารถได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารสามารถได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตร แต่อาหารจานดัง (Signature Dish) ซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารที่ถือว่าเป็นจุดสำคัญจุดหนึ่งของร้านยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองแก่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาจะพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารโดยใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับในการให้ความคุ้มครองเช่นกัน แต่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารมากที่สุด คือกฎหมายเครื่องหมายการค้าโดยใช้หลักการของ Trade dress ที่บัญญัติไว้อยู่ใน The Lanham Act โดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลักการ Trade dress ในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ใน

อุตสาหกรรมการบริการอาหาร โดยมองเป็นภาพรวมของตัวสินค้าหรือบริการ โดยใช้หลักการของ “ความเหมือนและคล้าย (Look and Feel)” ในการให้ความคุ้มครองโดยจะพิจารณาจาก

1) สิ่งที่ทำละเมิดนั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะในตนเอง หรือมี Secondary Meaning หรือไม่

2) สิ่งที่ทำละเมิดนั้นมีความคล้ายหรือเหมือนจนก่อให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดหรือไม่ และ

3) สิ่งที่ทำละเมิดนั้นต้องไม่ได้มีการออกแบบมาเพื่อประโยชน์ในการใช้สอย

ทั้งนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เกิดคดีที่มีการฟ้องร้องในเรื่องของการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารมากมายหลายคดี ได้แก่ คดี Shakey’s Inc. v. Covalt. คดี Fuddrucker, Inc. v. Doc’s B.R.Other, Inc. คดี Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. คดี Vasquez v. Ybarra คดี HI Ltd. Partnership v. Winghouse of Florida, Inc. คดี Rodriquez v. Casa Salsa Restaurant คดี Rebecca Charles v. Edward McFarland และคดี Peso’s Kitchen and Lounge เป็นต้น

ส่วนประเทศอังกฤษนั้นจากการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้วพบว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอังกฤษนั้นมีการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารใกล้เคียงกับการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารของประเทศไทย กล่าวคือ สูตรอาหารนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ในส่วนของกฎหมายความลับทางการค้านั้นจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป เนื่องจากในประเทศอังกฤษนั้นไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายความลับทางการค้าไว้เป็นบทบัญญัติ แต่เป็นการให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดี แต่ก็ได้มีคดีเกี่ยวกับกฎหมายความลับทางการค้ากับสูตรอาหารในคดีของ Morison v. Moat (1851) 9 Hare 241 ส่วนรายการอาหารนั้นจะให้ความคุ้มครองตามหลักการลวงขาย (Passing Off) ที่อยู่ในกฎหมายเครื่องหมายทางการค้า การตกแต่งรูปลักษณ์ของจานอาหารนั้นจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การตกแต่งภายในและภายนอกของร้านจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และการแต่งกายของพนักงานในร้านอาหารนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ ซึ่งงานสร้างสรรค์บางชนิดก็ได้รับความคุ้มครองซ้อนกัน แต่บางชนิดคือ อาหารจานดัง (Signature Dish) นั้นไม่ได้รับความคุ้มครอง ผู้วิจัยจึงศึกษาถึงลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 4 ฉบับ อันได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายความลับทางการค้าแล้ว จึงเห็นว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นเป็นกฎหมายที่มีลักษณะที่เอื้อต่อการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารมากที่สุด เนื่องจากกฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นเกิดขึ้นมาเพื่อ

วัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้ใช้บริการสามารถแยกแยะความแตกต่างของผู้ให้บริการแต่ละรายออกจากกันได้ และเป็นกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นในการให้ความคุ้มครองสูง โดยจะเห็นได้จากหลัก Trade dress ของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือหลัก Passing Off ของประเทศอังกฤษที่มีการขยายการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการซึ่งเป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์อย่างกว้างขวาง โดยในประเทศอังกฤษนั้นให้ความคุ้มครองไปถึงกลยุทธ์ที่ใช้ทางธุรกิจ หรือในประเทศไทยเองก็มีหลักการลวงขายที่ให้ความคุ้มครองกว้างรวมไปถึงหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้า แต่ยังคงไม่กว้างพอถึงขนาดที่มีการให้ความคุ้มครองแก่กลยุทธ์ที่ใช้ในทางธุรกิจอย่างเช่นหลัก Passing Off ของประเทศอังกฤษ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 5 แล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่มีความเหมาะสมในการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารก็คือ กฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้มีหลักการลวงขายที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 46 วรรคสองของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยหลักการลวงขายของประเทศไทยนั้นมีการบัญญัติให้ความความคุ้มครองแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง ๆ ซึ่งได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาให้มีความคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิดการออกแบบหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของตน แต่ก็ไม่ได้มีคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารแต่อย่างใด ซึ่งหากในอนาคตเกิดมีการฟ้องร้องเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้น ประเทศไทยจะใช้กฎหมายใดในการให้ความคุ้มครอง ซึ่งในความเห็นของผู้วิจัย เห็นว่าประเทศไทยควรจะมีการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องของการลวงขายเอาไว้ โดยไม่ต้องบัญญัติไว้ในตัวบทบัญญัติในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แต่ควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องหลักการลวงขายเอาไว้เป็นกฎระเบียบในการพิจารณาคดีที่ใช้หลักการลวงขายโดยดำเนินตามแนวทางการพิจารณาคดีเรื่อง Trade dress ของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดไว้ในข้อกำหนดคดีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นหัวข้อวิธีพิจารณาคดีลวงขายดังนี้

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการลวงขาย

1) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมของสินค้าหรือบริการนั้นต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองตามความหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 หรือหากเครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมดังกล่าวไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมีลักษณะพิเศษที่สามารถทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าใจและนึกถึงผู้ผลิตหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการนั้นได้ในทันที

2) การกระทำที่ถือว่าเป็นการละเมิดนั้นต้องเป็นการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดของผู้บริโภค โดยให้พิจารณาจาก

2.1) ความแข็งแรงของเครื่องหมายของโจทก์ กล่าวคือ เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมของโจทก์นั้นต้องมีลักษณะเฉพาะและผู้บริโภคสามารถจดจำได้

2.2) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ

2.3) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมีความคล้ายคลึงกัน

2.4) ช่องทางการตลาดที่เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นถูกนำไปจำหน่ายหรือเผยแพร่

2.5) พยานหลักฐานที่แสดงได้ว่าผู้บริโภคมีความสับสน โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้บริโภคในจำนวนมาก เพียงแต่เป็นผู้บริโภคในกลุ่มเดียวกันมีความสับสนก็เพียงพอแล้ว

2.6) ระดับความเป็นไปได้ของผู้บริโภคที่จะซื้อสินค้าหรือบริการจากการเห็นเครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวม

2.7) จำเลยมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้น

2.8) การกระจายตัวของสินค้าหรือบริการที่วางจำหน่าย

3) เครื่องหมายหรือลักษณะโดยรวมนั้นต้องมิได้มีการออกแบบมาเพื่อประโยชน์ในการใช้สอย โดยหน้าที่ในการใช้สอยนั้นต้องพิจารณาจาก 3 ข้อดังต่อไปนี้

3.1) การออกแบบเพื่อประโยชน์ในการใช้สินค้าหรือบริการนั้น หมายถึง การออกแบบที่เป็นลักษณะจำเป็นของสินค้าหรือบริการนั้นเอง

3.2) การออกแบบที่จำเป็นต่อการพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรือบริการ ซึ่งเป็นความจำเป็นในการแข่งขันทางการค้า หมายถึง การออกแบบสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต้องใช้คุณลักษณะดังกล่าวในการพัฒนาตัวผลิตภัณฑ์ที่ผู้ประกอบการทุกคนจำเป็นต้องใช้

3.3) การออกแบบเพื่อประโยชน์ในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หมายถึง การออกแบบสินค้าหรือบริการเพื่อใช้ประโยชน์ในการขนส่งสินค้าหรือบริการนั้น

เมื่อมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการลวงขายเอาไว้เช่นนี้แล้ว เมื่อเกิดกรณีการฟ้องร้องที่เกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ในอุตสาหกรรมการบริการอาหารเกิดขึ้น ศาลก็จะสามารถใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีได้

บรรณานุกรม

กิจวัฒน์ แสนศรีระ. (2557). *เรื่องที่ 1 ความเป็นมาของงานจิตรกรรม*. สืบค้นจาก www.cpss.ac.th/learnonline/art_nam/unit_1_1.html.

จอห์น ฮาวกินส์. (2552). *เศรษฐกิจสร้างสรรค์: เขามั่งคั่งจากความคิดกันอย่างไร* (คุณากร วาณิชย์วิรุฬห์, ผู้แปล). กรุงเทพฯ: อัมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง.

จารุวรรณ เจตเกษกิจ. (2556). *แนวโน้มธุรกิจบริการอาหารโลก*. สืบค้นจาก www.e-journal.dip.go.th/LinkClick.aspx?fileticket=lPHsRlFeTyI%3D&tabid=311.

จิต ผลิญ. (2556). *อาหารไทยติดโหวตอันดับหนึ่งของโลก โอกาสของผู้ประกอบการทั้งในและต่างประเทศ*. สืบค้นจาก www.e-journal.dip.go.th/LinkClick.aspx?fileticket=7q%2bRkRlfSFs%3d&tabid=152.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2541). *กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2545). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า*. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2544). *กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2555). สิทธิบัตร ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ: ด่านสุทธาการพิมพ์.

คมน์ทะนงชัย ฉายไพโรจน์. (2555). *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับสมบูรณ์*. กรุงเทพฯ: บานานาสวีท.

ชาญโชติ ชมพูนุท, หม่อมหลวง. (2556). *การพัฒนาธุรกิจ Hospitality ในภาคบริการท่องเที่ยว.... เพื่อก้าวสู่ตลาดอาเซียน*. สืบค้นจาก www.gotoknow.org/posts/478069.

ชาญณรงค์ ชัยพัฒน์. (2553). บทบาทและสภาพการณ์ของอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ในประเทศไทย. สืบค้นจาก www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/jan_mar_10/pdf/18-22.pdf.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2545). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2545). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2548). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ณัฐวรรธน์ นวะมะรัตน์. (2554). *ความคิดและการสร้างสรรค์ (1)*. สืบค้นจาก www.portal.in.th/learninghome/pages/12167/.

ดนยา เชี่ยววัฒกี. (2556). *ความหมายของคำว่า "ศิลปะ" (Art)*. สืบค้นจาก www.danayart103.blogspot.com/2010/06/art.html.

Thai-aec.com. (2555). *AEC คืออะไร*. สืบค้นจาก www.thai-aec.com/41#ixzz2Jx7N3vPC.

ธัชพันธ์ ประพุทธนิติสาร. (2546). *กฎหมายเครื่องหมายการค้า การคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า คู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

นินนาท บุญยะเดช. (2556). *หลักเกี่ยวกับ Originality และขนาดความวิริยะอุตสาหะที่ลงในการสร้างสรรค์งานกับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: ศึกษาเทียบเคียงกับกฎหมายอเมริกา*. www.gotoknow.org/posts/64047.

nuntarat. (2555). *ร้านน้ำ (Nahm) ย่านสาทร ติดอันดับ 50 ร้านอาหารที่ดีที่สุดในโลก*. สืบค้นจาก www.news.mthai.com/world-news/164027.html.

บุญมา เตชะวณิช. (2555). *กฎหมายเครื่องหมายการค้า ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์.

ปริญญา ดีผดุง. (2546). *กฎหมายลิขสิทธิ์ คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

พลอย มัลลิกะมาส. (2555). *ตอบโจทย์ AEC: นวัตกรรมอาหารเพื่อ "ครัวไทยสู่อาเซียน" โดย ผศ.ดร. บัณฑิต อินณวงศ์ แห่ง Innovative House*. สืบค้นจาก www.article.tcdcconnect.com/articles/innovatie-house-aec.

พิมพ์เพ็ญ พรเฉลิมพงศ์ และนิธิยา รัตนาปนนท์. (2556). *อุตสาหกรรมอาหาร*. สืบค้นจาก www.foodnetworksolution.com/wiki/word/2561.

พิศวาท สุคนธพันธุ์. (2552). *ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

พิสุทธิ์ พลับสวาท. (2554). *Creative Economy เศรษฐกิจสร้างสรรค์*. สืบค้นจาก www.kmlite.wordpress.com/2011/01/10/v4i1-07/.

พัลภา ชัยอาญา. (2547). *การกำหนดค่าเสียหายกรณีการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า: วิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

มธุรส เจิมจันทร์โสภณ. (2543). การคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (Trade dress). วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

Marketing Oop!. (2553). *พฤติกรรมทานข้าวนอกบ้านของคนไทย*. สืบค้นจาก www.marketingoops.com/reports/behaviors/eat-out-behavior/.

ยรรยง พวงราช. (2546). *กฎหมายสิทธิบัตร คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ระพินทรนาถ. (2551). *Eat & drink*. สืบค้นจาก www.hipthailand.net/content.php?con_id=233&cate_id=17.

รัชพงษ์ ทองดีแท้. (2547). *การคุ้มครองสิทธิบัตรตามสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางด้านสิทธิบัตรขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก*. สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Ratana_sri. (2557). *ภาษาที่ใช้ตั้งชื่ออาหาร*. สืบค้นจาก www.bloggang.com/mainblog.php?id=noona&month=05-08-2009&group=2&gblog=14.

Lady Manager. (2557). *ไวน์ชนิดไหนคู่กับเมนูประเภทใด มารยาทที่ต้องรู้ในการจิบ!*. สืบค้นจาก www.manager.co.th/CelebOnline/ViewNews.aspx?NewsID=9540000084784.

วิชิต มุกุระ. (2556, มิ.ย. - ก.ค.). การสร้างและการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา Fabulous food styling. *Foodstylist, 7*(75), 91. สืบค้นจาก www.ip.mahidol.ac.th/creation_protection.asp.

เศรษฐกิจสร้างสรรค์. (2554). *eTAT Tourism Journal*. สืบค้นจาก www.etatjournal.com/web/etat-journal/2011/2011-apr-jun/314-creative-economy.

ศูนย์พัฒนาทรัพยากรการศึกษา มหาวิทยาลัยมหาสารคาม. (2556). *การสุขาภิบาลอาหาร*. สืบค้นจาก www.elearning.msu.ac.th/opencourse/0709%20307/unit4_1_5.html.

สิทธิชัย สุวรรณลพ. (2541). *การคุ้มครองงานออกแบบอุตสาหกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร: ศึกษาเฉพาะกรณี งานออกแบบแฟชั่นเสื้อผ้า*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สุพิศ ปราณีตพลกรัง. (2546). *กฎหมายว่าด้วยความลับทางการค้า*. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ.

สุวิทย์ วงศ์รุจิราวาณิชย์. (2557). *“เครื่องหมายรับรองมาตรฐาน” ประโยชน์ของผู้ผลิต ความมั่นใจของผู้บริโภค*. สืบค้นจาก www.tcdcconnect.com/content/Know-What/6282-ploy-saeng-12-content-MOF-Compliance-Mark.

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. (2556). *กลุ่มอุตสาหกรรมอาหาร*. สืบค้นจาก www.ce.nesdb.go.th/?mod=welcome&op=ce_detail_food.

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. (2557). *สรุปสาระสำคัญแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่สิบเอ็ด พ.ศ. 2555-2559*. สืบค้นจาก www.nesdb.go.th/Portals/0/news/plan/p11/SummaryPlan11_thai.pdf.

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. (2556). *อุตสาหกรรมสร้างสรรค์*. สืบค้นจาก www.ce.nesdb.go.th/?mod=welcome.

สำนักงานพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. (2556). *อุตสาหกรรมสร้างสรรค์*. สืบค้นจาก www.ce.nesdb.go.th/.

เสาวรภย์ กุสุมา ณ อยุธยา. (2553). *Creative Economy ทางเลือกใหม่ในการพัฒนาเศรษฐกิจไทย*. สืบค้นจาก www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/jan_mar_10/pdf/23-28.pdf.

อาคม เติมพิทยาไพสิฐ. (2554). *เศรษฐกิจสร้างสรรค์ของไทย*. สืบค้นจาก www.nesdb.go.th/Portals/0/news/research/data_0401040411.pdf.

อาคม เติมพิทยาไพสิฐ. (2554). *เศรษฐกิจสร้างสรรค์ของไทย*. สืบค้นจาก www.thaiembassy.org/seoul/contents/files/business-20130905-090903-755759.pdf.

อิสรภาพแห่งความคิดไทยโพสต์. (2554). *เทรนด์กินอาหารนอกบ้าน ผู้บริโภคเน้นกินดีมีสุขภาพ*. สืบค้นจาก www.thaipost.net/node/35702.

อัจฉรา ประไพพักตร์. (2552). *ปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของความลับทางการค้า: ศึกษากรณีการค้นพบโดยอิสระและการค้นพบโดยการทำวิศวกรรมย้อนกลับ*. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

Aep-baeo. (2556, มิ.ย.- ก.ค.). The art of food stylist. *Food Stylist, 7*, 12-31.

Albert, D. R. (2010). *Trade secrets in the United States*. Retrieved from www.iam-magazine.com/issues/article.ashx?g=e85a7dee-1c0f-42e0-8573-6cf922e57c1d.

Association, N. R. (2013). *Economist's Notebook: Restaurant job growth hit 17-year high in 2012*. Retrieved from www.restaurant.org/News-Research/News/Restaurant-industry-job-growth-hit-17-year-high.

Auerbach, J. I. (2006). *Patent Law Principles & strategies*. Retrieved from www.euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Patents/PatentLawPrinciples.pdf.

Barrows, T. P. C. W. (2003). *Introduction to management in the hospitality industry*. New York: John Wiley & Sons.

Billis, M. (2013). *Guide To Patenting and USPTO Patent Applications What can be patented? What does novelty mean?*. Retrieved from www.inventors.about.com/od/patents/a/patent_novelty.htm.

Broussard, J. A. (2008). *An intellectual property food fight: Why copyright law should embrace culinary innovation*. Retrieved from www.westlaw.com.

Chang, D., & Meehan, P. (2009). *David Chang's signature dish*. Retrieved from www.bonappetit.com/magazine/2009/09/david_chang_signature_dish.

ChubbyLawyer. (2011). *Albert street food centre*. Retrieved from www.foodietaste.com/restaurant_detail.asp?id=463#.

Cunningham, E. (2013). *Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: Should the law play a bigger role in the kitchen?*. Retrieved from www.westlaw.com.

Dunston, L. (2013, June). Top tables. *Sawasdee*.

Goldman, M. (2013). *Cooking and copyright: When chefs and restaurateurs should receive copyright protection for recipes and aspects of their professional repertoires*. Retrieved from www.westlaw.com.

Goldstein, P. (2004). *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*. New York: Foundation Press.

Hayward, B. (2013). *What are street stalls*. Retrieved from www.streetstalls.co.uk/concept.html.

Hoffman, I. (2013). *Protection of "Trade dress"*. Retrieved from www.ivanhoffman.com/tradedress.html.

Hooters. (2014). *Event Galleries*. Retrieved from www.hootersonline.net/monthly-girl/galleries.

INTABulletin. (2014). *Branding the Sandwish: Establishing Trademarks in Restaurant Menu Items*. Retrieved from www.hoganlovells.com/files/Publication/ c5e93 c8d-5d25-4237-b2c2e5ef655507b4/Presentation/Publication Attachment /00a097c8-2fba-4697-aaec-e948416a5624/INTABulletin_March _2009.pdf.

Ginsburg, J. C., Litman, J., & Keblin, M. L. (2007). *Trademark and Unfair Competition Law*. New York: Foundation Press.

Johns, Y. (Ed.). (1995). *Hospitality and Catering GNVQ: Intermediate textbook*. Oxford: Butterworth-Heinemann.

Key Note Transform knowledge into success. (2013). *Restaurants Market Report 2012*. Retrieved from www.keynote.co.uk/market-intelligence/view/product/10589/restaurants.

Krizman, L. K. (2009). *Trademark protection for restaurant owners: Having your cake and trademarking it, too*. Retrieved from www.westlaw.com.

Law Teacher. (2013). *The law essay professinos. Trade mark law in UK has been thoroughly revitalized*. Retrieved from www.lawteacher.net/business-law/essays/trade-mark-law-in-uk-has-been-thoroughly-revitalized-business-law-essay.php.

lbyang. (2012). *Cheap Authentic Eats at Ton Ton Takeaway (Sydney, NSW)*. Retrieved from www.awifescharmedlife.blogspot.com/2012/08/cheap-authentic-eats-at-ton-ton.html.

Llewelyn, W. C. D. (2007). *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. London: Sweet & Maxwell.

Lundberg, D. E. (1994). *The hotel and restaurant business*. New York: Van Nostrand Reinhold.

Masons, P. (2012). *Patents: The basics*. Retrieved from www.out-law.com/page-5699.

MCDonald Restaurant Thailand. (2011). *MC Donald Thailand.* Retrieved from www.maekha.com/mcdonald/?ComID=8.

Merritt, C. (2013). *Definition of signature dish*. Retrieved from www.ehow.com/about_7220093_definition-signature-dish.html.

momofukufor2.com. (2013). *Soft cooked hen egg with caviar, onions & potato*. Retrieved from www.momofukufor2.com/2010/04/soft-cooked-hen-egg-with-caviar-onions-potato/.

Napa, T. W. V. (2013). *Luxury Elegant Café and Bar Interior Design of The Westin Verasa Napa Hotel, California*. Retrieved from www.californiamarkt.com /luxury-elegant-boutique-hotel-interior-design-of-the-westin-verasa-napa-hotel-california/luxury-elegant-cafe-and-bar-interior-design-of-the-westin-verasa-napa-hotel-california.

News, S. S. (2012). *Restaurant Industry Forecasts Growth in 2012*. Retrieved from www.supermarketnews.com/latest-news/restaurant-industry-forecasts-growth-2012.

Dornenburg, A., & Page, K. (1996). *Culinary artistry*. Canada: John Wiley & Sons.

Rothwell, R. F., Ernst, F., & Manbeck, P. C. (2014). *Dumb Starbucks and Parody in Trademark Cases*. Retrieved from www.rfem.com.

Senkaya, A. E. (2013). *Stock photo – Business woman take cafeteria lunch self service buffet food.* Retrieved from www.123rf.com/photo_17251361_ business-woman-take-cafeteria-lunch-self-service-buffet-food.html.

Sherman, L. B. B. (2009). *Intellectual Property law*. New York: Oxford University Press.

Silverman, A. B. (2013). *Federal Statutory Unfair Competition Law*. Retrieved from www.tms.org/pubs/journals/JOM/matters/matters-9809.html.

Statista. (2013). *Statistics and Facts on the U.S. Restaurant Industry*. Retrieved from www.statista.com/topics/1135/us-restaurants/.

Straus, N. (2013). *Trade dress protection for cuisine: Monetizing creativity in a low-ip industry*. Retrieved from www.westlaw.com.

TAHITI. (2013). *Tahiti*. Retrieved from www.tahiti-beach.com/en/ramatuelle-tahiti-hotel-plage-saveurs.php.

ToppingDS. (2012). *[CR]...Dinner Set @ Sra Bua by Kiin Kiin, Siam Kenpinski Hotel.* Retrieved from www.topicstock.pantip.com/food/topicstock/2012/05/D1216 4677/D12164677.html.

tripadvisor. (2014). *Wing House*. Retrieved from www.tripadvisor.com/Restaurant _Review-g34172-d501433-Reviews-Wing_House-Daytona_Beach_Florida.html.

WIPO. (2014). *WIPO Draft Guidelines on Assessing the Economic, Social and Cultural Impact of Copyright on the Creative Economy*. Retrieved from www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/escia.pdf.

Powers, T. F., & Barrows, C. W. (2003). *Introduction to Management in the Hospitality Industry* (7nd ed.). New York: John Wiley & Sons.

The Westin Verasa Napa. (2013). *Luxury Elegant Café and bar interior design of The Westin Verasa Napa Hotel, California.* Retrieved from www.californiamarkt.com.

Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. (91-971), 505 U.S. 763 (1992). (2013). Retrieved from www.law.cornell.edu/supct/html/91-971.ZO.html.

Benly, L., & Sherman, B. (2009). *Intellectual Property law* (3rd ed.). New York: Oxford University Press.

ภาคผนวก

UCLA Law Review

October, 2012

*182 TRADE DRESS PROTECTION FOR CUISINE: MONETIZING CREATIVITY IN A LOW-IP INDUSTRY

Naomi Straus

Copyright (c) 2012 Regents of the University of California; Naomi Straus

Abstract

Cuisine exists in intellectual property law's “negative space”: It is relatively unprotected by formal intellectual property (IP) laws, yet creativity and innovation flourish. This runs contrary to the given economic wisdom that propertization is required to incentivize creation. Community norms and the first-mover advantage help to explain how cuisine thrives in this low-IP equilibrium. However, such norms are relatively fragile, and recent cases and discussions have shown that as the restaurant industry grows, these community norms may fail to protect creative chefs adequately. This will likely lead chefs and restaurateurs to push for an expansion of existing law to replace or replicate those norms.

Commentators in the legal community and the culinary world have debated the merits of expanding IP law to cover restaurant dishes. Most have focused on copyright and, to a lesser extent, patent law. This Comment is the first to explore in depth how trade dress law, a subset of trademark law, presents another possibility for protecting restaurant dishes. I argue that a small expansion of trade dress to cover the plating of restaurant dishes is an ideal way to codify existing norms in the restaurant industry and to maintain an industry-appropriate level of IP protection.

Ultimately, I conclude that protections built into the trademark system will adequately address many of the fears about increased IP protection in the restaurant industry, and I suggest that a small increase in formal protection for this tradi-tionally low-IP industry is worth the risk, because it is likely to spur a higher quality of creative production and may increase chefs' ability to monetize their creativity.

Author

Naomi Straus is a J.D. graduate of UCLA School of Law, 2012, and an associate at Mitchell, Silberberg & Knupp LLP. In 2011-12, she was a Senior Editor of UCLA Law Review, volume 59.

Many thanks to Kal Raustiala for his unwavering support and excellent suggestions as my faculty advisor. I am deeply indebted to the many chefs and restaurateurs who inspired this Comment and gave me insight into the industry: in particular, Kenneth and Daria Boxer, Wendy Brucker, Scott Eastman, Susan Feniger, and Roscoe Skipper. This Comment is dedicated to my favorite chef of all, Jonathon Beckman, and to my grandmother, Kathleen Straus.

*184 Introduction

The signature amuse bouche at The French Laundry, Thomas Keller's award-winning restaurant in Yountville, Cali-fornia, is a cornet: salmon tartare presented in a cone-shaped tuile cracker. [FN1] This unlikely presentation, designed to evoke the joys of eating an ice cream cone, has become a signature of Keller's culinary style and ethos, and each meal at The French Laundry begins with a cornet. [FN2] When Keller first created it, the only way to experience this dish was to somehow, magically, obtain a reservation at The French Laundry, drive to the middle of Sonoma County, and spend over one hundred dollars on the required prix fixe menu. [FN3]

To eat a salmon cornet today, however, simply attend a catered event. Drawn to the ease with which they can be eaten while standing, the aesthetic appeal of the cone shape, and perhaps the association with Keller, caterers have made these cones a staple of “passed appetizer” menus. [FN4]

*185 Consumers may rejoice: They can now have a salmon cornet without incurring the expense of getting to The French Laundry. And many more people experience cornets than would if the dish were confined to the rarefied world of chef-driven restaurants. [FN5] Yet what of those consumers who do make it to The French Laundry? Will they feel thrill and wonder when impeccably timed food runners present them with a trio of cornets, or will prior exposure have dulled the

effect? Caterers, by recreating this dish, have arguably reduced the value of The French Laundry dining experience.

Yet Keller continues to use the cornet as his signature appetizer, both at The French Laundry and at Per Se, his “urban interpretation of The French Laundry” in New York City. [FN6] Should Keller be able to enjoin knockoffs or obtain royalties from those who also serve cornets? Keller's goal in creating a tasting menu is to delight his guests with a new sensation: “What we want you to experience is that sense of surprise when you taste something so new, so exciting, so comforting, so delicious, you think, ‘Wow'--and then it's gone.” [FN7] When cornets become commonplace, Keller's chances of achieving this goal are reduced.

If Keller were a writer, director, musician, or choreographer, he could copyright his expressive creations. If he were an inventor or engineer, he could apply to patent his more unusual dishes. [FN8] And as a restaurant owner, he can claim *186 a trademark in his restaurant name, logo, and even the “total image” [FN9] of the restaurant, from its stonework exterior to the service china. [FN10] Oddly, however, our current intellectual property (IP) laws provide little or no protection for the actual dishes Keller creates and serves in the restaurant. [FN11]

Cuisine thus exists in IP's “negative space” [FN12]: It is relatively unprotected by formal IP laws. Although it is legal to copy culinary creations, creative production somehow continues, which would seem to contradict the accepted wisdom that intellectual property protection is required to stimulate creation. In other words, the restaurant industry functions in what Kal Raustiala and Christopher Sprigman have identified as a “low-IP equilibrium.” [FN13] A recent study may help to explain how this low-IP equilibrium remains stable: Among French chefs, at least, an existing set of community norms limits the most blatant copying. [FN14]

*187 However, such norms are relatively fragile and would seem to work best within small communities where social and professional sanctions have bite. [FN15] As the restaurant industry grows and large corporations with solely financial interests enter the field, it is likely that these community norms will begin to break down. [FN16] If these community norms fail, chefs and restaurateurs will likely push for, and judges and legislators may feel inclined to expand, existing law to replace or

replicate those norms. [FN17] Before this happens, and to avoid harmful and unnecessary intrusions into IP's productive negative space, it is worthwhile to consider what an expansion of formal IP law into the culinary world ideally would look like. [FN18] Even if existing community norms do not break down, expanding legal protection for chefs' creations may in fact improve the quality and variety of cuisine being offered.

This Comment provides original interviews with chefs and surveys existing literature to explore how the community norms of the cuisine world function, or fail to function, and how existing IP schemes support them. It also looks at several cases in recent years in which community norms have failed to protect chefs against blatant copying, resulting in lawsuits of varying success. [FN19] Such lawsuits will likely become more numerous in the future, as the internet and food bloggers have made and continue to make identification of knockoff dishes readily accessible. [FN20] This calls for an evaluation of the proper level of protection for creative restaurant dishes.

*188 A few commentators in the legal community and the culinary world have already debated the merits of ex-panding IP law to cover restaurant dishes. But most have focused their analyses on copyright [FN21] and, to a lesser extent, patent law. [FN22] This Comment is the first to explore in depth how trade dress law, a subset of trademark law, presents an alternative area for legal protection of creative restaurant dishes. [FN23] I argue that trade dress doctrine, in its current unsettled state, allows at the very least for the registration of the plating--the visual appearance or presentation of a dish--of restaurant dishes on the Primary Federal Trademark Register. Registration of a trade dress mark [FN24] provides the owner many advantages, such as the right to assert the mark nationally, and creates favorable presumptions as to the distinc-tiveness and ownership of the mark. [FN25] Moreover, the registration serves as a form of limited recognition of the mark, which may then be sold as part of a restaurant's goodwill. [FN26] The many requirements built into current law mean that actually prevailing on a plating trade dress infringement claim, even for a registered mark, will be quite difficult. But this barrier is ideal, I argue,

because such difficulty will help maintain an industry-appropriate level of IP protection.

*189 Ultimately, I conclude that the protections built into the trademark system will adequately address many of the fears about increased IP protection in the restaurant industry. I also suggest that a small increase in formal protection for this traditionally low-IP industry is worth the risk because it is likely to spur a different quality of creative production and may increase chefs' ability to monetize their creativity.

This Comment proceeds as follows: In Part I, I explain the current state of IP protection in the restaurant industry and suggest why and how chefs may wish to expand current legal protections of culinary creations. Part II discusses how copyright law could expand to cover restaurant dishes. Part III introduces the concept of trade dress protection for signature dishes, and analyzes how such protection could play out under existing law. In Part IV, I predict that chefs are more likely to rely on trade dress than on an expansion of copyright and explain why this is an appropriate solution. Part V considers normative arguments both against and in favor of a slight expansion of formal IP protection for cuisine and concludes that a slight expansion is more likely to benefit the restaurant industry than to harm it.

I. The Current State of Creative Cuisine

A. A Brief Introduction to the Restaurant Industry

As background to exploring how IP law currently applies to creative cuisine and how it should apply in the future, a brief summary of the restaurant industry's current state is in order. The restaurant industry is a vital contributor to the U.S. economy and is the nation's second-largest private sector employer. [FN27] Moreover, it is a growing industry. The National Restaurant Association projected $580.1 billion in restaurant sales in 2010, up from $379 billion in 2000. [FN28] On a typical day, the restaurant industry does $1.6 billion in sales, and the restaurant industry's share of American food dollars is now 49 percent, up from 25 percent in 1955. [FN29] Because this industry grows yearly and because interest in chefs and restaurant culture has blossomed over the past several years, legal issues surrounding restaurants seem destined to increase.

*190 There are different categories of restaurants within the industry. Full-service restaurants, [FN30] which are those with waiter service, compose about half of all restaurants in the United States, [FN31] and most of the culinary creativity this Comment focuses on develops in these restaurants. However, fast-food style walk-up counters and mobile food services, [FN32] such as food trucks, are increasingly the sites of interesting new dishes as well. [FN33]

Within the category of full-service restaurants, many different business and ownership models exist. Many chefs cooking at the highest level are owners of their own restaurants. [FN34] They have control over the food and business aspects of their restaurants, and they may be very concerned with protecting their intellectual property. Some of these well-known chefs have established chef-driven empires of sorts, with Wolfgang Puck being the most prominent and fi-nancially successful example. [FN35] Lower down on the creative scale, [FN36] restaurant groups develop and own several restaurants, usually with a different chef for each *191 restaurant. [FN37] Such franchises and chain restaurants often centralize recipe development in a corporate kitchen. [FN38] And of course, there are many “Mom & Pops,” or neigh-borhood restaurants, owned by individuals and operated as small businesses. These restaurants may be highly creative, or they may serve more traditional dishes. Each type of restaurant will seek to distinguish itself in the marketplace with inventive dishes, appealing ambiance, efficient service, or all three and more.

B. Cuisine Exists in a Low-IP Equilibrium

U.S. restaurants currently operate and compete within a legal regime that generally provides little protection for in-novative culinary creations. Kal Raustiala and Christopher Sprigman have explored how certain creative industries flourish despite a lack of IP law officially protecting original creations. They call such situations “low-IP equilibria.” [FN39] For example, fashion designs receive “only very limited protection” from copyright, patent, and trademark law, yet the fashion industry continues to be highly creative, with high fashion houses churning out new designs several times a year. [FN40] This runs contrary to the orthodox wisdom of IP law that without strong property rights in creativity, there will be no incentive to

create. [FN41] Moreover, this low-IP regime, which allows for rampant copying, has been “politically stable” and “has persisted unchanged for over six decades,” which suggests that players in the fashion industry have not truly required greater IP protection to promote creative innovation. [FN42]

*192 Creative cuisine, like fashion, is an example of a low-IP environment in which there is plenty of innovation. [FN43] Creative cuisine is often developed in a kind of “open source” model. [FN44] Training is achieved through ap-prenticeships, and cooks and sous chefs [FN45] move between restaurants frequently, taking techniques and ideas they learned in previous restaurants with them. [FN46] Many chefs embrace this system, particularly as many dishes grow out of a shared background of classic dishes and flavor profiles. [FN47]

Despite a background of classic dishes, there is still a great deal of innovation at the level of high-end restaurants. In the past several years, so-called molecular gastronomy [FN48] has introduced new techniques to an otherwise relatively *193 tradition-bound industry. [FN49] The most creative chefs, exemplified by Ferran Adrià, often develop new techniques and present their dishes in increasingly unusual ways. [FN50] They have brought attention to the creative, inventive, and artistic aspects of composing restaurant dishes. Grant Achatz, chef of Alinea and Next, and known for his inventive culinary creations, is an example of how apprenticeship can lead to innovation in the restaurant industry: He began his career working in his parents' basic diner-style restaurant, then worked for Chef Charlie Trotter, a well-respected chef at a tradi-tional high-end restaurant, then for Chef Thomas Keller, “a cook's cook who emphasizes fresh ingredients and combines them in often dazzling ways,” and finally for Ferran Adrià, who serves dishes in very inventive ways, using foams, gelatins, and unusual delivery methods, such as “a plastic ampule to squirt mushroom cream into [diners'] mouths.” [FN51]

Despite a high level of creativity in the creation of new dishes, copyright protection is not available for recipes, [FN52] and many chefs believe they have no legal right to protect their creations. [FN53] Nevertheless, like most low-IP regimes, cuisine is supported peripherally by traditional IP law. [FN54]

C. Current IP Support for Restaurants

Copyright, patent, and trademark law are the three main areas of formal intellectual property protection. This Part discusses the protections available to chefs and restaurateurs under current IP law.

*194 1. Copyright

Copyright protects original works of authorship from actionable copying. [FN55] That is, it protects “expression” rather than “ideas” or “methods of operation.” [FN56] The copyright cases that do exist about food have focused on recipes rather than on restaurant dishes. [FN57] Recipes have generally proved ineligible for copyright protection, as they are considered ideas or methods of operation. [FN58] Cookbooks, however, are copyrightable as compilations or combina-tions. [FN59] Courts have also protected copyrights to individual recipes in cookbooks that incorporated elements of storytelling or historical and cultural descriptions. [FN60]

Hence, well-known chefs benefit from the copyright system by selling cookbooks. Chefs that appear on television also benefit from copyright protection of television shows. Still other chefs have written books about their experiences opening restaurants, and these books are obviously entitled to copyright protection. [FN61] These cookbooks, memoirs, and tele-vision shows, all of which are protected by copyright, often serve as marketing materials that draw customers to the chefs' restaurants. In this way, the copyright system peripherally supports the creative work of chefs. [FN62]

Furthermore, an entire restaurant menu is likely entitled to copyright protection. If a sufficient “modicum of creativity” went into the order in which dishes are arranged on the menu, the creator would likely be entitled to protection of the *195 overall written menu as a compilation. [FN63] A menu's overall layout is also entitled to thin copyright protection, as long as it meets the (minimal) creativity requirement. [FN64] Indeed, some chefs may be interested in copyrighting an entire menu. Susan Feniger, chef of Border Grill and Street, muses: “There should be a way, if someone takes a certain percentage of the menu, the concept of the menu, to consider it copying.” [FN65] Individual dishes on a menu, however, would gen-erally only be considered the building blocks of such creation--ideas or facts that are not independently copyrightable. [FN66]

2. Trademark

Trademark protects words or symbols used in commerce to identify specific goods or services. [FN67] The names of restaurants, the names of individual dishes, and catchphrases may serve as trademarks. [FN68] Chefs may also trademark their own names, which they can then license to their own restaurant business entity, other restaurants, or diffusion lines of packaged food, cookware, or other forms of merchandise. [FN69]

*196 Trade dress is a subset of trademark law: Trade dress is a type of trademark created by the overall look and feel of a product's packaging or design. [FN70] A restaurant's distinctive exterior or interior décor, for example, can function as trade dress. [FN71] Recognition of restaurant décor as trade dress began in lower courts in the 1980s, [FN72] and the U.S. Supreme Court case Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. [FN73] solidified this rule. The Court held that the décor of a Mexican-themed restaurant, including its awnings, wall colors, and menu style, [FN74] could be inherently distinctive and thus protectable as trade dress. [FN75] Since then, there have been several claims of décor trade dress infringement, and even more registrations of restaurant décor as trade dress. [FN76] Whether courts will protect the look and feel *197 of individual restaurant dishes as protectable trade dress is as yet untested. [FN77]

3. Patent and Trade Secrets

In addition to copyright and trademark law, chefs may look to trade secrets and patent law to protect their creations. In most cases, these avenues will be even less fruitful than copyright or trademark. [FN78]

Trade secrets are information, formulas, compilations, or devices that obtain economic value from not being generally known to other people who could obtain economic value from their disclosure and use, and that are the subject of reasonable efforts by the owner to maintain such secrecy. [FN79] Thus, recipes may be protected as trade secrets, but only to the extent that they embody behind-the-scenes techniques or secret ingredients. [FN80]

Some chefs require nondisclosure agreements from their employees or interns, which may entitle them to trade secret protection. [FN81] However, most chefs do not require their employees to sign nondisclosure agreements, and since the restaurant industry is one with famously high turnover, recipes tend to move freely from kitchen to kitchen. [FN82]

*198 Moreover, in an era of open kitchens, cooking shows, and chef-written cookbooks, many chefs have eliminated the possibility of classifying their recipes as trade secrets through their own actions, as their business models center around exposure.

The patent system protects novel, nonobvious, and useful ideas for a set period of time. [FN83] Thus, patent law theoretically provides protection for unique culinary techniques. [FN84] However, patent laws cannot be used to protect restaurant dishes that are created using classic cooking techniques or fail to meet the high standards of originality that the patent system requires because these dishes do not fulfill the requirement that an invention be novel and nonobvious. [FN85] Furthermore, as a practical matter, the patent process is long and expensive, which makes it inappropriate for the low-margin, quick-innovation restaurant industry. [FN86]

D. Community Norms Protect Against Copying of Dishes

With such minimal legal protection against copying, it may seem surprising that we do not see even more copying within the restaurant world. [FN87] Social scientists Emmanuelle Fauchart and Eric von Hippel explored this phenomenon by surveying a number of French Michelin-starred chefs. [FN88] They found that these chefs rely on a set of self-enforced community norms to create a form of intellectual property rights in their dishes. [FN89]

The chefs that Fauchart and von Hippel interviewed identified several community norms that serve to protect original creations: (1) A chef must not copy another chef's recipe innovation exactly; (2) if a chef reveals a recipe-related secret to another chef, that chef may not pass along the information without permission; and (3) chefs must credit developers of significant dishes as the authors of that creation. [FN90] These norms are enforced through a series of community sanc-

tions.*199 For example, a chef who reveals another chef's recipe secret will be refused access to other chefs' secrets. [FN91] The chefs share information about infringers, allowing the whole community to enforce such sanctions. [FN92]

The norms-based system Fauchart and von Hippel describe seems to work remarkably well among the small com-munity of elite chefs surveyed, who rely on each other for collaboration and run within the same circle. While there has not yet been a formal survey of chefs in the United States, it seems likely that a similar norms-based system exists among those chefs working at the highest level in the United States. These chefs share customers, cooks, and investors, and come under great scrutiny for their dishes. [FN93] Norms-based systems may also work within small geographic areas, such as a single city, regardless of the renown of the chefs involved, because these restaurant communities are small enough to police and enforce their norms informally. [FN94] For instance, cooks tend to congregate in late-night restaurants and bars after work. [FN95] In these informal meeting spaces they may learn of any violation of the norms and begin the process of imposing social sanctions on violators.

It seems unlikely, however, that a norms-based system could work nationwide in the United States (except, as stated above, among the most respected and well-known chefs) because the threat of sanctions loses its bite when the *200 community expands. If Chef A creates a signature dish in Pittsburgh, and Chef B, working in Miami, sees a photograph of Chef A's signature dish and precisely copies it, it is unlikely that Chef A will ever learn of the copying. Moreover, if Chef B knows that Chef A is unlikely to learn of it, Chef B has no incentive to refrain from copying, as the likelihood of sanctions is low.

Nevertheless, an internal sense of morality and personal pride likely keeps most chefs from directly stealing dishes from other restaurants. [FN96] Thus, the situation in which a norms-based system is least likely to protect against piracy is when the pirate is not another chef-owner but rather a restaurant group or a corporate chain.

If a large restaurant empire, interested more in cuisine's business aspects than its creative aspects, finds an appealing signature dish in a lesser-known restaurant, the fear of community sanctions will not keep the owners of the restaurant group

from copying the dish to use as their own signature dish, as a corporate entity would be immune to most community sanctions. [FN97] After all, if a restaurant *201 owner is not interested in innovating, but rather seeks to set a menu and then expand the concept around the country or a region, norms-based threats will have no teeth. Similarly, a personal sense of pride and respect for other individual chefs is likely inapplicable to a large restaurant chain. In these situations, a formal legal remedy may be necessary to protect culinary creativity.

E. When Norms Fail, Legal Protection Often Expands

While community norms currently seem to protect at least the highest-level restaurants from blatant copying by other high-end restaurants, “any system that depends on norms is vulnerable to their breakdown.” [FN98] At the point of breakdown, formal law may begin to develop to enshrine those norms.

Shyamkrishna Balganesh suggests that “when the equilibrium [of custom] is disrupted, common law intellectual property regimes can restore the equilibrium by developing rules to replicate the functioning of the custom.” [FN99] For example, the tort of misappropriation was expanded in International News Service v. Associated Press [FN100] to replace custom in the news industry when the difficulties of war caused customary norms to collapse. [FN101] Traditionally, the news organizations Associated Press (AP) and International News Service (INS) had an internal custom of not stealing each other's news stories, but rather reporting on events independently, but during World War II, INS was cut off from the front lines and the European cable system. [FN102] At that point, INS started copying AP's news stories for their news content-- that is, for the uncopyrightable facts contained in the news stories. [FN103] The Supreme Court responded by stepping in and creating a “quasi-property” interest for such news matters as between the two parties through the new tort of misappropriation. [FN104]

Recent restaurant-industry cases have shown that the community norms system does not always succeed at stopping copying, and occasionally the knockoffs are blatant enough to inspire lawsuits. In those cases, the plaintiffs look *202 to the formal IP system to protect them where informal industry norms have failed. [FN105]

Other restaurant knockoffs, however, garner media or food community attention, but the original chefs never pursue legal action. [FN106] Perhaps more common, though hard to quantify, are blatant knockoffs that no one, other than the restaurants involved, notices. [FN107] The more valuable restaurant ideas become, the more common such restaurant piracy is likely to become, and the more likely we are to see chefs looking to the courts to expand formal protection of their creations.

1. Chefs' Ideal Level of Protection

Before exploring how our formal IP system could expand to protect culinary creativity, it is worthwhile to consider what chefs say they want, and what their norms-based system already protects. Chefs, in general, want to keep working in the open-source, collaborative world that allows for culinary invention. [FN108] *203 At the same time, they desire recognition and attribution for their work, and would like to stop others from direct copying. [FN109]

The ideal level of protection chefs seem to desire is thin--it would only stop other restaurants from directly copying a signature dish or a significant portion of a menu. [FN110] Any expansion of formal IP protection for cuisine should cer-tainly not preclude home cooks from preparing dishes they have observed in restaurants or in a cookbook. Such overprotection would unnecessarily intrude into the private sphere and would only harm chefs by discouraging cookbook sales. Nevertheless, a chef should have some recourse against blatant copying, provided such recourse does not significantly dampen the current open-source tradition in the culinary arts. [FN111] A system providing such support would protect chefs who are in the process of creating regional or national brands, and also chefs at individual restaurants who might create a great dish only to see a major chain restaurant use it without any attribution. [FN112]

Such attribution, or recognition, serves an important role in supporting a low-IP equilibrium. [FN113] Fauchart and Von Hippel identified an unspoken rule that chefs must give credit to other chefs when using their dish or technique. [FN114] Recognition helps a chef secure investors for future projects, entice customers to the chef's restaurants, and sell cookbooks. Indeed, the very concept of a signature dish

[FN115] embodies a desire for recognition and attribution, as it serves the same function as a signature on a painting: to identify the creator. Any expansion of formal IP rights for chefs would ideally encourage attribution or provide a means for recognizing creators. [FN116]

*204 Interviews with chefs make it clear that these goals of protection against exact copying and in favor of attribution could best be achieved by codifying the unspoken community-based norms that currently exist among certain high-level chefs. [FN117] Such codification would not impede competition in any serious way, as these norms only protect against nearly exact copying and allow for chefs to build off each other's ideas without sanction. [FN118]

Two concepts that chefs and restaurateurs already use to distinguish their restaurants--signature dishes and plating--are central to my discussion in Part III of how trade dress law could be used to protect restaurant dishes. Before beginning this discussion, it is helpful to define these terms and to touch briefly on how they function in the industry.

2. Signature Dishes Are Important Branding Tools for Chefs and Restaurants

Signature dishes serve an important purpose in the creation of a restaurant's brand. For purposes of this Comment, a signature dish is one that is representative of the chef or the restaurant's style. [FN119] It may also represent or highlight the chef's ethos, background, or goals, whether for one restaurant or for an entire brand. [FN120] Some signature dishes are a chef's personal take on one of the classics, [FN121] while others showcase the chef's innovative cooking techniques.

The signature dish serves as a way to introduce the chef's brand to diners and will generally be on the menu every night, even if other dishes change. [FN122] *205 Many independent restaurants have signature dishes, as do large chains. [FN123] Some chefs serve their signature dishes at multiple restaurants to strengthen their brands. [FN124]

Establishing a signature dish is an important part of a chef's brand creation, and it can take considerable creativity and effort. David Chang, for example, describes the process he employed in developing the signature dish for his restaurant Momofuku

Ko as a synthesis of his Korean heritage, his travels in Japan, his experiments in the kitchen, his previous restaurant traditions, and his admiration for chefs at other successful restaurants. [FN125] Ultimately, he developed a soft-cooked egg with caviar--“eggs in an egg”--which pays homage to culinary traditions of many countries and exhibits Chang's playfulness. [FN126]

Chang's dish highlights one of the reasons why protecting signature dishes through trade dress law may be worthwhile. [FN127] Chang aimed to make a restaurant that centered entirely on the food it serves, without the usual trappings of a high-end restaurant--even without waiters. [FN128] This strategy means, however, that the signature dishes at Momofuku Ko are an even more important part of Chang's brand than signature dishes are at other restaurants because Chang has essentially stripped his restaurant of all décor and has boiled it down to its essence--food and its presentation. As discussed above, the décor of a restaurant would normally be considered part of the restaurant's trade dress. [FN129] But because its décor is intentionally nondistinctive, Momofuku Ko would not be entitled to such protection. Protecting the unique ap-pearance of the dish would serve the same function as protecting its décor by acknowledging the goodwill built into Chang's brand.

*206 3. Plating Serves as a Proxy for Restaurant Quality

Plating is the arrangement of the various elements of a dish on a plate. [FN130] It can also include the choice of china or other service ware on which a dish is served. [FN131] The plating of dishes is very important because restaurant customers agree to pay for the product before having a chance to evaluate its quality. Unlike in the world of fashion design, for example, where a knockoff's inferior quality might be obvious upon examination in a store, a restaurant customer does not have an opportunity to taste the food before purchasing it. The plating of dishes has thus increasingly become a way of distinguishing restaurants because a potential customer may evaluate the presentation of the dish through photographs on websites or in magazines before she makes a reservation and sits down at the restaurant. Thus, the dish's appearance becomes a proxy for its culinary quality--the more aesthetically pleasing the plating, the higher the presumed quality of the restaurant. Intricate

plating of food takes more energy and focus than an unconsidered presentation, so diners may assume a higher quality of food when they see appealing and unique plating. [FN132] Beyond merely serving as a proxy for quality, attractive plating also contributes value to the dining experience, just as a pleasant ambiance increases the value of a restaurant meal. [FN133]

Glossy food magazines, such as Saveur and Bon Appétit, show full-page color photographs of dishes, which serve as illustrations and as a form of advertising for the restaurants. Similarly, cookbooks written by chefs are printed in full color, *207 often with as many pages of photographs as text. These visuals also serve as a form of advertising for restaurants. [FN134]

The ease of posting images on the internet has further increased the importance of a dish's visual appeal and also the likelihood of copycat plating being discovered. Potential diners look online for information not only about restaurant locations and hours, but also to view menus and evaluate prices. Pictures of the restaurant's food on its website play a large role in luring customers. [FN135] Because there is no way to convey taste or smell over the internet, restaurants rely on the visual impact of their dishes (and their dining rooms) via photographs to demonstrate to potential diners that theirs is a worthy dining experience.

The visual importance of dishes is further emphasized on consumer-generated review sites, such as Yelp.com, where users post their own reviews of restaurants. A skim through Yelp reveals that diners frequently upload photographs of dishes as a way to communicate the quality of the experience to other diners. [FN136]

A story that made headlines in the food world a few years ago demonstrates both how seriously the visual appearance of food is taken in the restaurant world, and how photographs and the internet have allowed for policing and enforcement of community culinary norms on a worldwide scale. In 2006, eGullet, an online dining and food forum, exploded with the news that Robin Wickens, a chef in Sydney, Australia was serving dishes identical to dishes served at Grant Achatz's Chicago restaurant Alinea, and Wylie Dufresne's WD~50 in New York. [FN137] Someone who saw pictures of the dishes on the website of Wickens's *208 restaurant, Interlude,

discovered the similarities. [FN138] This poster reported that the dishes appeared identical to those served at other restaurants and also had similar menu descriptions. [FN139] eGullet soon published photographs of the Interlude dishes, taken from the restaurant website, with photographs of the same dishes at Alinea, and the visible similarity of the dishes furthered community outrage. [FN140] That Wickens copied not only the flavor profiles of the dishes but also the plating of the dishes demonstrates that outstanding plating creates value; it signals a high quality of food and also adds value to the dining experience.

Given the importance of a restaurant's signature dishes and its novel plating arrangements in creating a successful restaurant brand, securing legal protection for these aspects of the restaurant business could significantly help chefs mo-netize their creativity. In the following Part, I investigate which areas of IP law are most likely, and most suitable, to ac-commodate an expansion of legal protections to protect culinary creativity from increased copying, focusing in particular on the application of copyright and trademark law to signature dishes and plating.

II. Copyright Protection for Restaurant Dishes

A. Feasibility and Theories of Copyright Protection for Restaurant Dishes

Though courts have traditionally denied copyright protection to recipes or dishes, as discussed above, some com-mentators have suggested that copyright doctrine does not inherently require this result and that dishes could in fact be entitled to copyright protection. [FN141] The impulse toward protecting dishes under copyright law is based on the idea that chefs are engaging in a form of expression *209 when they create their dishes. Chefs themselves, for example, sometimes describe their creative process as being similar to that of a musician or other artists. [FN142]

In the few recent cases where courts have considered the question of the copyrightability of culinary creations, the issue has been whether recipes, which describe how to make a dish, rather than the dish itself, are entitled to copyright protection. [FN143] Overall, recipes have been found ineligible for copyright protection because they failed to meet the statutory requirement of originality.

[FN144] Courts looked at the recipes as mere statements of the processes required to make a dish. [FN145] While any type of literary explanation surrounding the recipes would be entitled to copyright protection, the lists of ingredients and description of steps are considered an “idea” rather than “expression.” [FN146]

Christopher J. Buccafusco traces these recent recipe holdings to the influence of Melville Nimmer, who rejected the idea of copyright for recipes in his leading treatise on copyright. [FN147] Nimmer considers recipes to be statements of facts that the functionality of dishes dictates--that is, the functional necessities of creating a particular dish requires the combination of ingredients. [FN148] In this view, there is no originality in calling for flour in a piecrust or apples to fill a pie. [FN149]

*210 Buccafusco and Malla Pollack have both argued that this conception of copyright protection for dishes is flawed because it focuses on the recipe rather than on the underlying culinary creation. [FN150] The dish, they claim, not the recipe, is the work of authorship, and the written recipe is simply the fixation required by the copyright statute. [FN151] Buccafusco compares cooking to other performative arts and explains that just as a music or dance performance is ephemeral but may be described on paper and achieve copyright protection, a chef can write down a recipe to allow the expression to be “perceived, reproduced, or otherwise communicated” as required under current copyright laws. [FN152]

To show that dishes are in fact forms of “expression,” Buccafusco interviewed several chefs about their creative processes and found that they draw inspiration from many sources, not just the culinary world. [FN153] Indeed, entire television shows are developed around the concept that cooking is highly creative. For example, in every episode of the show Top Chef, the contestants are charged with inventing creative dishes and often are given themes from beyond the cooking world to inspire them. [FN154] Twenty years ago, when Malla Pollack suggested that copyright could extend to “edible art,” her claim seemed controversial. [FN155] Today, with such increased interest in chefs and their creative processes, and increased creativity by chefs like Adrià and Achatz, Pollack's suggestion seems quite reasonable.

Buccafusco and others have pointed out that another barrier to copyright protection for dishes is the Copyright Act's functionality--or “useful articles”--doctrine, which precludes protection of the functional aspects of applied art--that is, art or design incorporated into useful objects, such as a lamp or a piece of silverware. [FN156] This doctrine was incorporated into the 1976 Copyright Act to *211 separate the utilitarian aspects of designed products from their aesthetic elements. [FN157] Under this doctrine, courts generally extend copyright protection to design aspects of applied art only when there is physical or conceptual separability between the artistic and functional elements of an object. Physical separability means that the art can literally be separated from the object. Conceptual separability means that the object would be desirable for the designer's artistic judgment considered separately from the object's functional aspects. [FN158]

Buccafusco suggests that for dishes, it is easy to conceptually separate the functional elements from the artistic. [FN159] In his view the function of dishes is simply to provide caloric content, and in many restaurant dishes it is easy to separate the “aesthetic merits” of the dish from this “basic need to provide calories.” [FN160] However, the functionality doctrine only applies, and conceptual separability is only necessary, if restaurant dishes are considered useful articles. [FN161] If inventively plated dishes are considered a form of sculpture, and the food is considered a useful article, then in fact, conceptual separability would be required to separate the sustenance from the presentation. [FN162]

*212 Even then, and granting that it is not clear whether flavor is an aesthetic (it appeals to the sense of taste) or functional (a main purpose of the dish is to taste good) component of a dish, courts should easily be able to conceptually separate plating from the functional content of the dish, as plating does not reveal or affect (significantly) the flavors or caloric content of the dish. For example, on the cooking television show Iron Chef, contestants receive a score for plating separate from the score for taste. [FN163] Such televised competitions could be a model for how a judge might separate the appearance of a dish from its flavor in completing a useful articles analysis.

However, as mentioned above, the useful articles doctrine may not even be necessary in an analysis of whether dishes are entitled to copyright protection. Instead of analogizing an individual dish to a useful article like clothing or furniture, the entire experience of going to a restaurant could be considered akin to watching a dance performance. [FN164] This would avoid the separability issue entirely, as the useful articles doctrine applies only to graphic, pictorial, or sculptural work but not to performances, and performances are also generally not considered to be "functional." [FN165]

Of course, protecting the restaurant experience as a form of performance also has disadvantages. Primarily, it would bring judges into the role of tastemakers, as they would have to determine whether a particular restaurant was sufficiently expressive to be considered a form of performance art or was simply providing sustenance. Copyright law protects original expression without regard *213 to its artistic merits, [FN166] so this line drawing would be problematic from a doctrinal standpoint. Additionally, this kind of line drawing would be difficult from a practical standpoint. An inventive restaurant with a long chef's tasting menu, like Alinea or The French Laundry, would clearly fall into the performance category, while a standard diner would fall into the utilitarian category. However, it would be much harder to make this distinction when trying to categorize higher-end restaurants that serve classic dishes a la carte, where elements of performance are present but not as central to the experience as in a restaurant with a carefully choreographed chef's menu.

B. Addressing Fears of a Chilling Effect

The most common arguments against extending copyright protection to dishes are that such protection would stifle creativity and grant certain chefs monopolies over dishes that belong to the community as a whole. [FN167] Both chefs and scholars fear this chilling effect. [FN168]

Broussard suggests that the fair use doctrine would adequately prevent the chilling effects of possible copyright in-fringement litigation. [FN169] Fair use is a statutory carveout that declares that use of copyrighted material "for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching . . . scholarship, or research, is not an

infringement of copyright." [FN170] However, it is difficult to determine ex ante whether a particular use will be considered fair or not, so many people will choose not to offer dishes that are very similar to those of others to avoid the uncertainty of a lawsuit. Also, in a field known for development of skills through apprenticeships rather than schooling, it might be difficult to draw the line between preparing a dish for teaching or learning purposes--which would likely be considered fair use--and commercial uses requiring a license. [FN171]

*214 Buccafusco's discussion of a "culinary public domain" more adequately addresses fears of a chilling effect. This culinary public domain would include those "recipes [that] have been produced for years, if not for generations, and [whose] original creators are unknown." [FN172] Copyright protection would not extend to restatements of these dishes because they would not be original to the chef. [FN173] Beyond the mere doctrinal reasons for denying copyright to such recipes, recognizing a culinary public domain would serve the important purpose of keeping available to all cooks and restaurants the right to keep preparing perennial crowd pleasers and to riff on the classics. "[O] bviously innovative dishes like [Keller's] 'Oysters and Pearls' that have no gastronomic precedent," however, should receive protection, as there would not be any question as to their originality. [FN174]

However, a focus on very common and very innovative dishes leaves out those signature dishes that are a chef's personal take on one of the classics, yet creative enough that they are not simply re-creations of the classics. For example, Danny Meyer has explained how his chefs at Eleven Madison Park developed a signature dish of tuna tartare that "looks and tastes different from any other version." [FN175] The tuna is "seared on one side" and "[s] erved with sliced avocado and a radish salad." [FN176] While tuna tartare has been served in restaurants for years, bringing it into the culinary public domain, I propose that the Eleven Madison Park dish could be considered a "derivative work," and the chefs could obtain a "thin copyright" over just their contributions to the work. [FN177] This thin copyright could be used to keep others from directly copying the signature dish, but would not extend to the underlying public domain dish, allowing other chefs to make their own derivations of the classics. [FN178] In the case of the Eleven Madison Park dish, that restaurant

would hold a copyright in tuna tartare served *215 seared on one side, with sliced avocado and a radish salad, but only in those new additions to the dish. Other restaurants could continue to develop their own versions of tuna tartare. [FN179]

Any such copyright, whether in a single dish or a menu as a compilation, would be “thin” because it would protect against little more than exact copying. Such a limitation would provide for the free flow of ideas but would also allow chefs to bring suit if someone copied a dish exactly. Moreover, fears of excessive litigation would be reduced because a plaintiff would have to show actual copying to receive a remedy for infringement. Without direct evidence of such copying, a plaintiff could only prevail by offering proper circumstantial proof--that is, the plaintiff would have to show both that the defendant had access to the copyrighted work and that there was probative similarity [FN180] between the works to prove that the expressive portions of the work had actually been copied. [FN181] A defendant chef who had independently conceived of the dish could show evidence of where she found her inspiration. For example, if a different restaurant served tuna tartare seared on one side, with avocados and radishes, and Eleven Madison Park claimed copyright infringement, the other restaurant could prevail by showing that its chef never saw the Eleven Madison Park version, and that the dish was that chef's own variation on the classic tuna tartare. If both chefs drew from the culinary public domain, there would be no infringement.

Copyright law, however, is not the only area of IP law that offers the potential for greater legal protection of culinary creations. Trademark law, and in particular trade dress law, presents another potential avenue that chefs could use to protect their dishes as brand identifiers.

III. Trade Dress Protection of Signature Dishes

Trademark law, while often described as a form of intellectual property protection, actually grew out of the common law doctrine surrounding unfair competition, [FN182] and the federal trademark statute, the Lanham Act, owes its au-thority *216 to the Commerce Clause rather than the Intellectual Property Clause. [FN183] As a result, the forces driving trademark protection are somewhat different than those driving copyright and patent law. Rather than focusing on incentives for

creation, with the goal of promoting a wide variety of works, trademark law grew out of unfair competition law and is intended to protect consumers through the identification of brands, which promotes the sale of high-quality products. [FN184] It protects both consumers, who rely on trademarks when they purchase goods, and also producers, who have invested “energy, time, and money” in presenting their product, against the harms of “misappropriation by pirates and cheats.” [FN185] Trade dress law, a subset of trademark law, may prove to be a fruitful avenue for chefs looking for greater protection of their culinary creations.

A. What Is Trade Dress?

Trade dress is the overall image of a product, when it functions as a brand signifier. [FN186] Classic examples of trade dress are the shape of a Coca-Cola bottle, [FN187] or Tiffany & Co.'s robin's-egg-blue jewelry boxes. [FN188] Even stripped of a textual mark, consumers recognize that these packages hold products from a single source. In recent years, trade dress has increasingly been used to protect “nontraditional marks,” such as sounds, scents, and product designs. [FN189] This expansion has been based on a broad understanding of the statutory definition of trademark as including “any word, name, symbol, or device or any combination thereof” used by any person “to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.” [FN190] Moreover, “[s]ince human beings might use as a ‘symbol’ or ‘device’ almost anything at all that is capable of carrying meaning, this language, read literally, is not restrictive.” [FN191]

To obtain protection of trade dress, just as for other trademarks, the owner must show (1) that the mark is used in commerce; (2) that it is nonfunctional; (3) *217 that it is distinctive, either inherently or through secondary meaning; and (4) that it is recognized by consumers as symbolic of, or associated with, a source of goods or services. [FN192] Unregistered trade dress, like other unregistered marks, is protected under the Lanham Act in actions for trademark infringement. [FN193] Trade dress may also be registered on the principal trademark register, which establishes a presumption of the mark's validity in the case of any future lawsuit. [FN194] While registration is not a requirement for protection against infringement, it

provides some benefits for the owner, such as the ability to sell or license the mark. [FN195]

Trade dress received its true imprimatur in Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., [FN196] in which the Supreme Court held that the overall décor of a Mexican-themed restaurant, including its awnings, wall colors, and menu style could be inherently distinctive and thus protectable as trade dress. [FN197] The case reverberated far beyond the restaurant industry, as it was the first time the Supreme Court affirmed that the Lanham Act [FN198] in fact protects trade dress as well as traditional word marks or logos. [FN199] The Court read the statute very broadly, allowing for the interpretation that almost anything could serve as a "symbol" used in trade to identify the source of goods and thus be entitled to trademark protection. [FN200]

The Court's expansive view in Two Pesos of what constitutes trade dress led to an explosion of trade dress claims in the years that followed. [FN201] Perhaps in response to this expansion, the Court in Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros, Inc. [FN202] limited the reach of trade dress protection by holding that product design can never be inherently distinctive. [FN203] This means that a product's *218 design cannot qualify for automatic protection as a trademark. [FN204] To obtain trade dress protection for the design of products--as opposed to the packaging they come in, which can still be shown to be inherently distinctive--the claimant must now show that the claimed trade dress has acquired secondary meaning: [FN205] that the currently consuming public associates the trade dress with a single source. [FN206] To put it another way, "[I]n the minds of the public, the primary significance of a [mark has to be] to identify the source of the product rather than the product itself" for trade dress protection to attach to a particular product design. [FN207] However, this limitation has not stopped companies from registering and asserting unusual forms of trade dress, including sounds, scents, and goats on the roof of a restaurant. [FN208] The field thus remains open for claims of trade dress in restaurant dishes.

B. Signature Dishes as Trade Dress

Plaintiffs in a few restaurant-knockoff cases have already claimed infringement of the appearance of their dishes among other aspects of their trade dress. [FN209] These cases form the background of my analysis of the suitability of trade dress law for the protection of creative dishes.

In 2007, Rebecca Charles, chef of Pearl Oyster Bar in Manhattan sued her former sous chef Ed McFarland when he opened a look-alike restaurant, Ed's Lobster Bar, in the same neighborhood. [FN210] Charles alleged that McFarland had *219 copied the look of the restaurant space, the service style, and, importantly, the "arrangement and presentation of all dishes previously served and now served at Pearl." [FN211] The alleged copying included "placing doilies under plated dishes" [FN212] and "prepar[ing] and plat[ing] dishes in the same manner as Charles does at Pearl." [FN213] The parties reportedly agreed in their settlement that McFarland would change certain décor elements and the names of dishes on the menu, but not, apparently, that he would change the dishes served or the plating of the dishes. [FN214]

Similarly, in Mini's Cupcakes, Inc. v. LuAnn's Cupcakes, Inc., [FN215] the plaintiff alleged trade dress infringement of its "Breakfast at Tiffany's" cupcake. [FN216] The alleged trade dress "features vanilla cake, blue cream cheese frosting, and silver and white gems." [FN217] The defendant had been offering a virtually identical looking cupcake, named the "Tiffany Jewels" cupcake, to some of Mini's retailers. [FN218] Customers on a Utah cupcake lovers' blog noted how "freakishly alike" the two products were (see Figures 1 and 2). [FN219]

Finally, in Vaca Brava, Inc. v. Hacienda Vaca Brava, [FN220] a casual sit-down restaurant in Puerto Rico claimed that a competitor had infringed its trade dress in the plating of a meat dish, as well as in its décor and waitress uniforms. [FN221] The plaintiff, Vaca Brava, developed special steel plates that allowed meat to be served standing at an angle to the plate (see Figure 3) and were "designed to create a first and inescapable impression in the client's eyes." [FN222] This presentation was directly replicated in the defendant's restaurant, Hacienda Vaca Brava (see Figure 4). [FN223]

In the following Subparts, I examine how courts and the U.S. Trademark Trial and Appeal Board (which processes trademark registrations) would likely evaluate these claims of trade dress in the plating of restaurant dishes. Because these cases settled, there is little direct precedent, which means an analysis of the potential for these claims will be based on analogy to other nontraditional *220 trademark cases. There are many moving parts in trade dress law, and the doctrine is still relatively unsettled, so a trade dress claim could be rejected for any number of reasons. However, many nontraditional marks have succeeded in making it onto the register and are thus eligible for protection, [FN224] which makes clearer analysis important. [FN225] The doctrinal requirements that trade dress be distinctive and nonfunctional [FN226] will be the most challenging for signature-dish plaintiffs. I address them in turn.

*221 Figure 1. Mini's Cupcakes's “Breakfast at Tiffany's” Cupcake [FN227]

TABULAR OR GRAPHIC MATERIAL SET FORTH AT THIS POINT IS NOT DISPLAYABLE

Figure 2. LuAnne's “Tiffany Jewels” Cupcake, Allegedly Infringing Mini's Cupcakes's Trade Dress [FN228]

TABULAR OR GRAPHIC MATERIAL SET FORTH AT THIS POINT IS NOT DISPLAYABLE

*222 Figure 3. Vaca Brava's Handcrafted Steel Plate [FN229]

TABULAR OR GRAPHIC MATERIAL SET FORTH AT THIS POINT IS NOT DISPLAYABLE

*223 Figure 4. Vaca Brava's “Vaca Brava” Dish (Top); Hacienda Vaca Brava's “Toro” Dish (Bottom) [FN230]

TABULAR OR GRAPHIC MATERIAL SET FORTH AT THIS POINT IS NOT DISPLAYABLE

*224 1. Distinctiveness

All trademarks must be distinctive. That is, the mark must distinguish the product from others like it, and customers must recognize it as a source identifier. [FN231] Some marks are inherently distinctive, which means that they serve as a source identifier from the first time they are used. [FN232] Others develop acquired distinctiveness through use in the marketplace. This acquired type of distinctiveness is known as secondary meaning. [FN233] Certain types of nonverbal marks may never be inherently distinctive and must always develop secondary meaning to be protectable. [FN234]

a. Can Plating Trade Dress Be Inherently Distinctive?

In Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc., [FN235] the Court drew a bright line between protection of product packaging and protection of product design. [FN236] The Court found that product design, the configuration of the product itself, can never be inherently distinctive, because "consumer predisposition to equate the feature with the source does not exist." [FN237] Product packaging, on the other hand, can sometimes be inherently distinctive because customers are inclined to view a "garish form of packaging" as a symbol of a brand. [FN238]

The Court acknowledged that the line between product packaging and product design would not always be easy to draw. [FN239] In cases where it is unclear whether the claimed trade dress is product packaging or product design, the Court *225 suggested that lower courts should err on the side of requiring a showing of secondary meaning to avoid depriving customers of the benefit of competition among products they find useful or aesthetically pleasing. [FN240]

While the above rules seem relatively clear, the Wal-Mart Court complicated things by distinguishing its earlier holding in Two Pesos. The Court declared that restaurant décor "seems to [the Justices] not to constitute product design," and thus is capable of being inherently distinctive. [FN241] Justice Scalia, writing for the unanimous Court, announced that restaurant design is either product packaging or "some tertium quid." [FN242] Following the Supreme Court's guidance after Wal-Mart, lower courts and the Trademark Trial and Appeal Board (TTAB) have continued to hold that nontraditional marks for restaurants can be inherently distinctive. [FN243]

The lack of clarity that persists today in cuisine trademark cases can also be attributed to the fact that restaurants sell both services and products. In deciding whether to allow registration of a service mark, [FN244] the TTAB does not attempt to separate packaging from product design as it does for tangible goods, it simply asks "whether it is reasonable to assume that the consumer is predisposed to view the trade dress as a source indicator" for the service. [FN245] If so, a nonverbal service mark may be protected as inherently distinctive.

Thus, looking at the trade dress infringement cases and materials described above together, there are three ways in which a court or the TTAB could find that dishes are eligible to be inherently distinctive trade dress: (1) if plating is characterized*226 as product packaging; (2) if plating is considered a tertium quid; or (3) if the dish functions as a service mark.

i. Plating as Product Packaging

Under this argument, when a restaurant serves a dish, the food would be considered the product, while its presentation and plating--on specific plates and with precise arrangements--constitute the packaging. [FN246] The packaging could then be protected as inherently distinctive trade dress.

Recall that plating is not merely the arrangement of the elements of a dish but also includes literally the choice of the plate on which the food will be served. [FN247] Keller's cornet, for example, is served in a “specially designed Lucite holder.” [FN248] Grant Achatz serves dishes in test tubes. [FN249] Susan Feniger chose the round tin plates used at her restaurant Street to evoke the casual, inexpensive vendors to whom her restaurant pays homage. [FN250] If a product consists of food, the plate may be considered the “package” it comes in.

The distinction between plating and product design (the dish itself) is harder to make when the container is also made of food, such as Thomas Keller's cornet shaped tuile, which is edible but also holds a filling. In arguing for trade dress protection for his cornet, Keller might be able to show that the shape of the tuile is distinctive and conceptually closer to packaging, as he serves it filled with either salmon or vegetables, depending on the tasting menu. [FN251]

ii. Plating as Tertium Quid

A court could also find the plating of a dish analogous to restaurant décor and declare it a tertium quid because, like restaurant décor, plating is part of what you are paying for when you are in the restaurant but is neither the main product nor its *227 packaging. Justice Scalia, during oral argument in the Two Pesos case, gave a hint that he considers a restaurant experience to be as much about the ambiance as it is about the food when he said, “I don't think [restaurant décor] is packaging. I think you're talking about the substance of what's being sold. You're selling

atmosphere and food, the two of them. You can have wonderful food in a lousy atmosphere. I'm not going to pay as much money." [FN252] Just as diners pay more for a nice ambiance, they will generally pay more for attractively plated food because good plating contributes to their dining experience. Like décor, the plating could be considered neither the product nor the packaging, and thus would be a tertium quid. As indicated in the Wal-Mart decision, therefore, the plating of dishes, if found to be a tertium quid, could be found inherently distinctive and thus protectable as trade dress immediately upon use.

iii. Signature Dish as a Service Mark

Chefs seeking protection for their culinary creations might also argue that their signature dishes function as service marks and thus may be shown to be inherently distinctive if "the consumer is predisposed to view the trade dress as a source indicator." [FN253] A true signature dish distinguishes a particular restaurant experience or chef's work as a service rather than being a simple food product. Thomas Keller, for example, advertises his cornet as a symbol of his culinary identity: "[Y]ou will see a connection [between The French Laundry and Per Se] in the food, in the cornet, which opens all meals as it does at both restaurants . . . ." [FN254] Customers are thus often encouraged to recognize signature dishes as symbols and identifiers of a restaurant.

Treating signature dishes as service marks [FN255] would solve the conceptual issues that arise when trying to apply the Wal-Mart rule to the restaurant industry. The *228 problems arise because the product packaging-product design di-chotomy simply does not make sense in the service category. Justice Scalia acknowledged this tension when he declared restaurant décor a tertium quid. [FN256] Since restaurant décor distinguishes the restaurant services as a whole, courts should abandon the product-packaging distinction and acknowledge that it is functioning as a service mark. Likewise, a true signature dish represents the restaurant services as a whole. When Thomas Keller serves cornets as an amuse bouche before each meal, he is signaling the quality of service provided at his restaurants. His restaurant websites and cookbooks emphasize how this dish is served at the beginning of meals as a

defining aspect of the experience at The French Laundry and Per Se and could thus legitimately be viewed, and protected, as a service mark.

In the case of a signature dish being claimed as a service mark for the restaurant, the chef could demonstrate that the plating is serving as a mark for the chef's services. If the dish is a service mark, it may be found inherently distinctive, provided the customer would likely see it as source indicator upon a first view. [FN257]

The desserts sold by Mimi's Cupcakes, on the other hand, would likely be considered a product and not a service, as they are sold in retail establishments and not as part of a restaurant service experience. As a product, the cupcake design would have to be evaluated under the Wal-Mart standard. That is, Mimi's Cupcakes would have to show either that the frosting functioned as packaging or that the company had established secondary meaning in its specific product design trade dress of frosting and sprinkles on its cupcakes.

b. What Is the Appropriate Test for Inherent Distinctiveness?

Even if a court were to hold that a plating trade dress constitutes product packaging, a tertium quid, or a service mark, and thus that it could be inherently distinctive, there is further confusion about what the correct legal standard is for proving inherent distinctiveness in nonverbal marks. Some courts attempt to use the Abercrombie categories, [FN258] which classify word marks as fanciful, arbitrary, suggestive, descriptive, or generic, and determine their distinctiveness accor-dingly. [FN259] *229 However, other courts, the TTAB, and scholars have pointed out that Abercrombie's scheme is meaningless when applied to nonverbal marks, because shapes, smells, and other nonverbal marks that are not descriptive, in that they do not describe or bring to mind the item being sold, may nonetheless be far from distinctive--no consumer would see them as distinguishing the good. [FN260] Thus, many courts and the TTAB use the Seabrook test, [FN261] a modification of Abercrombie designed to evaluate the inherent distinctiveness of nonverbal marks. [FN262] Applying Seabrook to the plating of dishes would require courts to ask whether customers are inclined to recognize the presentation of the food as source

identifying. Analyzed from the perspective of a customer upon first consumption, the relevant questions are

(1) “whether the [mark] is a common basic shape or design,” in which case it would not be inherently distinctive; or

(2) “whether the [mark] is unique or unusual in the particular field,” in which case it would be inherently dis-tinctive; and

(3) “whether the [mark] is a mere refinement of a commonly-adopted and well-known form of ornamentation for a particular class of goods or services viewed by the public as a dress or ornamentation for the goods or services,” in which case it would not be inherently distinctive; or

(4) “whether the [mark] is capable of creating a commercial impression distinct from any accompanying words,” in which case it would be inherently distinctive. [FN263]

*230 Applying this type of analysis to signature dishes would allow courts to distinguish among various plating claims more easily. For example, serving a cupcake topped with frosting and sprinkles is common, so customers are unlikely to see this form of plating as representing a single source. Serving meat standing at an angle to the plate, as in the Vaca Brava dish, is not common or basic, and thus might be considered source identifying and distinctive. However, Vaca Brava's bull horn meat presentation might also be considered a refinement of barbecuing beef on skewers, in which case it would not be considered to be inherently distinctive. Truly innovative presentations, like Achatz's glass tube holding burning cinnamon sticks below hollows of meat, on the other hand, are both so unlike any other restaurant dish and so unique from any other plating “ornamentation” that they should be found to be inherently distinctive.

As described above, only truly innovative or unusual presentations would be considered inherently distinctive using the Seabrook test. Other courts may reject the argument that plating is analogous to product packaging, a tertium quid, or a service mark, and would instead consider it product design. If it is product design, the dish by definition could not be found inherently distinctive and would not be immediately protectable. Even if the plating were considered product packaging, a

tertium quid, or a service mark, it is likely that a court would not find the presentation inherently distinctive. If the trade dress is not inherently distinctive, the proponent will have to show that the plating trade dress has developed secondary meaning.

c. Secondary Meaning

Any mark that is not inherently distinctive is protectable only if it has acquired secondary meaning--that is, consumers recognize it as serving to identify a single source. [FN264] This requirement is not necessarily, as some have suggested, a death knell for a plating trade dress claim. However, it will force those who claim such protection to make a strong case that the public associates their trade dress *231 with a particular source, often by referring to advertising, customer surveys, or third-party sources. [FN265]

Color marks, for example, can never be inherently distinctive, and thus must always be shown to have acquired dis-tinctiveness. [FN266] This requirement has made it difficult for companies to prevail in registering or claiming infringement of color marks, but it has not completely foreclosed protection. [FN267] Recently, a federal district court found that Wolf Appliances had shown sufficient evidence of secondary meaning to obtain a preliminary injunction against a competitor using knobs of a similar color and shape. [FN268] The court found that Wolf's federal trademark registration had created a presumption of secondary meaning. [FN269] During the registration process, Wolf had provided the reluctant TTAB examiner with customer surveys, advertising, and news articles that indicated that customers did not find the red knobs to be "merely an 'ornamental feature"' but that the knobs had acquired secondary meaning instead. [FN270] For example, "[i]n 2001, an article in The New York Times stated: 'Wolf [is] known for its red knobs,"' and "[a] 2006 article on Kitchens.com entitled Wolf v. Viking: What's the Difference Between Wolf and Viking?, noted: 'One thing your money can't get with Viking: Wolf's trademark red knobs, considered a status symbol in some circles."' [FN271]

Likewise, a chef who is well known for a particular dish or two, like Thomas Keller is for his cornets and Oysters and Pearls, could submit articles suggesting that

he is known for these dishes. Restaurants also advertise their signature dishes, as Keller does on his website for The French Laundry and Per Se. Restaurants already have an incentive to promote their signature dishes, as they draw customers to their restaurant and form an important part of the chef's or restaurant's brand. [FN272] *232 In the context of a chef's claim for trade dress protection of her signature dish, these advertisements would have the added benefit of increasing the likelihood that the dish will acquire secondary meaning. Being able to point to such advertisement would help a chef demonstrate that diners see the dish as identifying the particular source of the restaurant services and that the dish had thus acquired secondary meaning.

d. Vague or Generic Trade Dress Cannot Be Distinctive

By arguing that a chef could claim trade dress protection in the plating of a dish, I do not mean to suggest that trade dress law would protect a mere concept or style of plating. [FN273] Business or merchandising ideas are not protectable as trade dress. [FN274] Therefore, for example, a court held that a wine store that included in its alleged trade dress a method of arranging wine by taste could not obtain trade dress over this marketing idea alone because granting it protection would create a monopoly in "operating retail stores that categorize wines by taste." [FN275] However, the same wine store was found to have developed a valid, inherently distinctive trade dress in the specific impression formed by its "wall of wine," described by the court as

color-coded, iconographic wall signs identifying eight taste categories above single display bottles on stain-less-steel wire pedestals which run along the store perimeter, above identical color-coded textually formatted square shelf-talkers, above vertical arrays of nine glowing bottles stacked horizontally, above a strip of cabinets or drawers which extend to the floor. [FN276]

Thus, even though trade dress is sometimes broadly described as the "overall image or appearance" of a product or its packaging, "the plaintiff must precisely articulate the specific elements that comprise its distinct trade dress, so that courts *233 can evaluate claims of infringement and fashion relief that is appropriately tailored to the distinctive combination of elements that merit protection." [FN277]

The reasoning behind this demand for specificity is twofold. One is to assuage monopolization worries such as those expressed in the “wall of wine” case above. Another is that when an alleged trade dress is described very generally, con-sumers are unlikely to view it as a source identifier. For example, Andy Warhol's estate sued to prevent publication of a calendar with pictures in his pop-art style, claiming a trademark in the style of the silk screens. [FN278] The court rejected this argument because the pictures themselves had never been used as a trademark to identify the source of a good. As the court stated, “To prevail, Plaintiffs must show not that these images have come to signify Andy Warhol as the artist, but Plaintiffs as the source of the product--the calendars.” [FN279]

Similarly, to restaurant connoisseurs, the style of using culinary foams on dishes might immediately draw Ferran Adrià to mind. Though Adrià is likely as well known in the culinary world for his foams [FN280] as Warhol is in the art world for his prints, [FN281] Adrià would not be able to claim trade dress protection in the plating style of using foam, and he could not stop other chefs from also using foam in their own plating because such a claimed trade dress would be too general. However, if Adrià had a signature dish that incorporated foam in a specific way, and he used this dish to distinguish his brand, he could claim trade dress in the particular arrangement of foam and other elements on the plate, so long as cus-tomers recognized it as a signature dish meant to identify the “Adrià brand.” [FN282] Thomas Keller's *234 cornets, which are used as a symbol of his restaurant brand, would accordingly not fail as a mere style of presentation but instead be protectable as a valid trade dress. [FN283]

Moreover, if a particular form of plating claimed to be trade dress were standard within the industry, it would be rejected as being generic and thus not protectable. Trade dress does not cover generic designs because doing so would stifle competition by allowing common designs to be made only by one source. [FN284] A court in Hawaii found, for example, that a cookie design was too common to be distinctive, noting that the combination of design elements was dictated by the method of making cookies and that “the rectangular shape is a classic shape for

shortbread." [FN285] A partial chocolate covering at a diagonal angle did not add enough distinctiveness to sufficiently distinguish the design from others, as many cookies are chocolate dipped. [FN286] The claimed trade dress was thus "nothing more than a non-distinctive combination of a few basic, common design elements." [FN287] Likewise, the appearance of the Caesar salad at Pearl Oyster Bar would likely be found to be generic, as placing salad in a bowl and topping it with croutons is a common way of serving it. The design Mimi's Cupcakes uses is also likely to be found generic. After all, there is nothing unusual about topping a cupcake with bright frosting and sprinkles, and the particular combination of turquoise cream cheese and silver sprinkles is likely too basic to be distinctive. [FN288]

While some might reasonably fear that it would be difficult to define distinctive trade dress in plating adequately, consider David Chang's highly detailed instructions for composing his signature dish at Momofuku Ko, "eggs-in-an-egg":

We serve this dish in a very wide, very shallow bowl, almost like a concave plate. Putting together the dish, we imagine the middle of the plate as a circle: the right half of the circle should be onion soubise, two-thirds of the left half should be potato chips, and the remainder--the part of the circle that will face the diner--a little pile of fines herbes salad. Make a small indentation into the onions on each plate, using the back of a spoon, and nestle an egg in it. Split the egg open a little more *235 than halfway with a small knife, and then use a small spoon to sneak the caviar into the egg and settle it into the yellow river of yolk spilling out onto the plate. Add a few grains of smoked salt on top of each egg and a tiny splash of sweet potato vinegar over by the onions. [FN289]

By comparison, Frito-Lay successfully registered a trade dress in a shape of tortilla chips that is described only as "the bowl-shaped configuration of the goods," and is accompanied by a basic sketch. [FN290] The sketches many chefs make for their plating ideas may be much more specific (see Figure 5) and could thus easily translate into official designs sub-mitted to, and approved by, the U.S. Patent and Trademark Office (USPTO). [FN291] And though restaurant dishes, unlike manufactured food products, must be individually assembled, skilled cooks can consistently recreate a chef's design and thus preserve the uniqueness of the

claimed trade dress. [FN292] Indeed, at many high-end restaurants the plating is so precise that cooks use tweezers to assemble the elements of the dish. [FN293]

However, there is also a downside for would-be trade dress holders in defining their trade dress too precisely. The more specific the combination of elements, the more likely it is to be found inherently distinctive. But a more specific description also "makes it correspondingly difficult for a plaintiff to prove likelihood of confusion. . . . [D]efendant-competitors who have some similar elements as well as noteworthy dissimilar elements in their trade dress may be able to show that the specific combination of elements that they use also constitutes protectable trade dress." [FN294] If both parties claim a distinctive, protectable trade dress, differences contained in specific descriptions will make it difficult for either side to demonstrate a likeliness of confusion among consumers. [FN295]

*236 Figure 5. Chef Grant Achatz's Brainstorming Sketch (Top) and Photo (Bottom) of Final Dish "Roasted Maitake Mushrooms With Chestnuts, Roasted Vegetables, and Autumnal Aromas" [FN296]

TABULAR OR GRAPHIC MATERIAL SET FORTH AT THIS POINT IS NOT DISPLAYABLE

*237 Figure 6. Sketch of Frito-Lay Tortilla Chip Snack From Application for Trademark Registration on Principal Register [FN297]

TABULAR OR GRAPHIC MATERIAL SET FORTH AT THIS POINT IS NOT DISPLAYABLE

2. Functionality

Another statutory requirement besides distinctiveness is that trade dress must be "nonfunctional." [FN298] If the trade dress configuration is "essential to the use or purpose of the product, or if it affects the cost or quality of the product" it is functional and may not be trademarked. [FN299]

Functionality of an alleged trade dress is both a bar to registration and a defense against a charge of trademark in-fringement. [FN300] The policy rationales underlying the functionality bar to trade dress protection are (1) to protect free competition and (2) to maintain the patent system as the place to obtain protection for utilitarian ideas. [FN301] At the heart of the nonfunctionality requirement is the notion that "there exists a fundamental right to compete through imitation of a

competitor's *238 product, which right can only be temporarily denied by the patent or copyright laws." [FN302]

This does not mean, however, that a valid trade dress may not contain any functional elements. Rather, trade dress law protects the entire effect created by the many elements that compose a trade dress, even if some of them are individually functional. [FN303] This is highlighted in restaurant décor cases, where trade dress protects the combination of several elements that on their own may be functional. [FN304] For example, in Fuddruckers, Inc. v. Doc's B.R. Others, Inc., [FN305] many of the individual elements of the claimed trade dress--such as oversized condiment dispensers on each table--were functional, yet the trade dress as a whole was not functional because it did not limit activity in the market so as to significantly reduce competition. [FN306] Likewise, the particular arrangement of dining room elements in Two Pesos would not hinder another upscale Mexican restaurant from opening with a different combination of functional dining room elements and thus was not considered to be functional. [FN307]

*239 Most courts and the USPTO evaluate functionality using the Morton-Norwich factors, which ask (1) whether there is a utility patent for the product that discloses utilitarian advantages of the design; (2) whether the applicant's ad-vertising touts the utilitarian advantages of the design; (3) whether alternative, equally functional designs are available to competitors; and (4) whether the design results from a comparatively simple or inexpensive method of manufacture. [FN308]

Applying this standard, a court denied trade dress protection to a manufacturer of frozen French fries when the man-ufacturer asserted trade dress in the curlicue shape of its fries because the design of the fries resulted in higher yield at a lower cost:

[T]he shape of this product configuration provides several advantages to the customer. These advantages in-clude superior yield, lower portion cost, better cosmetic plate coverage, and advantages realized in the cooking process that result in improved flavor, faster service time and better heat penetration. . . . [T]he configuration of the curlicue fries affects the cost and quality of the product and renders it functional. [FN309]

Following this logic, a chef would not be allowed to claim trade dress protection and create a monopoly over a form of presentation that made it less expensive to serve a particular type of food. However, while some restaurant dish plating is designed to save the restaurant money, many forms of distinctive plating will actually result in more food waste, rather than less, and are employed more for presentation and branding than for their functionality and utilitarian value. For example, to serve a perfect round of foie gras, a chef cuts circles out of pâté that has been spread on a sheet tray. [FN310] Choosing this shape results in waste at the corners around every circle and provides no utilitarian advantage.

When the decision regarding the size or shape of a food product is dictated by practical concerns, the product will be considered functional and ineligible for trade dress protection. For example, the size of “Dippin' Dots” ice cream was found to be functional because the plaintiff's own materials “emphasized how the quick freezing of tiny round beads was crucial to the taste and consistency of the product.” [FN311]

One factor that might cause courts to be more inclined to grant trade dress protection to the plating of restaurant dishes than to the curlicue fries or spherical *240 ice cream mentioned in the cases described above is that the fries and ice cream cases are about individual food items, whereas the plating of a restaurant dish generally comprises many different items placed in a distinct arrangement. Plating is thus more like the arrangement of functional elements within a dining room that compose a restaurant's protectable décor trade dress. Such food arrangements via plating are rarely comparatively simple or inexpensive--in fact, it will generally take longer and require more attention to plate food in a distinctive arrangement. [FN312] In plating cases, there will also generally be other equally functional designs available to other chefs--thus making successful trade dress claims more likely--because there are myriad ways to arrange a plate of food.

However, evaluating plating decisions for functionality might lead courts down the confusing path of trying to evaluate aesthetic functionality, a concept that many courts have rejected. [FN313] Read broadly, this rule would reject as functional any design that renders a product commercially attractive, leading to the perverse result of only allowing unattractive designs to serve as trademarks. [FN314] Recently, Judge

Easterbrook rejected a broad application of aesthetic functionality when finding that the circular design of a thermostat was not aesthetically functional simply because some customers might prefer its look. [FN315] According to Easterbrook, “It would always be possible to show that some consumers like the item's appearance; then the corner jewelry store could emulate the distinctive Tiffany blue box, which *241 would lose its ability to identify origin. ‘Beauty lies in the eye of the beholder’ therefore cannot by itself establish functionality of trade dress.” [FN316]

The Restatement of Unfair Competition also offers a more limited version of the concept, which is similar to the fourth Morton-Norwich factor for utilitarian functionality: “[A] design is functional because of its aesthetic value only if it confers a significant benefit that cannot practically be duplicated because of the use of other designs.” [FN317]

The aesthetic functionality concept has recently been invoked to describe functionality that is properly an issue of utility of color or shape, [FN318] such as a black outboard engine for boats (no other color would match as many boats), [FN319] or the color blue for a water filter (no other color is uniquely associated with clean water). [FN320] Thus, if plating trade dress were found functional, it would likely be for reasons that are actually utilitarian, such as preventing a trade dress claim in the use of a color that is associated with the flavor of the food. [FN321]

For example, in ice cream the color brown generally indicates chocolate flavor, pink indicates strawberry flavor, and white indicates vanilla. Thus, the color element of an ice cream manufacturer's asserted trade dress has been held functional because it indicates flavor, though it might also be considered attractive. [FN322] An arbitrary or decorative use of color, such as the turquoise blue frosting used on the Breakfast at Tiffany's cupcake, however, would not be precluded from receiving trade dress protection for reasons of “aesthetic functionality” simply because customers are attracted to blue frosting, given that other cupcake makers could use a different attractive color. But if the color of the frosting communi-cated its flavor, it would likely be considered functional and thus not protectable as trade dress. [FN323]

*242 Thus, if the plating of a dish were sufficiently distinctive, well defined, and nonfunctional, it could be registered as trade dress. Yet enforcement of the trade dress against infringing copies requires that the plaintiff prove more than just that a valid trade dress exists.

3. Enforcement of Plating Trade Dress Against Infringement

In the previous Subpart, I explained how the plating of a signature dish could qualify as trade dress either for purposes of trademark registration or as the basis for an infringement suit based on unregistered trade dress. But recognizing that plating can serve as trade dress is only one aspect of a successful trade dress infringement suit. And while the recent ex-pansion of nontraditional marks that have been registered as trademarks makes it quite likely that the plating of a signature dish that is sufficiently unique and well defined will obtain registration, [FN324] enforcing the protected status of the mark against another restaurant's use will be more difficult. [FN325]

To prevail in a trademark infringement case, a plaintiff must prove that the defendant's use of the protected mark is likely to cause customer confusion regarding the source or sponsorship of the product. [FN326] In most infringement cases involving restaurant dishes, it is unlikely that plating trade dress will cause actual customer confusion as to the origin of the product because once in one restaurant, the customer will not think that a chef from a different restaurant prepared the dish. [FN327]

For the likelihood-of-confusion analysis, however, “a consumer need not believe that the owner of the mark actually produced the item and placed it on the market,” [FN328] because the Lanham Act also protects against confusion regarding the association or sponsorship of a good or service. [FN329] In this context, there are two different types of confusion. If a customer thinks that a chef known for a signature dish has sponsored or approved of the restaurant in which the knockoff dish is *243 being served, there is regular customer confusion. [FN330] If the customer thinks that the infringer is the source of the dish served in the original chef's restaurant, there is so-called reverse confusion, which can also have adverse consequences for the reputation of the original restaurant. [FN331] The décor trade

dress cases further show that there may be a likelihood of confusion even once customers have entered an establishment, despite the defendant restaurant having exterior signage that clearly identifies it as a differently named restaurant than the plaintiff's. [FN332]

Likelihood of confusion is thus a fact-intensive inquiry, and each federal circuit has articulated its own list of factors that lower courts must consider in determining the likelihood of confusion. [FN333] These factors can be grouped, however, into market factors, defendant's intent to confuse, and proof of actual confusion. [FN334] If the plaintiff can show proof of actual confusion, this factor will be highly persuasive. [FN335] It is not strictly necessary, however, for a finding of likelihood of confusion. [FN336] Courts recognize that it can be difficult to gather evidence of confusion, so a plaintiff may prevail in showing likelihood of confusion based merely on market factors and the intent to confuse. [FN337]

Market factors include, inter alia, the degree of similarity between the marks, the sophistication of customers, and the geographic markets of the two businesses. [FN338] *244 The similarity of the marks should be analyzed based on the overall impact of the marks on the customer when viewed sequentially, not in a side-by-side comparison. [FN339] This means that the more distinctive and unusual the trade dress, the more likely it is there will be an impression of similarity, because a consumer will better remember the specific aspects of a distinctive appearance than one that seems common. [FN340] When the shared elements of the trade dress are functional, however, courts will be disinclined to find a likelihood of confusion. [FN341] Thus, functional decisions about plating, like serving condiments on the side of a burger, will es-sentially fall out of the likelihood-of-confusion analysis. Lastly, the more elements that are used in the definition of a particular trade dress, the more likely it is that a defendant will have only used some of those elements, making it less likely that the marks will be found confusingly similar.

Sophistication of customers will likely be an important market factor in the confusion analysis for restaurant dishes. [FN342] The different levels of sophistication between potential consumers at high-end restaurants and middlebrow chain restaurants, for example, could affect the trade dress infringement analysis in

different ways. While the customers of high-end restaurants, who pay hundreds of dollars for a meal, might reasonably be assumed to have done some sort of due diligence into who is responsible for the dishes they purchase, and thus are less likely to be confused, they are also the consumers most likely to recognize specific plating as associated with a chef, and for that reason might be more confused if they see the same plating in a different restaurant. High-end restaurants attract customers who have an interest in food, who likely read food magazines or restaurant reviews, and who may have eaten in the original chef's restaurants. [FN343] Therefore, they might be *245 more likely to identify a particular chef as the creator of the dish and thus upon seeing a knockoff might more likely be confused.

Indeed, as more restaurants are owned by groups that run several different establishments, [FN344] it is conceivable that sophisticated customers who know about the prevalence of such restaurant groups might think that the original chef was affiliated with a parent company responsible for the knockoff dish. For example, Mario Batali first served his “love letters” ravioli at Babbo in New York. They are now also served at other Batali restaurants, such as B&B Ristorante in Las Vegas. Imagine if another Italian restaurant, not owned by Batali but seemingly of similar quality as Babbo or B&B Ristorante, began serving the “love letters” ravioli. A diner who knew of Batali's dish might reasonably assume that a restaurant serving “love letters” ravioli was part of Batali's restaurant group or that Batali had consulted on the menu. [FN345] The more distinctive and well known the dish, the more likely this sort of confusion is to occur.

On the other hand, diners at middlebrow restaurants may be expected to pay less attention to the source of the food--because they are paying less for it--and thus may be more easily confused. Moreover, national chains, like Olive Garden or Outback Steakhouse, make television commercials featuring signature dishes that are likely to result in broad product recognition and connection with the brand. [FN346] Thus, if customers saw a similar looking dish in a different restaurant, they could be confused and think that the restaurants were affiliated. If the dish at the other restaurant is inferior, then the trade dress fails to function as a quality-assurance mechanism.

*246 The geographic location of a competing restaurant is another market factor to consider in the confusion analysis of trade dress infringement cases for signature dishes. When one restaurant moves into the same city as another restaurant with a similar style of presenting its food, the likelihood of confusion as to a dish's original and knockoff source is greater. Sometimes, courts will worry about reverse confusion if the junior user of the mark uses it in a location to which the original user might naturally expand. [FN347] Within a large city, the geographic proximity likely to cause confusion may be as specific as an individual neighborhood. [FN348] All else being equal, a copycat dish used all the way across the country is less likely to confuse than one used in the same city as the initial dish.

The defendant's intent to copy is another likelihood-of-confusion factor. In this context, it is important to note that intent to copy is not necessarily the same as intent to deceive consumers; only the latter weighs in favor of a finding of likelihood of confusion. [FN349] Maintaining a clear distinction between competitive copying and copying to deceive the consumer is important because it complies with the trademark policy goal of protecting against unfair competition without harming legitimate competition. [FN350]

In practice, however, the restaurant and retail cases where a defendant has intentionally and blatantly copied the plaintiff restaurant's scheme because the defendant finds it an attractive business model--the type of copying that should not, theoretically, lead to infringement liability--have also tended to favor plaintiffs. Anti-free riding sentiment against “reaping what another has sown” seems to play an unspoken role in these cases. For example, there was evidence in Two Pesos that the people responsible for designing the Two Pesos restaurants had visited *247 Taco Cabana restaurants and “were sufficiently impressed with the distinctiveness of Taco Cabana's trade dress to replicate it.” [FN351] Similarly, in Best Cellars, Inc. v. Grape Finds at Dupont, Inc. [FN352] there was evidence that the defendant had sent his interior designer to the plaintiff's wine store to copy the appearance of the wine display system and that he recognized that the plaintiff had a good business concept that he wanted to exploit. [FN353] The fact that the plaintiff had invested significant time and money into developing its business style, which the court found quite

unique, was persuasive to the court in finding a likelihood of customer confusion. [FN354] In the legal equivalent of a control case, Best Cellars, Inc. v. Wine Made Simple, Inc., [FN355] nearly all the facts were the same--the same plaintiff store and a defendant wine store that opened with a similar store layout and appearance. However, there was no evidence that defendants acted in bad faith or that they had intentionally copied the plaintiff's business model. [FN356] Accordingly, the court found that there was no likelihood of customer confusion resulting from the defendant's copying of the plaintiff's store layout. [FN357]

Thus, while it will be difficult to show a likelihood of customer confusion in a plating trade dress claim, such proof is not impossible, particularly if a plaintiff can show that the defendant intentionally copied the plating. This means that a chef who has created a protectable trade dress in the plating of a dish should be able to prevail against a blatant and intentional knockoff of the dish.

IV. Trade Dress Will Expand Rather Than Copyright

As illustrated in the previous Parts, neither trade dress nor copyright law presents a clear path to formal protection of restaurant dishes, yet there is potential in both bodies of law for an expansion to cover cuisine. In practice, we are more likely to see an expansion of trade dress law to encompass the plating of signature dishes than an expansion of copyright to protect either dishes or their appearance. This Part explains why this is so, and it addresses concerns that this expansion of trade dress will create indefinite monopolies and chilling effects.

*248 A. Expansion of Copyright Is Unlikely

Whether attributable to a reluctance among courts, community norms, or the expense of enforcement, chefs have not yet attempted to broaden copyright's reach by claiming copyright in their dishes as edible art, though doubtless some of the beautiful, inventive plating at a restaurant like Alinea is at least as creative and worthy of protection as many of the banal objects protected under the Copyright Act as sculpture. [FN358]

While the statutory language and legislative history of the Copyright Act should not be an impediment to expanding copyright to encompass cuisine, [FN359] chefs do not seem to be moving toward such an expansion. Recent scholarship has

suggested an explanation for this: The expansion of copyright protections for dishes would harm chefs more than it would help them, as it might have chilling effects and stifle creativity by increasing both the length of protection and the fear that riffing on another chef's dish would constitute copyright infringement. [FN360]

One possibility to prevent such overprotection would be to create a sui generis provision in the Copyright Act that would allow dishes to be copyrighted but would provide for a shorter period of protection and clear guidelines on what constitutes actionable copying. Similar proposals to add protection for fashion design, however, have been unsuccessfully introduced to Congress for several years in a row. [FN361] Given the difficulty the fashion design bill has encountered--despite backing from the Council of Fashion Designers of America [FN362]--it seems fanciful to think that an analogous provision for cuisine will pass any time soon. Moreover, just as fashion designers in Europe decline to use the copyright protections actually *249 available to them, [FN363] chefs in the United States have already announced that they would be reluctant to enforce copyrights against their peers. [FN364]

This reluctance may be attributed to the inherently hospitable nature of the cuisine industry, [FN365] but it may just as easily be explained by economic concerns. Elizabeth Rosenblatt, for example, has explained how creative communities will eschew formal legal regimes when they overprotect certain participants or are too expensive to enforce. [FN366] Pursuing infringers and proving damages in cuisine cases will be expensive and difficult. Without a statutory change that provides explicit copyright protection for restaurant dishes (which, as stated above, is unlikely), a plaintiff who asserts a copyright over a dish will always be subject to the defendant challenging the very premise of the suit--that the plaintiff held a copyright in her dish--and early dismissal would be likely because the standard wisdom is that copyright does not protect recipes. [FN367] Most chefs will avoid the expense of fighting such an uphill battle.

B. Trade Dress Has Already Begun to Expand

Trade dress doctrine, on the other hand, is more likely to expand to encompass the plating of restaurant dishes. In recent years, the USPTO has been so generous in granting registration to various nontraditional marks that it is unsurprising that

restaurants have begun to claim trade dress in the plating of their signature dishes. [FN368] Indeed, the lack of clarity regarding trade dress requirements has created a sort of vacuum--a doctrine of trade dress so empty or ill defined that plaintiffs have rushed to fill it, and to push its boundaries. [FN369] Exploiting this vacuum to *250 protect their creations is particularly attractive to those who operate in low-IP industries. [FN370]

The ability to apply existing trade dress principles to signature dishes, as described in Part III.B, highlights the mal-leability of current trade dress law. [FN371] For chefs, using trade dress to protect signature dishes may prove a relatively elegant way to formalize established community norms. Trade dress already protects the interior décor of restaurants, which is no more likely to confuse a customer already in the restaurant about its source or sponsorship of the restaurant than the plating of a dish. In fact, in some restaurants, the signature dish, rather than the décor, will define the restaurant. [FN372] For example, when a restaurant group based in New York copied Border Grill, the group borrowed many dishes from the menu but changed the look of the restaurant. [FN373]

It seems inconsistent, then, that trade dress law should protect the look of a Mexican restaurant like Taco Cabana, but not the menu concept of Border Grill, when customers sitting in the Border Grill knockoff could be equally confused about the sponsorship of the restaurant because of the similarity in menu items. [FN374]

Moreover, trademark law is intended mainly to protect consumers from confusion, and expanding trade dress to signature dish plating would help eliminate customer confusion of a specific sort. Consumers go to high-end restaurants for many reasons, including to experience innovative food, to have an unusual *251 experience, to enjoy the creative efforts of the chef, and of course, to benefit from the results of a chef's technique--better food. Knockoffs harm consumers not because consumers are confused about who has prepared the food but because they may be confused about the creative quality of the restaurant they chose to patronize. For example, diners at Robin Wickens's restaurant in Australia were paying high prices to eat in what they thought was an innovative, creative restaurant, when in fact, they were paying for a stale copy of another chef's restaurant. [FN375]

Practically, a gradual expansion of trade dress protection through court cases will be less disruptive than legislative changes to the copyright statute because it will allow protection to develop slowly and with consideration of the equities of individual cases as well as of monopolization concerns. [FN376] If the TTAB continues to be more generous in granting nontraditional trademark registrations than courts are in finding infringement, [FN377] registration of signature dish trade dress may serve as a kind of limited right of recognition. [FN378] Chefs could then point to the registration to show they were there first, so to speak, and thus have developed goodwill in a signature dish. This may prove valuable when selling a restaurant or obtaining investors for another venture. More importantly, however, because this formal recognition of protection would be limited mainly to source attribution, chefs would not be dissuaded from creation because a finding of infringement would only occur in instances of blatant and deceptive copying.

Some will see this as an argument that chefs are entitled to attribution rights, which U.S. law generally does not protect. [FN379] However, chefs themselves already recognize such a right, and they generally give attribution for borrowed or inspired *252 recipes either on menus, in cookbooks, or in interviews. [FN380] Trademark law, by protecting some signature dishes as trade dress, could provide a limited version of the attribution rights already recognized within the restaurant community without creating an actual right to attribution. [FN381] The current trademark system, for better or worse, already encompasses some anti-free riding sentiment, so it makes sense that this is an area chefs will look to for expanded protection of their creative labor. [FN382]

C. Important Limitations Within Trade Dress Will Prevent Harmful Monopolies

Furthermore, limited expansion of trade dress protection for signature dishes will not result in harmful monopolies. This is because built into the nonfunctionality requirement of trademark law is a consideration of how recognizing trade dress in a particular configuration will affect the marketplace. [FN383] This requirement of considering market impact before granting trade dress protection should help avoid anticompetitive scenarios in which chefs have to obtain licenses from other chefs to

sell a common dish in their restaurant. When enforcing a nontraditional mark, courts will likely be quite sensitive to the effect on legitimate competition.

A recent high-profile fashion industry case demonstrates courts' sensitivity to the realities of how enforcing a trademark can affect competition within an industry. In 2011, a district court denied shoe designer Christian Louboutin's request for a preliminary injunction against Yves Saint Laurent's use of red soles on high heeled shoes, despite plenty of evidence that the “red outsole [[had become] closely associated with Louboutin.” [FN384] Considering the realities of competition in the designer shoe market, the district court determined that the fashion industry depends so much on color and current taste that to grant trademark protection in a color would form a monopoly that “impermissibly hinder[s] competition.” [FN385] On *253 appeal, the Second Circuit affirmed the denial of the injunction, but for different reasons. [FN386] This court recognized that the red outsole is a valid trademark, as it has developed secondary meaning among consumers of high-end shoes, but only when it contrasts with the color of the upper portion of the shoe. [FN387] Because the allegedly infringing shoe was monochrome--red on both the outsole and the upper portion of the shoe--it did not infringe Louboutin's trademark. [FN388] Significantly, however, the Second Circuit did not reach the functionality analysis, [FN389] leaving open the possibility that another court will consider whether the trademark of a contrasting color on the sole of a shoe “significantly hinder[s] competition” within the fashion industry. [FN390] If other courts prove to be equally willing to consider the realities of the restaurant industry, they will not grant harmful monopolies over important elements commonly used in plating dishes. Only truly unusual plating will then be considered sufficiently distinctive and nonfunctional to be protected.

V. Should Restaurant IP Expand?

All of the foregoing, however, begs the normative question: Should intellectual property protection of restaurant cuisine expand at all? Many have argued that there is no need for increased IP protection of cuisine because the restaurant industry is healthy [FN391] and chefs continue to create. [FN392] When it comes to promoting creativity, the community norms system and the reputational capital that comes

from being a first mover seem to function well, particularly in the internet age and at the top levels of creative cuisine. In this Part, however, I first elaborate on, and then counter, some of these common arguments against increasing protection of restaurant cuisine.

Community norms within the restaurant industry do seem to protect against blatant copying, and the internet has made detection of copiers possible across multiple time zones, as exemplified by the Alinea scandal. [FN393] In the context of that *254 scandal, the internet facilitated the norms system [FN394] because it allowed both for discovery--Wickens had photographs of his identically plated dishes up on his restaurant's website, which allowed community members to verify that he was copying the Alinea dishes--and for sanction--the eGullet community, which includes actual chefs, thoroughly shamed Wickens. [FN395] Wickens took down the pictures, apologized to Achatz, and presumably stopped serving knockoff dishes. [FN396] As Oliar and Sprigman point out, the fact that there are occasional infringements does not necessarily mean that a norms system is not working. [FN397] The likelihood of getting caught, and the community opprobrium that follows, may be enough to limit copying.

The importance of the first-mover advantage in promoting creativity among chefs also should not be discounted. [FN398] Elizabeth Rosenblatt has identified qualities of industries that make first-mover advantages particularly strong:

[W]hen development of an idea is relatively inexpensive, but copying is relatively expensive or slow; when the reputational advantage of being first outweighs the potential for lost sales . . .; when an industry is small enough that it can only support one source; or when a product will become obsolete before it can be copied. [FN399]

Of particular weight in the world of cuisine is the reputational benefit of being first. This benefit likely "outweighs the potential for lost sales such that consumers will continue to purchase an original even after imitations are available." [FN400] Indeed, the very fact that a dish is widely copied may burnish the chef's reputation. Alain Passard's Arpège Egg, for example, is widely emulated in high-end restaurants,

[FN401] *255 and if anything, this has only increased demand for the original. [FN402] Aside from the reputational advantage of being a first mover, it is also practically difficult to copy very new or intricate dishes quickly, as the copier often needs to be close to the food, either in the kitchen or as a diner, to have a sense of how the dish actually works. This gives the original chef time to recover her investment in creating a dish before others begin imitating it. [FN403]

There is also a valid concern among commentators and chefs that any expansion of IP rights in the restaurant world will have anticompetitive effects. [FN404] The very fact that restaurants could then engage in more prelitigation behavior, such as sending cease-and-desist letters, might have a chilling effect on chefs' current system of free appropriation and experimentation. [FN405] The undesirability of such effects means that a broad expansion of intellectual property protection for the restaurant industry is ill advised.

However, this does not mean that any expansion of legal protections will necessarily result in reduced production or increased cost. Rather, it means that courts should proceed with caution. [FN406] Commentators and chefs seem worried about the possibility of disrupting the status quo, but few have asked whether it is in chefs' or consumers' best interests that chefs have significant freedom to copy each other, given community norms that prevent only exact copies. Some top-level chefs in the United States already bemoan the “sameness” of contemporary restaurants. [FN407] A small expansion of IP laws, and the accompanying specter of litigation, might spur, rather than chill, creation.

*256 While increasing protection likely will not change the quantity of dishes created, it may improve their quality. Oliar and Sprigman explain how a strong norms-based IP system that emerged among comedians over the past century promoted the development of personality-based jokes. [FN408] These long-form jokes stand in contrast to the stock jokes prevalent during the post-vaudeville era when copying was rampant and comedians distinguished themselves through their presentation of the stock jokes. [FN409] When the strong norms-based system developed, comedians had an incentive to focus on the development of new, long-form jokes, and the nature of standup comedy changed. [FN410] Now, there is a

greater variety of jokes, and more comedians write their own material, but investment in presentation of the jokes has diminished. [FN411]

Increased protection of original dishes might likewise change the nature of restaurants. In a world where copying is less accepted, a young chef, instead of opening a clone of the latest casual Italian restaurant to get a great review, would be forced to invent something new. The increased cost attributable to inventing new dishes and fear of infringing another's copyright or trademark could, as some have predicted, lead to fewer restaurants opening, higher prices, and reduced in-vention. [FN412] But considering Americans' voracious preference for dining out, [FN413] it *257 just as likely might lead to a higher quality (or at least greater variety) in restaurants, with the same or similar number of restaurant openings. Those chefs and restaurateurs who had a very good concept, worthy of replication, could expand into other markets or franchise their concept and thus reap the benefits of their creative efforts without fear of direct copycats. [FN414]

Fears that a slight increase in formal protection would destroy the open-source cooking community are likewise overstated. Under either a thin copyright or trade dress protection for the appearance of signature dishes, chefs would still be allowed to use shared knowledge. No chef would have to ask permission to use techniques he had learned in another kitchen. He would not need to request a license if he found the combination of flavors in someone else's dish appealing and could easily bring this idea back to his restaurant. Flavor trends could still diffuse from high-end restaurants to those lower on the creative scale. [FN415] But a chef would have to come up with his own way of presenting the dish, forcing the new chef to build off the former work rather than just copy it. For any dish with more than a few components, there are many ways to present it. And if there were truly only one way to present a particular dish, IP protection for the plating would be rejected on grounds of functionality. While plating is often an add-on to the main creative work that goes into creating a dish, changing the plating still requires some creativity. This modicum of creativity is what the norms-based system already requires. [FN416]

The legal claims for greater IP protection for restaurant dishes that we have seen so far have come mostly from mid-dlebrow restaurants rather than from the

level of haute cuisine, where perhaps the norms-based system is sufficient. However, a little fear of potential litigation at the level of chefs just below the very highest ranks might spur creation there. Imagine if Ed McFarland knew that he *258 could not get away with copying Rebecca Charles' oyster bar and her menu items and had instead opened the “red sauce Italian” joint he had told her he was planning. [FN417] McFarland might have applied what he had learned working for Charles to come up with a personal spin on a different type of restaurant, im-proving on the “classic red sauce joint” just as Charles had improved on the oyster bar. This would have helped customers by increasing the variety of restaurants in the area rather than just the quantity.

Promoting creativity is important, but restaurants are businesses as well as creative outlets. The restaurant industry is one of incredibly small margins, [FN418] so protecting a restaurant's competitive advantage is important. In major cities, it can take millions of dollars to start a high-end restaurant, and investors want a return--which means investors, and not only chefs, should be concerned with IP rights available to the restaurants in which they invest. [FN419] Moreover, if a chef can effectively extract value from her actual restaurant dishes, she may be able to focus on making more and better food instead of relying on diffusion to lines of cookware and the like. [FN420] Currently, the top-earning chefs make most of their money through merchandizing and expanding into television shows, but if their actual dishes were better protected, this might change. [FN421] Rochelle Cooper Dreyfuss points out that in hierarchical low-IP industries “workers at the low end may get an unfair share of *259 the rewards” of creativity. [FN422] This is true in the restaurant industry, where cook and sous chef wages are below the national average, and even very well-known chefs make little money compared to other industries. [FN423] Increasing formal IP protection for restaurant dishes might improve the industry's ability to pay low-er-level knowledge workers, like sous chefs, who often contribute to the creation of dishes but do not see the financial rewards. [FN424]

Of course, enforcing formal IP rights can be costly. The extra expense of lawyers could be quite damaging in an industry with such small profit margins. Enough new restaurants go out of business without having the added expense of legal fees to

determine whether they are infringing another restaurant's dish or to enforce their own rights against others using their signature dish. [FN425] However, a few cases protecting the plating trade dress of a truly distinctive signature dish against direct, intentional copies should be enough to discourage blatant copying without overly burdening restaurants with the need for legal teams.

While it is far from a perfect solution, a small expansion of trade dress protection to cover the plating of signature restaurant dishes will allow for an appropriately tailored protection of culinary intellectual property. As I have shown here, trade dress should prove a fruitful and appropriate place for legal codification of existing norms for several reasons: The expansion will be gradual because it will develop through case law, rather than new legislation, making it less likely to result in overprotection; trade dress registration provides a limited form of recognition, which chefs desire and which they can sell as part of the goodwill of their restaurants; the potential effect on fair competition of protecting a given plating arrangement is built into the infringement analysis, which should prevent unfair monopolies; and increased protection, provided that it is not unduly burdensome, may stimulate chefs to create higher-quality dishes.

*260 Conclusion

At the moment, community norms and the first-mover advantage support cuisine's productive low-IP equilibrium. While eliminating cuisine's IP negative space entirely would likely harm the industry more than it would help, an incremental increase in formal IP protection will protect creative chefs in situations when community norms do not function. Trade dress is where this expansion is most likely to occur. We have already begun to see restaurants push for trade dress protection for their dishes as well as for their décor. This expansion, if done through careful case-by-case adjudication in the courts, should echo community norms and create an industry-appropriate level of formal IP protection. A small increase in formal protection may also encourage more variety in dishes and greater investment in new restaurants, benefitting chefs and, ultimately, their customers.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล ชุติมดี กอจิตตวนิจ

อีเมล chutimadee.korj@outlook.com

ประวัติการศึกษา

ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ปีการศึกษา 2551
ประกาศนียบัตรเนติบัณฑิต แห่งสำนักอบรมศึกษากฎหมาย
เนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2554
ใบอนุญาตว่าความ จากสำนักฝึกอบรมสภาทนายความ
ปีการศึกษา 2554

BANGKOK UNIVERSITY FOUNDED 1962

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในวิทยานิพนธ์/สารนิพนธ์

วันที่ 26 เดือน มกราคม พ.ศ. 2557

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว) ชุติมดี กองอิทธางนิล อยู่บ้านเลขที่ 194/26
ซอย พุทธบูชา 36 ถนน พุทธบูชา ตำบล/แขวง บางมด
อำเภอ/เขต ทุ่งครุ จังหวัด ก.ท.ม. รหัสไปรษณีย์ 10140
เป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ รหัสประจำตัว 7540400103
ระดับปริญญา ☐ ตรี ☑ โท ☐ เอก
หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา - คณะ นิติศาสตร์
ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า **"ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ"** ฝ่ายหนึ่ง และ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ตั้งอยู่เลขที่ 119 ถนนพระราม 4 แขวงพระโขนง เขตคลองเตย กรุงเทพมหานคร 10110 ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า **"ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ"** อีกฝ่ายหนึ่ง

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ และ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตกลงทำสัญญากันโดยมีข้อความดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิขอรับรองว่าเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์หัวข้อ Protection on food service industry under Intellectual property law of Thailand.

ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ (ต่อไปนี้เรียกว่า **"สารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์"**)

ข้อ 2. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยปราศจากค่าตอบแทนและไม่มีกำหนดระยะเวลาในการนำสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางาน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน

ข้อ 3. หากกรณีมีข้อขัดแย้งในปัญหาลิขสิทธิ์ในสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลภายนอกก็ดี หรือระหว่างผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลภายนอกก็ดี หรือมีเหตุขัดข้องอื่นๆ เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ อันเป็นเหตุให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถนำงานนั้นออกทำซ้ำ เผยแพร่ หรือโฆษณาได้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยินยอมรับผิดและชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งสิ้น

สัญญานี้ทำขึ้นสองฉบับ มีข้อความเป็นอย่างเดียวกัน คู่สัญญาได้อ่านและเข้าใจข้อความในสัญญานี้โดยละเอียดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อให้ไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยาน และเก็บรักษาไว้ฝ่ายละฉบับ

ลงชื่อ.....ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ
(.....)

ลงชื่อ.....ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ
(ดร.ชนันนา รอดสุทธิ)
ผู้อำนวยการสำนักหอสมุดและศูนย์การเรียนรู้

ลงชื่อ.....พยาน
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิวพร หวังพิพัฒน์วงศ์)
คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

ลงชื่อ.....พยาน
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ)
ผู้อำนวยการหลักสูตร/ ผู้รับผิดชอบหลักสูตร